# ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

## 2012

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2012

©Ediciones Universidad Diego Portales

Primera edición: agosto de 2012

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono: (56 2 ) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl

ISBN: 978-956-314-138-2

Editor: Javier Couso
Secretario de redacción: Juan Pablo González
Edición de estilo: Sergio Missana

Portada: Fragmento obra Cristián Abelli
Impreso en Chile por Salesianos Impresores

Todos los derechos reservados

# ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

## 2012

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**COMITÉ EDITORIAL**

Lidia Casas
Alberto Coddou
Jorge Contesse
Luis Cordero
Jorge Correa Sutil
Javier Couso
Rodolfo Figueroa
Judith Schönsteiner
Tomás Vial

**Director**
Javier Couso

**Secretario de Redacción**
Juan Pablo González

**Editor de Estilo**
Sergio Missana

EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

Palabras del Decano .....13

Palabras del Director .....15

## SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

### EL DEBATE SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

*Planteamiento*
**Las cosas cambian cuando le pones un "tú": Sobre universalismo, focalización y regresividad**
Fernando Atria .....21

*Contestación*
**Comentario a "Las cosas cambian cuando le pones un 'tú': Sobre universalismo, focalización y regresividad"**
Sergio Verdugo.....49

*Réplica*
**Observaciones sobre el comentario del profesor Sergio Verdugo**
Fernando Atria .....62

*Dúplica*
**Respuesta a las observaciones del profesor Atria**
Sergio Verdugo .....*75*

EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile**
Ángela Vivanco .....*85*

**El matrimonio ante el Tribunal Constitucional**
Rodolfo Figueroa.....*117*

PERSPECTIVAS ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE POSTNATAL

**Dilemas del Tribunal Constitucional. El caso "permiso postnatal"**
Francisco Zúñiga y Kamel Cazor .....*147*

**Un comentario libre a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre postnatal: Reflexiones acerca de la separación de poderes**
Alberto Coddou .....*198*

**El postnatal parental creado por la Ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad**
Amaya Alvez .....*217*

OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

**Recurso de protección, conflictos políticos y cuestiones no justiciables en la reciente jurisprudencia de protección**
Manuel Núñez .....*237*

**Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional**
Lidia Casas y Juan Pablo González .....*250*

**La nueva Ley de Derechos del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez**
Alejandra Zúñiga .....273

**Los fallos de 2011 del Tribunal Constitucional sobre aplicación de la Ley de Transparencia a Televisión Nacional de Chile y a la Universidad de Chile**
Tomás Vial .....289

**Inscripción automática y voto voluntario**
Pablo Marshall .....316

**Los límites del finalismo. Otrosí: superhéroes y héroes**
Patricio Zapata .....334

## SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?**
Luis Cordero .....359

**Las razones de la conflictividad del sector eléctrico: El caso de la consulta indígena**
Pilar Moraga .....376

**Notas al último intento de reforma al sistema de supervisión financiera**
Matías Larraín .....392

**Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias**
José Francisco García y Luis Cordero .....415

**Transparencia en el Estado: A medio camino**
Jorge Burgos .....436

**Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno**
Santiago Montt .....*453*

## SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

**Asesinatos selectivos en la guerra contra el terrorismo**
Rocío Lorca .....*495*

**Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos**
Judith Schönsteiner, Claudio Fuentes, Dinka Benítez y Sylvana Mariángel .....*515*

**La CIDH frente a los desafíos de 2011: Oportunidades para el fortalecimiento del SIDH**
Alejandra Otero, Juana Acosta y María Dolores Miño .....*540*

**Regulación de fondos soberanos. El caso chileno**
Camila Saffirio .....*569*

**Evolución del principio "responsabilidades comunes pero diferenciadas" en el régimen internacional del cambio climático**
Juan Pablo Arístegui .....*585*

## SECCIÓN COLOQUIOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

**La supremacía constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional**
Luis Alejandro Silva .....*615*

**El Derecho es libre y vivo. El Movimiento del Derecho Libre como antecedente directo de las teorías del Derecho elaboradas en la época del iusconstitucionalismo**
Ignacio Núñez .....*630*

## RECENSIÓN

**From Responsability to Normativity, de Joseph Raz**
Sebastián Figueroa .....*653*

Catálogo de Publicaciones *2011*.....*665*
Valentina Maturana, Tamara Carrera y Francisco Cañas

# PALABRAS DEL DECANO

Quienes nos hayan acompañado en las presentaciones de los números anteriores del Anuario de Derecho Público, me habrán escuchado repetir que el hito determinante para que esta publicación pudiera darse por consolidada sería alcanzar su tercera edición. Pues bien, hoy tienen entre sus manos el Tercer Anuario de Derecho Público, del Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, con lo que podemos dar por superada dicha valla. El vaticinio provenía de la experiencia: me ha tocado conocer numerosas publicaciones académicas que surgen con entusiasmo y buenas ideas, pero que no logran establecerse entregando más allá de un par de números.

Pero no es sólo la constatación material de haber alcanzado una tercera versión lo que nos hace estar optimista respecto a la suerte de este Anuario. Lo es más bien porque estamos frente a un producto maduro, bien posicionado en el medio nacional y de alta calidad. Este nuevo ejemplar ha logrado congregar autores provenientes de diversas Universidades del país, así como abogados activos en el ejercicio profesional e incluso la actividad legislativa. Más relevante aún, a mi juicio, es que representan aproximaciones diferentes a los temas tratados, buscando el texto, precisamente, que esas ideas se confronten, en un diálogo académico intenso y ameno. Es lo que sucede, por ejemplo en el tema del matrimonio homosexual y, paradigmáticamente, con el de educación, donde el debate se extiende a réplicas y dúplicas.

El Anuario 2012 mantiene las secciones de versiones anteriores, encontrándose dividido en temas de derecho constitucional, administrativo e internacional, abarcando, en cada uno de ellos, los más importantes de la discusión jurídica surgida en el último año. A los ya mencionados se unen cuestiones tan relevantes como la sentencia del tribunal constitucional sobre

el postnatal; la Ley de los derechos del paciente; inscripción voluntaria y voto obligatorio; las resoluciones judiciales en temas medioambientales; las superintendencias; la transparencia del Estado, y asesinatos selectivos en la guerra contra el terrorismo, por sólo citar algunos que me llamaron particularmente la atención. A las secciones anteriores les sigue una destinada a los coloquios de justicia constitucional realizados en nuestra Facultad y otra con recensiones de publicaciones sobresalientes aparecidas en el período.

Este Anuario ha demostrado su relevancia y utilidad. Hoy es consultado no sólo por profesores, sino también por jueces y abogados, pues sin duda ha venido a llenar un espacio que no estaba cubierto en el país. Sólo me resta entonces agradecerle a los autores por su disposición a colaborar en él, a Juan Pablo González por su productiva gestión y a Javier Couso por su iniciativa y brillante dirección de esta publicación.

Juan Enrique Vargas Viancos
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

# PALABRAS DEL DIRECTOR

Toda iniciativa editorial representa necesariamente un esfuerzo colectivo, pero ello es especialmente el caso cuando se trata de publicaciones que involucran múltiples autores, como ocurre con la tercera versión del '*Anuario de Derecho Público UDP*', que el lector tiene en sus manos. En efecto, partiendo por las deliberaciones del Comité Editorial –a propósito de la selección de los desarrollos más relevantes del año que analiza el '*Anuario*'—, pasando por el generoso y dedicado trabajo de cada uno de los autores de los cerca de treinta artículos y del 'Catálogo de Publicaciones' que contiene el mismo, y terminando con la minuciosa labor de editores de estilo, diseñadores e impresores, es claro que este volumen no habría sido posible sin el concurso de un nutrido grupo de personas. A todas ellas, extendemos nuestro sincero agradecimiento.

La presente versión del '*Anuario de Derecho Público*' analiza los desarrollos más importantes en materia de derecho constitucional, derecho internacional y derecho administrativo de un año especialmente significativo para nuestro país, como lo fue el 2011. En efecto, y como es de conocimiento público, el año pasado marcó un punto de inflexión en la reflexión nacional de una serie de materias centralmente importantes para el derecho público chileno, en parte gatillada por las manifestaciones estudiantiles que dominaron buena parte de la agenda del país durante meses. Asimismo, se aprobó una serie de reformas normativas relevantes, como la que introdujo la inscripción automática y el voto voluntario, o la que regula los derechos de los pacientes. Por otra parte, el año 2011 fue extraordinariamente fecundo en sentencias del Tribunal Constitucional, de la judicatura ordinaria y de los diferentes tribunales especiales con que cuenta nuestro país. Finalmente, en el ámbito del derecho internacional, se produjeron intensos debates a propósito de la legalidad internacional de la política de asesinatos selectivos por parte de los Estados Unidos, así como importan-

tes sentencias de diferentes tribunales regionales de derechos humanos, entre otros destacados desarrollos.

Como en años anteriores, el '*Anuario*' incluye además una selección de artículos especialmente elaborados para los 'Coloquios de Justicia Constitucional', que nuestra Facultad organizó el año 2011 y que convocaron a destacados juristas de todo el país.

Adicionalmente, debe destacarse el ya mencionado 'Catálogo de Publicaciones 2011' que –por segundo año consecutivo— ofrece a investigadores, estudiantes, jueces y abogados del foro una exhaustiva compilación de todos los libros y artículos científicos publicados el año pasado en nuestro país en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional. Este intenso trabajo de búsqueda fue posible gracias a la generosa colaboración de un talentoso grupo de estudiantes de la Facultad, liderados por el Secretario de Redacción del '*Anuario*', Juan Pablo González.

Finalmente, como en años anteriores, el '*Anuario*' incluye la recensión de un libro especialmente relevante para el derecho público, en este caso, la obra "*From Responsability to Normativity*", del conocido filósofo del derecho Joseph Raz.

Desde el punto de vista de la estructura del 'Anuario', este año nos pareció apropiado invitar a juristas con diferentes perspectivas filosóficas a tratar el mismo tópico en algunas materias especialmente polémicas. Este fue el caso del debate sobre el derecho a la educación y la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al matrimonio homosexual. Agradecemos especialmente a los profesores Fernando Atria y Sergio Verdugo por haber estado dispuestos a entablar una suerte de 'debate' por escrito, que estamos seguros será de gran utilidad para hacer sentido de un tópico que continúa capturando la atención de académicos, estudiantes y público en general.

Como en años anteriores, estamos en deuda con el Director de 'Ediciones Universidad Diego Portales', Matías Rivas, por su constante apoyo, así como el de su eficaz colaboradora, Daniella González. Otra persona a la que debemos agradecer es a nuestro excepcional editor de estilo, Sergio Missana. Asimismo, fue crucial la ayuda de Sonia Kuzmanic.

Finalmente, quisiera hacer una especial mención al decano de nuestra Facultad de Derecho, Juan Enrique Vargas, y al Secretario de Redacción del '*Anuario*', Juan Pablo González. Al primero, por su incondicional apoyo a esta empresa –que lleva ya tres años en curso—, y al segundo, por su fino seguimiento de todos los elementos para hacer de esta publicación una realidad.

Javier Couso

# SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

# EL DEBATE SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

# LAS COSAS CAMBIAN CUANDO LES PONES UN "TÚ": SOBRE UNIVERSALISMO, FOCALIZACIÓN Y REGRESIVIDAD

*Fernando Atria*[1]

**Resumen**

Este artículo discute la extendida idea de que una política universal es –por ser universal– "regresiva", y que eso implica que en la medida en que uno asigne al gasto social un sentido redistributivo hay una razón para preferir políticas y programas "focalizados". El autor sostiene que esto es falso, y descansa en un uso poco riguroso de las palabras o los conceptos. Después de haber mostrado que la pretendida "regresividad" no es una argumento a favor del principio "de focalización" y en contra del principio "universalista", el artículo termina enunciando (aunque no desarrollando completamente) una defensa del principio universalista.

## Introducción: Sobre la hegemonía de una idea

En el contexto de las movilizaciones estudiantiles ocurridas a partir de comienzos de 2011, ha surgido la demanda por una educación "gratuita". Esta demanda ha sido respondida desde diversos frentes alegando que es injusta por regresiva. El argumento que muestra que la "gratuidad" (más adelante explicaré el uso de las comillas) de la educación superior es regresiva es simple y de sentido común. En palabras de Carlos Peña, quién creyó necesario sostenerlo gritando desde una columna periodística ("¡La gratuidad es injusta!"),

1 Profesor Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.

> si usted deja a los ricos igual y subsidia a los pobres (por ejemplo, da los mismos cien mil pesos anteriores a los peor situados y deja a los ricos igual) la brecha entre ambos será más estrecha.[2]

Esta idea ha sido aceptada sin discusión alguna desde que los Chicago Boys la introdujeron en la década de los 70. Ella es generalizable a todo el gasto social, que debe dirigirse solo a "los pobres", dejando entonces que los ricos se paguen los servicios de que se trata (educación, salud, etc.) privadamente. En este artículo esto será denominado "principio de focalización", porque asume la forma de un principio, es decir, de un estándar que orienta permanentemente el diseño de las políticas sociales. Y no parece exagerado decir que es hoy el principio fundamental que estructura todo el gasto social chileno y la discusión pública sobre el tema, al punto que el comentario más aprobatorio que hoy se puede escuchar de una política social es que está "bien focalizada" y la peor descalificación es la contraria. Como sostienen Harald Beyer y Loreto Cox, la tesis de que el principio de focalización ha de ser preferido a un principio universalista (conforme al cual el gasto social se dirige a todos, no solo a los más pobres) es una idea "relativamente compartida por los expertos" y es parte de la "sabiduría popular".[3]

A pesar del "relativo consenso" de los expertos y la "sabiduría popular", la tesis que sostiene que un gasto social orientado por el principio de focalización es más redistributivo (es decir, más igualitarista) que uno orientado por el principio universalista es falsa, y los argumentos que se han ofrecido para sostenerla ahora, cuando ella ha sido impugnada por los estudiantes, son seriamente deficitarios. Eso, desde luego, plantea la interesante pregunta de cómo ha podido mantenerse pese a descansar sobre bases tan extraordinariamente frágiles.

Una de las razones (otras serán mencionadas más adelante) es que nunca ha sido discutido. Que una idea sea de consenso y además sea parte de la "sabiduría popular" quiere decir que ha devenido sentido común o, para decirlo

2 Peña, Carlos, *El Mercurio*, 9 de octubre de 2011.

3 Beyer, Harald y Cox, Loreto, "Gratuidad de la educación superior: Una política regresiva", en *Puntos de Referencia, 337,* (Centro de Estudios Públicos) 2011, p. 2. Como suele ocurrir, menos plausible que esta constatación de hecho de Beyer y Cox es la explicación causal que ofrecen para este consenso: "Los elevados niveles de desigualdad que caracterizan a nuestro país han generado un acuerdo implícito respecto de que no es adecuado que todos los programas sociales tengan un carácter universal, privilegiándose, con diversos grados de éxito, programas orientados a los sectores más desprotegidos y eventualmente dirigidos también a sectores medios emergentes". Como veremos, no es la desigualdad lo que causa el "acuerdo implícito" al que ellos se refieren, sino ese acuerdo implícito es lo que declara irrelevante a la igualdad (y, por consiguiente, contribuye a agudizarla, al no combatirla).

en un lenguaje más preciso, que es *hegemónica*. Esto quiere a su vez decir que la idea en cuestión no *se somete a* sino *define* (o contribuye a definir) los cánones de racionalidad y de rigor intelectual, de modo que negarla deja al que lo hace al margen de la conversación racional. Cuando la hegemonía de una idea es impugnada (como la del principio de focalización por los estudiantes universitarios, que exigen gratuidad de la educación superior), es habitualmente posible descartarla descansando en la sola hegemonía de la idea impugnada: encogiéndose de hombros con un aire de suficiencia y dando a entender que lo único que justifica la objeción es la ignorancia, inocencia o ideologización del objetor. Pero, si la objeción alcanza una magnitud política suficiente (que es lo que el movimiento estudiantil ha logrado respecto del principio de focalización, por primera vez en décadas), se vuelve necesario hacer lo que habitualmente no se hace: buscar argumentos para determinar si está o no bien fundada. Y al hacerlo es posible encontrar que o bien esos fundamentos existen, de modo que la impugnación debe ser rechazada (y la hegemonía de la idea se mantiene) o, a pesar del consenso y la "sabiduría popular", esos fundamentos no existen, por lo que el predominio de esa idea deberá ser explicado ideológicamente (en el viejo sentido marxista de falsa conciencia).

En "Gratuidad de la educación superior: Una política regresiva",[4] Harald Beyer y Loreto Cox intentan argumentar que la situación es la primera, pero terminan mostrando que en realidad es la segunda. Comienzan anunciando que intentarán mostrar "tanto desde un punto de vista teórico como empírico" que "la sabiduría popular contenida en la idea de que la gratuidad de la educación superior es regresiva no está equivocada".[5] Pero, como se verá, sus argumentos empíricos resultan no ser tales, sino especulaciones a partir de datos, y sus argumentos teóricos son sólo una reiteración de la sabiduría popular.

Es importante considerar las argumentaciones que ofrecen Beyer y Cox en ese texto porque no hay que olvidar nunca que están defendiendo lo que ellos mismos identifican como la "sabiduría popular" respaldada por un "relativo consenso" entre los expertos. Como veremos, sus argumentos no logran pasar un examen racional porque descansan en confusiones o en un uso excéntrico de las palabras o los datos. Si en defensa de una idea que ha sido tan extraordinariamente influyente por tanto tiempo solo pueden abogarse argumentos del tipo de los que ofrecen Beyer y Cox, la conclusión de que detrás de

4 Ibíd.

5 Ibíd.

esa idea no hay sino ideología será prácticamente inevitable. En el sentido en que ocuparé la palabra aquí, una ideología es una inversión de la realidad, que pretende convencer al que es oprimido de que la opresión que experimenta es en realidad libertad. En el caso de la focalización y de la educación, pretende convencer al perjudicado por la focalización (el "pobre") que en realidad es el beneficiado y al beneficiado por ella (el "rico") que en realidad es perjudicado.

La finalidad de este artículo es principalmente negativa, ya que pretende mostrar esta inversión de las cosas. En la sección final se presentarán los argumentos positivos a favor de un principio universalista, pero no con la finalidad de ofrecer una defensa completa de este, sino solo de mostrar cómo se ven las cosas cuando uno las mira al derecho y no al revés.[6]

**¿Es un principio universalista regresivo?**

Como ya está dicho, por "principio universalista" entenderé un principio que pretende estructurar la política estatal de manera tal que el Estado deba proveer a todos, no solo a los pobres. Es lo opuesto al principio de focalización, conforme al cual la política estatal debe estar orientada solo a los más pobres.

**Rango de aplicación de los principios estructuradores de la política estatal: Regla general y excepción**

Por supuesto, ninguno de los dos principios reclama que lo que vale como un principio que estructura la política social debe informar todos y cada uno de sus programas. El principio de focalización, por ejemplo, no vale para la seguridad pública o la defensa nacional, a la que se aplica un principio universalista.[7] Del mismo modo, el principio universalista no reclama que toda forma de provisión estatal debe ser universal. En ambos casos el predominio de un principio o de otro no implica de modo inmediato y directo que dicho principio debe informar cada decisión, cada programa estatal; lo que

6 Para una discusión más detallada, véase Atria, Fernando, Mercado y ciudadanía en la educación, (Flandes Indiano) 2007.

7 Es posible distinguir entre un sentido amplio y un sentido estricto de la idea de "focalización". En el sentido amplio, no hay contradicción entre focalización y universalismo. Ese sentido será ignorado aquí. En su sentido estricto, el principio de focalización responde a la pregunta sobre quiénes deben ser beneficiarios de los programas sociales y su respuesta es: solo quienes no pueden comprar los servicios respectivos en el mercado. En el sentido amplio, la focalización es una herramienta de gestión incluso en el contexto de servicios provistos con criterio universalista: si hay más delitos a ciertas horas, o en ciertos lugares, tiene sentido destinar los recursos policiales preferencialmente a esas horas o lugares. El principio de focalización en sentido amplio es una exigencia de racionalidad. El principio de focalización en sentido estricto se presenta como si fuera la misma exigencia de racionalidad, pero es mucho más que eso: es una tesis política sobre cuál es el sentido de las políticas sociales: si tender a la igualdad o eliminar la pobreza.

hace es definir el caso normal, por referencia al cual las desviaciones deben ser justificadas. La defensa de un principio universalista debe proveernos de suficientes recursos como para evaluar y determinar cuándo su aplicación no se justifica y se debe optar entonces por una política focalizada. Pero, en el contexto de un gasto público estructurado de acuerdo al principio universalista, esos casos necesitarán una justificación: es posible que, por la naturaleza del servicio de que se trata u otras consideraciones, no se justifique la provisión universal. Por eso no es correcto decir de un principio universalista que "con esta lógica, muchas otras cosas –si no todas– debieran ser también gratis para todos"[8] o al menos tan incorrecto como decir que, conforme a la lógica del principio de focalización, la seguridad pública, la defensa nacional y los tribunales de justicia deberían ser solo para los pobres. El principio dominante define, por así decirlo, la opción por defecto, aquella cuya adopción no requiere de justificación especial.

Esta última cuestión resulta relevante porque uno de los argumentos utilizados para afirmar que la educación superior "gratuita" es regresiva mira a las peculiaridades de esta. No cabe duda que la educación superior es anómala respecto de la educación primaria y secundaria, por dos razones. En primer lugar, porque la educación superior no tiene una pretensión de universalidad comparable a la educación primaria y secundaria. Mientras que es un deber del Estado asegurar una cobertura del 100% para la educación primaria y secundaria, respecto de la educación superior el deber del Estado es asegurar que todo el que quiera acceder a ella pueda hacerlo. Además, en la educación superior el proceso de transformación de la educación privada en la educación más prestigiada, lo que implica que es la educación a la que quiere asistir todo el que puede hacerlo (de modo que la educación pública es una educación fundamentalmente dirigida a quien no tiene opción real de acceder a la privada), está en una etapa mucho más primitiva, por lo que la educación pública sigue siendo demandada por todos. Esto, junto al hecho de que la segregación de la educación primaria y secundaria provoca que los resultados escolares estén agudamente vinculados a la clase de la que proviene el estudiante, implica que los más ricos asisten desproporcionadamente a las instituciones públicas más prestigiosas. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, estas dos consideraciones pueden justificar para la educación superior una solución distinta que para la educación primaria y secundaria. Pero, si ese

8 Beyer y Cox, op. cit., p. 6.

es el caso (algo se dirá sobre esto más adelante), es crucial tener presente que ello no es consecuencia del rechazo de un principio universalista, sino de la misma lógica del principio universalista aplicado a un área de acción estatal que tiene características peculiares.

Como veremos, estas dos cuestiones (la justificación general de un principio universalista y la pregunta especial de cómo este se aplica a un área que tiene características especiales) no son distinguidas y se discute la "gratuidad" de la educación superior con argumentos generales acerca de regresividad y progresividad. Esto resulta tendencioso porque supone la vigencia dominante del principio de focalización, que es precisamente lo discutido. Esto se basa en la relación que hay entre lo general y lo particular. Aceptado el principio de focalización, el rechazo de la educación superior no necesita argumentos especiales porque es aplicación del principio general; aceptado un principio universalista, afirmar que la educación superior no puede ser "gratuita" es una excepción que debe ser justificada por las características especiales de esta.

**La discusión no parece centrada en fines, sino en medios**

Como se verá, dos son los argumentos principales a favor de un principio universalista: el primero, que tiende a producir integración y de ese modo unifica intereses; el segundo, que en virtud de él la educación que cada uno recibe no está medida por su capacidad de pago, de modo que el sistema educacional formal tiende a dificultar la transmisibilidad de los privilegios. Por contraposición, el principio de focalización tiende a independizar los intereses de cada uno y transforma el sistema educacional en el mecanismo probablemente más efectivo para asegurar que el hijo del pobre será pobre y el hijo del rico, rico (y el hijo del más-o-menos, para que no se diga que esto es una visión "maniquea" o "caricaturizada", será más-o-menos).

Es importante identificar así las cosas porque, en términos de las finalidades, no parece haber mayor espacio para la discusión. Dicho de otro modo, en el debate no ha aparecido voz alguna que impugne directamente los fines que el argumento anterior reclama para el principio universalista, o que defienda las consecuencias que más arriba se imputan al principio de focalización. Esto crea espacio para la discusión racional, porque lo que está en cuestión no es si es justo o no que un sistema educacional unifique intereses o tienda a independizar las posibilidades de vida de la condición de los padres, sino si eso se logra de mejor manera con un sistema universal o focalizado. Dicho de

otro modo, la defensa del principio de focalización necesita negar la conexión entre esos fines y el principio universalista o debe alegar que un sistema focalizado es preferible por otras razones.

**Los niveles del argumento**

Los argumentos que se han dado en defensa del principio de la focalización y contra un principio universalista, que discutiremos en lo que sigue, son los siguientes:

a. Que, por definición, el gasto social estructurado por un principio universalista es regresivo. Aquí tampoco hay discusión sobre fines, por lo que se trata de un argumento en principio bien dirigido: decir de un principio que estructura el gasto social que es regresivo es una refutación de ese principio. La discusión de este argumento es el núcleo de este artículo.

b. Que la integración no asegura "necesariamente" mejor calidad de educación para todos. Este es un argumento mal dirigido porque resulta infantil: asume que algo solo se justifica políticamente si puede lograr plenamente sus finalidades. Políticamente hablando, la pregunta no suele ser por una política que logrará completamente y en el corto plazo el objetivo fijado, sino por una que se mueva en la dirección correcta. Este argumento esconde lo infantil de su presupuesto porque apela al hecho de que no se alcanzará la integración perfecta como razón para concluir que "todo seguirá igual". Como lo ha sostenido Carlos Peña,

> Como los cupos más valiosos se asignan en base al rendimiento, y este último se correlaciona con el ingreso, incluso si la educación fuese gratis e íntegramente pública, los más ricos tenderían a concentrarse en las instituciones más prestigiosas y los más pobres en las menos selectivas. Ocurriría lo mismo que hoy (solo que gratis).[9]

Por supuesto que, mientras no ocurra con la educación universitaria lo que ya ocurrió con la escolar, "los ricos tenderán a concentrarse" en las instituciones públicas. Esto es lo mismo que decir: una política (como la "gratuidad") dirigida a producir integración de la educación superior no logrará su fin completamente. Pero concluir de esto que "ocurriría lo mismo que hoy", es decir, que el

9 Peña, op. cit.

hecho de que haya que pagar por la educación hoy no tiene efecto alguno en el tipo de personas que asiste a la universidad, es altamente implausible.

c. Que la universalidad no se justifica en educación superior por sus características distintivas en la situación actual. Este es, como el primero, un argumento bien dirigido, por lo que debe ser analizado con cuidado. Aquí será crucial distinguir lo que se explica dadas las características especiales de la educación superior de lo que se sigue de argumentos generales sobre focalización y universalismo, y será también necesario referirse a las consecuencias de mediano y largo plazo que es razonable asumir que se seguirán de uno u otro curso de acción.

**Sobre por qué tiene sentido discutir si una política es o no regresiva**

Harald Beyer y Loreto Cox han defendido la focalización con el primero de los argumentos identificados en la sección anterior. Lo han hecho por referencia a la educación superior, por lo que es importante analizar el argumento con cuidado para distinguir lo que descansa en afirmaciones generales aplicables a cualquier gasto público de lo que descansa en las peculiaridades de la educación superior. Esto es algo que ellos no abordan (comienzan identificando el problema como uno general acerca de la focalización, pero luego abordan el caso de la educación superior de un modo en que no queda claro si su argumento es 1 ó 3), por lo que será necesario hacerlo aquí por ellos.

Pero antes de hacerlo, debemos preguntarnos qué está en discusión y por qué esa discusión es importante. ¿Por qué importa si una política es o no regresiva?

La respuesta es simple, pero debemos mantenerla presente cuando nos preguntemos qué significa que una política sea regresiva. Es que, dados los fines que se aceptan para el gasto social, una política regresiva es una política irracional. Que una política sea irracional quiere decir que falla en sus propios términos, porque tiene efectos que son los contrarios a los que persigue. Entonces, desde el punto de vista de la finalidad perseguida, sería mejor no hacer nada (o al menos dejar de hacer lo que se está haciendo). Lo atractivo de un argumento de este tipo es que no necesita pronunciarse sobre la cuestión espinuda de los fines, pregunta que es habitualmente tratada como una cuestión "política". Al preguntarse por la racionalidad de una política, el examen se dirige no a los fines que debería perseguir, sino a los fines que ella misma declara que persigue y que, para los efectos del examen, asume como justificados. El examen se dirige solo a los medios, lo que hace entonces posible un

examen puramente instrumental, "técnico". Si una política se justifica porque protege a un grupo determinado, pero en los hechos puede mostrarse que no lo protege sino lo perjudica, es fácil concluir que, desde el punto de vista de la protección de ese grupo, sería mejor abolir enteramente esa política.

Hoy nadie discute que el gasto social tiene que tener una finalidad redistributiva. Hay discusión, por supuesto, sobre el sentido de esa redistribución, sobre si se redistribuye para igualar o se redistribuye para asegurar una provisión mínima al pobre. Pero hoy nadie defiende, al menos en el nivel del discurso, que el Estado debe intervenir guiado por la finalidad de hacer a los ricos más ricos. Pero esto es precisamente lo que resulta de una política regresiva. Por consiguiente, ante una política regresiva, no es necesario preguntarse nada más, porque al mostrar que es regresiva se ha mostrado que fracasa en sus propios términos: que sea cual sea la finalidad con la cual el Estado redistribuye, las cosas estarían mejor si esa política fuera abolida (o, en el caso de una propuesta, no adoptada). Por eso, en circunstancias normales, decir de una política social que es regresiva es un argumento que, si es correcto, justifica inmediatamente la abolición de esa política, porque implica que sin ella la distribución del ingreso sería más, no menos, igualitaria.

Así, cuando se trata de educación, la finalidad declarada por todos es mejorar la educación recibida por los que tienen menos. Una política regresiva es aquí una que mejora la educación de los que tienen más. Dado que todos aceptan la finalidad, encontrar que una política tiene la consecuencia de mejorar relativamente a los más ricos es mostrar que desde el punto de vista de la finalidad sería mejor que esa política no existiera.Por eso decir de una política social que es regresiva es, normalmente, un argumento definitivo en contra de ella.

**¿Cuándo una política es regresiva?**

Sorprendentemente, Beyer y Cox nunca explican qué entienden por "regresividad". Sin embargo, como ellos califican diversos escenarios de "regresivos" o "progresivos", podemos atender al uso que hacen de los términos para reconstruir el concepto que usan. En principio, se podría pensar que una política es "progresiva" si ella produce redistribución del ingreso y "regresiva" cuando lo concentra. Lo que justifica comprender así las cosas es que ese es el concepto de "regresividad" que sirve dado lo dicho en la sección anterior sobre por qué es importante saber si una política es o no regresiva. En este sentido, las políticas pueden ser más o menos progresivas, más o menos regresivas, o neutras. Conforme a esto,

Def. 1. Una política es regresiva cuando su aplicación tiende a concentrar el ingreso y progresiva si tiende a redistribuirlo.

Dada esta definición, y asumiendo que la finalidad de una política "X" es redistribuir el ingreso, puede decirse de una política regresiva que sería mejor no tenerla. ¿Puede decirse algo más? De las políticas neutras, habrá que decir que no hacen diferencia alguna, por lo que, si se han de justificar, tiene que ser en términos diversos a los distributivos (es posible que tengan otra finalidad). Ahora bien: ¿puede decirse, dada la Def. 1, que una política progresiva está justificada? Es importante notar que la respuesta es negativa. Al decir que es progresiva solo estamos diciendo que es racional (obtiene en alguna medida el objetivo buscado). No estamos diciendo que lo obtiene de un modo especialmente eficiente, ni que sus efectos en otras cuestiones no puedan ser problemáticos, etc.

Asumiendo que la concentración del ingreso puede medirse adecuadamente con el coeficiente de Gini, Def. 1 implica que una política que reduce el coeficiente de Gini es progresiva y una que lo aumenta es regresiva. Que en este sentido el financiamiento público de la educación superior sea regresivo implicaría que esa política hace más ricos a los ricos (aumenta, en vez de disminuir, el coeficiente de Gini). Como nadie defiende esa idea para beneficiar a los ricos, eso contaría como una refutación en sus propios términos de la demanda por "gratuidad".

Pero es precisamente en este sentido que Beyer y Cox muestran que el financiamiento público de la educación superior no es una política regresiva sino progresiva: ellos usan los datos contenidos en la Tabla 1 para concluir que, "de implementarse la gratuidad para todos, no aumentaría la desigualdad". Al contrario, el coeficiente de Gini "se reduciría 0,3 puntos porcentuales", por lo que, de acuerdo a Def. 1, sería progresiva. Beyer y Cox, entonces, muestran que no usan en ese sentido los términos cuando señalan que, a pesar de que la gratuidad de la educación superior disminuiría el coeficiente de Gini, "es inadecuado concluir de esta realidad que [dicha política de educación gratuita para todos] tiene un carácter progresivo", porque

> Todo análisis de política pública debe considerar, además de sus efectos distributivos, el uso alternativo de los fondos.[10]

10 Beyer y Cox, op. cit.

Pero esto, desde luego, implica cambiar el tema. Al principio de su artículo, Beyer y Cox explican la cuestión que quieren discutir:

En estas breves notas queremos revisar estos argumentos [...], para llegar a la conclusión de que, a nuestro entender, la "sabiduría popular" contenida en la idea de que la gratuidad de la educación superior es regresiva no está equivocada.[11]

Es decir, la cuestión no es hacer un completo "análisis de política pública", sino referirse a solo un aspecto de la "gratuidad" de la educación superior: sus efectos distributivos, es decir, si se trata de una política regresiva o progresiva. Como ya hemos visto, del hecho de que, tendiendo a un aspecto, pueda concluirse que una política no es irracional no se sigue que deba ser adoptada, porque para llegar a esta última conclusión es necesario hacer el análisis completo que ahora Beyer y Cox demandan. Pero dicho análisis no es necesario para determinar si una política es o no progresiva.

Considérese la siguiente analogía: para determinar si una inversión que me han ofrecido es conveniente, debo hacer un completo "análisis" de ella. Por supuesto, lo primero es determinar si la inversión es racional, es decir, si al hacerla, para usar la gráfica expresión de Beyer y Cox, no "salgo para atrás". Si en este punto llegara a la conclusión de que la inversión implica para mí perder dinero ya no necesito considerar nada más (suponiendo que mi pregunta es si hacerla como inversión, no porque sea amigo del que recibe la inversión), y puedo llegar a la conclusión de que estaría mejor en cuanto a mis recursos si no hiciera nada. El argumento de que la educación superior "gratuita" es regresiva deriva su fuerza de esta idea de racionalidad, conforme a la cual, desde el punto de vista del agente, es mejor no hacer nada que hacer lo que está considerando. Nadie pretendería que, del hecho de haber mostrado que una inversión determinada no me hará perder dinero, se deduce que debo hacerla. Para llegar a esa conclusión tendré que considerar posibilidades alternativas. Es decir, es posible realizar distintas inversiones, todas racionales, con distintas tasas de retorno. Pero Beyer y Cox nos dirían: es inadecuado concluir del hecho de que la inversión considerada tendría algún retorno que esta es racional, porque toda decisión e inversión debe tomarse considerando también las utilidades de inversiones alternativas.

Beyer y Cox quieren quedarse con pan y pedazo: pretenden que su objeción a la educación superior "gratuita" tiene la (innegable y normalmente

11 Ibíd.

definitiva) fuerza de una objeción de irracionalidad, pero usan un concepto de "regresividad" conforme al cual, para que algo sea progresivo, es necesario realizar un completo análisis de política que concluya que es la mejor opción posible. Esto es incoherente.

Beyer y Cox aumentan la confusión cuando sostienen que

> La pregunta relevante no es si una política que reduce el índice de Gini del total de ingresos en 0,3 puntos es regresiva, sino que [sic] si una política que lo hace a un costo de 150.000 millones mensuales lo es.[12]

Pero se trata de "la pregunta relevante"... ¿para qué? Si la cuestión es si estamos o no ante una política regresiva, lo que nos interesará será el coeficiente de Gini antes y después de ella, y nada más. Una política que cuesta 100 no es más progresiva que una que cuesta 1000 si ambas reducen el coeficiente de Gini en la misma proporción. Desde luego, puede haber otras razones por las que la primera deba ser preferida, pero esas razones son de otro tipo (por ejemplo, un argumento sobre la conveniencia de que la acción del Estado sea la mínima posible). El costo de una política no es "relevante" para determinar su regresividad, al menos asumiendo Def. 1. Beyer y Cox, entonces, no aceptarían Def. 1 como definición de "progresivo". Ellos parecen afirmar que una política es "regresiva" cuando no es la más progresiva. Es decir,

Def. 2. Una política es regresiva cuando no es la más progresiva concebible.

Esta definición es un tanto peculiar porque supone que el concepto de progresividad no es susceptible de aplicación ordinal (es decir, supone que no tiene sentido decir de dos políticas progresivas que una lo es más que la otra). Implicaría que, entre todas las políticas posibles, habría una progresiva y todas las demás serían regresivas (habría una curiosa asimetría: "regresividad" sería un concepto ordinal, pero "progresividad" no). Además, ignora una de las cuestiones fundamentales que debe tenerse presente al discutir cuestiones complejas: que en la medida de lo posible es necesario separar las cosas, de modo de poder considerar los argumentos para una y otra cuestión separadamente cuando los argumentos son distintos (veremos que esto será importante más adelante: ellos intentan usar este observación en sentido contrario). El concepto de regresividad dado más arriba en Def. resulta útil porque distingue una dimensión desde la cual una política debe

12 Ibíd, p. 4.

ser evaluada, dejando abierta la cuestión de si otras consideraciones juegan a favor o en contra de ella. El concepto de regresividad de la Def. 2 es inútil porque confunde la pregunta por la regresividad o progresividad de una política con la pregunta sobre si la política se justifica desde todos los puntos de vista, de modo que no podemos emitir un juicio sobre la progresividad o regresividad de una política antes de tener disponible todo el espectro de políticas posibles y su factibilidad real de realización. Supónganse dos políticas, una (A) que reduce el Gini en 1 punto y otra (B) que lo reduce en 2. Conforme a Def. 1, ambas son progresivas, pero B es más progresiva que A. Como hemos visto, esto es información útil, pero no decisiva: muestra que ni la política A ni la política B son irracionales en el sentido de que sería mejor no tener ninguna de ellas. También sugiere que, si la distribución como consecuencia inmediata de la política elegida es la única variable a ser considerada, B es preferible a A.

Pero, conforme a Def. 2, resulta que la posibilidad de B muestra que A es regresiva. Pero, entonces, que una política sea regresiva no quiere decir que sea irracional en el sentido de que sería preferible no tenerla, porque A es preferible a nada. Además, ¿cómo saber si B está efectivamente disponible, ya por sus efectos en otras cuestiones o por otras consideraciones de oportunidad o posibilidad política? Carece de sentido un concepto de progresividad conforme al cual, para saber si A es progresivo, debemos emitir un juicio sobre la factibilidad de B.

Tabla 1
Distribución de los ingresos monetarios, del gasto en aranceles y del gasto estatal en educación preescolar por decil.

| Decil | Ingresos Monetarios | Gasto Aranceles | Gasto Estatal Preescolar |
|---|---|---|---|
| I | 1,6% | 3,5% | 16,1% |
| II | 3,1% | 4,3% | 17,6% |
| III | 4,0% | 6,0% | 15,2% |
| IV | 4,8% | 7,2% | 12,5% |
| V | 5,6% | 7,1% | 10,3% |
| VI | 7,1% | 8,3% | 9,5% |
| VII | 8,4% | 8,8% | 7,1% |
| VIII | 10,9% | 13,1% | 6,1% |
| IX | 15,3% | 17,7% | 4,0% |
| X | 39,1% | 23,4% | 1,7% |

Fuente: Beyer y Cox, op. cit.

Lo anterior resulta evidente. Quizás por eso, Beyer y Cox usan el concepto de regresividad de Def. 2 solo para desechar una política de "gratuidad" de la educación superior. En la frase siguiente, lo ignoran, aunque sin decirlo. Comentando los datos de la Tabla 1, sostienen que la política actual de financiamiento estatal de la educación preescolar (que se observa en la columna 3) "es definitivamente una política progresiva". Pero, ¿cómo pueden concluir esto, sin decirnos nada acerca de las políticas alternativas? Esa política, nos dicen, no solo es progresiva en principio, sino definitivamente progresiva, a pesar de que de los datos que ofrecen se sigue que casi el 30% del gasto se destina al 50% más rico, por lo que sería inmediatamente posible pensar en otra política, una que financiara la educación preescolar solo del 50% más pobre:

Tabla 2
Distribución del gasto estatal en educación preescolar por decil en una situación real y otra concebible.

| Decil | Gasto Estatal Preescolar | Gasto estatal (imaginario) |
|---|---|---|
| I | 16,1% | 25,6% |
| II | 17,6% | 24,7% |
| III | 15,2% | 21,3% |
| IV | 12,5% | 16,5% |
| V | 10,3% | 12% |
| VI | 9,5% | 0,00% |
| VII | 7,1% | 0,00% |
| VIII | 6,1% | 0,00% |
| IX | 4,0% | 0,00% |
| X | 1,7% | 0,00% |

Fuente: Beyer y Cox (op. cit.) para columna 1; elaboración del autor para columna 2 (resulta de sumar la celda 1 a la 6 de la primera columna, la 2 a la 7, y así sucesivamente).

¿Qué muestra la posibilidad de la columna 2? Yo querría decir que no muestra nada acerca de la progresividad de la columna 1, que es lo que se sigue de Def.1. Pero, razonando del modo en que razonan Beyer y Cox, mostraría que la columna 1 es regresiva. Esto es absurdo.

Quizás se podría salvar el argumento de Beyer y Cox diciendo: la columna 2 es imaginaria y, por múltiples razones, no es factible. Que sea concebible no quiere decir que sea una opción posible. Que opciones imposibles sean más progresivas que opciones reales no muestra nada acerca de las reales. Entonces tendríamos una nueva definición:

Def. 3. Una política es regresiva cuando no es la más progresiva entre las opciones posibles.

Pero esta definición no es mejor que la anterior por adolecer de los mismos problemas. Y, adicionalmente, nos obliga a emitir un juicio de posibilidad respecto de las alternativas antes de poder decir que una política determinada es regresiva, lo que es absurdo. Esto sin mencionar el hecho de que "posible" es un concepto aquí ambiguo, por lo que Def. 3 admite varias lecturas:

Def. 3'. Una política es regresiva cuando no es la más progresiva entre las opciones físicamente posibles. Una política es físicamente posible cuando no contradice las leyes de la física;

Pero esto está demasiado cerca de Def. 2 para representar un avance. Quizás es mejor:

Def. 3''. Una política es regresiva cuando no es la más progresiva entre las opciones políticamente posibles. Una política es políticamente posible cuando es una posibilidad realista a ser tomada por el gobierno de turno;

O, incluso:

Def. 3'''. Una política es regresiva cuando no es la más progresiva entre las opciones políticamente posibles (definidas de acuerdo a Def. 3'') que no tienen efectos no deseados que afectan la distribución del ingreso. Una política tiene efectos no deseados que afectan la distribución del ingreso cuando la conducta que ella incentiva por parte del que recibe o no el subsidio es tal que produce efectos indeseados;

Un ejemplo de una política regresiva en el sentido de Def. 3''' podría ser la contenida en la columna 2 de la tabla 2, en la medida en que el impacto de la remoción del 12% de subsidio para quien estaba en el decil V –y lo pierde por pasar al decil VI– sea superior al mejoramiento que implica ese paso de V a VI. En ese caso, pasar al decil VI implicaría un empobrecimiento para el individuo que, pudiendo, preferirá quedarse en el decil V. Si este efecto es suficientemente marcado (¿cuánto es "suficientemente"?, ¿cómo se mide?), entonces esa política resulta regresiva a pesar de parecer progresiva.

Todo el tiempo es importante recordar que no estamos preguntando si, considerando todas las cuestiones que sean relevantes, ha de adoptarse una política, sino solo de un aspecto de ella: si es o no regresiva. Pero ahora resulta que necesitamos información prácticamente completa para poder determinarlo, con lo que la pregunta por la regresividad de una política se transforma en una pregunta por si la política se justifica, si debe ser adoptada. Esto no tiene sentido porque, si "regresivo" quiere decir que "no debe ser adoptada, tomando todo en cuenta" y "progresivo" significa que "debe ser adoptada, tomando todo en cuenta", sería mejor olvidar la pregunta por la regresividad o progresividad de una política y preguntar directamente si se justifica o no, tomando todo en cuenta.

**El punto de vista para juzgar los efectos de una política: ¿Qué es un "argumento empírico"?**

Una de las cuestiones en que el carácter ideológico del argumento en contra de la universalidad resulta más conspicuo es la manera especialmente tosca en que este argumento mira las consecuencias de una política.

En efecto, para Beyer y Cox la pregunta es solo cómo gastar una cantidad de recursos que se supone ya recaudada: al argumento de que la "gratuidad" de la educación no es regresiva en la medida en que los ricos paguen desproporcionadamente los impuestos con los que se financia, responden que eso "olvida que la crítica a una gratuidad completa es independiente de cómo se recauden los recursos, porque una vez que se lleva a cabo la recaudación son múltiples las maneras en que ellos se pueden emplear".[13] Es decir, Bayer y Cox asumen que la manera en que se gasten los recursos no tiene impacto alguno en lo que se recaude. Este supuesto es evidentemente insostenible, y de hecho yo diría que es la marca de un análisis impropio del "experto". Uno esperaría que el experto supiera que las políticas se desarrollan en el tiempo y, por consiguiente, que los efectos de las políticas no son solo inmediatos sino también mediatos, en particular el modo en que esas políticas obtienen resultados inesperados en la medida en que inducen las personas a actuar de un modo u otro.

Para abordar este punto, se podría intentar hacer un argumento análogo respecto de la reforma al impuesto de primera categoría que pagan las empresas, que hoy es de 20% sobre utilidades retiradas. Usando el argumento de Beyer

13 Ibíd, p. 2 (énfasis agregado).

y Cox, uno podría decir que, "una vez que se lleva a cabo la producción y se fijan las utilidades de las empresas, hay múltiples tasas impositivas que pueden aplicarse". Dado este supuesto, no sería difícil mostrar que la recaudación es mayor cuando el impuesto es de 22% que cuando es de 20%, porque 22>20. El vicio en el argumento es claro: de lo que se trata es precisamente que diversas tasas impositivas pueden tener efectos en la acción de los sujetos a los que el impuesto se aplica, por lo que un argumento que asume que la producción y las utilidades de las empresas que resultarán afectas permanece estable puede ser desechado de antemano. Esta es la razón por la que los argumentos que Beyer y Cox ofrecen contra la "gratuidad" no son, a pesar de lo que ellos afirman, argumentos "de hecho" o "empíricos". Un argumento no es "empírico" porque en algún momento haga referencia a los hechos. Un argumento que mostrara que, dado un nivel "empíricamente verificado" de utilidades afectas de las empresas (que podría obtenerse con las cifras de hoy) y dado que el 22% de esas utilidades es una cantidad mayor que el 20%, pretendiera concluir que una tasa del 22% recaudaría más que una del 20% (porque 22>20), no sería un "argumento empírico", sino uno puramente especulativo.

Esto, por supuesto, no es lo mismo que decir que un impuesto del 22% a las utilidades de las empresas no recaudaría más que uno de 20%, o que la base imponible debe seguir siendo la de las utilidades retiradas y no la de las devengadas, sino una observación sobre la forma del argumento, sobre qué cuenta como un "argumento empírico". Un argumento empírico sería un argumento que mostrara que, permaneciendo todo lo demás sin variación, una modificación del impuesto de primera categoría ha tenido en el pasado un determinado impacto en la producción y en las utilidades afectas y así en la recaudación (la cláusula "permaneciendo todo lo demás sin variación" es lo que hace que los argumentos "empíricos", cuando se trata de políticas, resulten siempre sospechosos porque, a diferencia del contexto controlado que se obtiene en un laboratorio, las cosas nunca permanecen sin variación en el mundo real; por consiguiente todo argumento "empírico" descansa en el supuesto hecho por el observador que las cosas que han variado entre los dos momentos observados son cuestiones irrelevantes. Como la relevancia o irrelevancia de lo que ha variado no es algo que normalmente pueda determinarse "empíricamente", todo argumento "empírico" descansa en el juicio del observador).

Un argumento verdaderamente "empírico" sobre focalización, igualdad y universalidad debería dar cuenta del hecho de que los países cuyos regíme-

nes producen la mayor redistribución del ingreso, asegurando los niveles más altos de igualdad, son precisamente los que descansan de modo más intenso en programas universales. Parece que Beyer y Cox no saben que el coeficiente de Gini en los países nórdicos, cuyo gasto social está estructurado sobre la base del principio universalista, es menor que en Estados Unidos (que es indudablemente un sistema focalizado), para mencionar solo los casos más obvios (y nótese que no estamos hablando de diferencias marginales: los cuatro países nórdicos son los cuatro países con el Gini más bajo de la OECD, mientras Estados Unidos está considerablemente por debajo del promedio).

**El argumento "teórico" contra la universalidad**

Al principio de su artículo, Beyer y Cox afirman que se proponen justificar la "sabiduría popular" que defiende la focalización "tanto desde un punto de vista teórico como empírico". Hemos visto que sus argumentos empíricos no son tales, sino especulaciones a partir de datos. ¿Qué hay de sus argumentos "teóricos"?

Probablemente se refieren con eso a lo que, hacia el final del artículo, denominan "un argumento rawlsiano", construido sobre el principio de la diferencia de John Rawls, que en lo relevante dispone que las desigualdades sociales solo se justifican si son necesarias para mejorar la situación de los "más desaventajados". Beyer y Cox sostienen que, tratándose de la educación superior gratuita, los "más desaventajados" serían los que no podrían acceder a la educación superior aun cuando esta fuera gratuita. Luego sostienen que el principio de la diferencia justifica la exclusión de la educación superior gratuita porque, en virtud de ella, los "más desaventajados", que contribuyen con sus impuestos a financiar la educación superior, pero no reciben de ella nada, "salen para atrás".[14] Al contrario, una política de educación superior financiada públicamente solo para los más pobres es preferible porque la contribución de los más desaventajados es "considerablemente menor", pues "el costo de financiar educación gratuita para algunos es menor que el de hacerlo para todos".[15] Pero el uso del principio de la diferencia de Beyer y Cox es manifiestamente inadecuado. Aceptando su

14 Ibíd, p. 7. Esta idea de que "salen para atrás" muestra que el uso que Beyer y Cox dan a la idea de regresividad es el que exige la Def. 1: "salen para atrás" quiere decir que es mejor no hacer nada porque al menos así se quedarían donde están. No necesitamos saber nada sobre usos alternativos de los recursos para decir que, si al hacer algo guiado por la finalidad de avanzar, "salgo para atrás", es mejor no hacer nada.

15 Ibíd.

manera peculiar de entender el principio de la diferencia, habría que decir que ambas políticas son injustas porque los más desaventajados contribuyen a algo que no los beneficia: poco o mucho, en ambos casos contribuyen sin recibir beneficio alguno. Y la satisfacción de la primera parte del principio tampoco hace diferencia alguna porque estamos hablando de quienes, por distintas razones, "no podrían acceder" a la educación superior. Ambas políticas, de acuerdo al razonamiento de Beyer y Cox, serían condenadas por el principio de la diferencia, que entonces abogaría por la abolición de la educación superior o al menos la exclusión de todo gasto público en su financiamiento.

Una aplicación más plausible del principio de la diferencia sugeriría que los "más desaventajados" no son los que "no podrían acceder a la educación superior", sino en general los más pobres (hacer aplicaciones parciales como las de Beyer y Cox del principio de la diferencia, definiendo en cada caso la clase de los más desaventajados, no es correcto: cuando estemos discutiendo políticas de fomento a la lectura, ¿diremos que "los más desaventajados" son los que no adquirieron el hábito de la lectura?). Desde el punto de vista de los más desaventajados, una situación en que los ricos pagan 100 y la educación superior es gratuita para todos y otra en que pagan 100-n y la educación es gratuita solo para el 60% más pobre, son indiferentes, al menos si adoptamos la perspectiva estrecha que asumen Beyer y Cox, que no mira a las consecuencias de mediano plazo de las políticas que discuten.

Al mirar a esas consecuencias de mediano plazo, la situación es clara. La coexistencia de educación privadamente financiada y educación financiada por el Estado para los "más desaventajados" llevó, en educación primaria y secundaria, a un sistema segregado en el que hay una notoria diferencia de calidad entre la educación disponible en general para los pobres y aquella disponible en general para los ricos. Es evidente que el hecho de que haya educación primaria y secundaria de calidad para los ricos que no está al alcance de los pobres no obra en beneficio de los más desaventajados, sino al contrario: consolida y reproduce en el tiempo desigualdades y privilegios injustos. Por consiguiente, es evidente que una política que tiende a producir este resultado es condenada por el principio de la diferencia. Ello todavía no ha ocurrido con la educación superior, en la que, a diferencia de la primaria y secundaria, hay instituciones públicas entre las más prestigiadas del sistema. La cuestión, entonces, es cuál es la política que logrará evitar que la educación superior se segregue como lo ha hecho la educación primaria y secundaria.

**"Gratuidad" y segregación**

Beyer y Cox ofrecen una razón para excluir las consecuencias no inmediatas de las políticas que discuten. Refiriéndose a la idea de que una política de financiamiento público de educación para todos no sería regresiva si se financia con impuestos desproporcionadamente pagados por los más ricos, sostienen que

> Este planteamiento [...] va acompañado de la afirmación que al no darse educación gratuita para todos, se permite que las personas paguen por su educación, lo que conduciría a que cada uno pague de acuerdo a sus capacidades económicas y, por lo tanto, a un sistema segregado por ingresos. Pero ése es un problema distinto, ya que se podría no dar educación gratuita para todos y, a la vez, impedir que unos paguen más que otros (mediante, por ejemplo, una política de precios fijos). O se podría, también, dar educación gratuita para todos, manteniendo las diferencias de precios por carreras y universidades, e igual, como el sistema de educación superior es selectivo, el sistema sería segregado, aun cuando todo lo pagara el Estado (aquí la segregación sería por rendimiento académico y no directamente por ingresos, pero, desgraciadamente, en Chile estas dos variables están altamente correlacionadas al momento de entrar a la educación superior). El problema de si es justo permitir que, sea cual sea el origen de los recursos, unos gasten más que otros en su educación es un problema interesante y complejo, pero escapa de los objetivos de este artículo. Por esto, nos concentraremos en la primera parte de este argumento.[16]

La primera posibilidad mencionada es que se podría lograr un sistema integrado mediante una política de precios fijos, de modo que nadie pudiera pagar más que el arancel fijado por el Estado. Los ricos pagarían de su bolsillo y a los pobres les pagaría el Estado. Esto, por supuesto, no es suficiente para asegurar que no se producirá segregación por ingreso, porque es compatible con que haya universidades que no admiten a estudiantes financiados por el Estado, sino solo a los que pueden financiarlo privadamente. Las razones por las cuales podría ser conveniente para una universidad no recibir estudiantes financiados por el Estado son obvias: de ese modo se asegu-

16 Ibíd, p. 5.

rará que sus estudiantes provendrán de los grupos más ricos y así ofrecerá en el mercado un bien adicional a la educación que ofrece: la formación de "redes" sociales entre personas que pertenecen a los grupos más poderosos, la mayor homogeneidad de sus estudiantes y menor conflictividad, etc. Por consiguiente, no bastaría fijar aranceles: habría que intervenir las políticas de admisión de las universidades, para evitar que la segregación se introdujera por esa vía.

Quizás la analogía que ya hemos hecho entre la discusión sobre "gratuidad" de la educación y la discusión tributaria nos pueda seguir orientando aquí. ¿Qué tasa de primera categoría es mejor, desde el punto de vista de la recaudación fiscal, 20% o 22%? Como hemos notado, es relativamente claro que 22 es más que 20. Por consiguiente, si todo lo demás permanece igual, la primera es más conveniente. Pero todo lo demás no tiene por qué permanecer igual. La objeción estándar aquí dice que una tasa de 22% afectará la inversión de modo que en el mediano plazo el crecimiento será menor, por lo que hay que comparar el 20% de un nivel de producción determinado con el 22% de un nivel de producción menor. Pero, con la lógica de Beyer y Cox, a esta objeción podríamos responder: "pero este es un problema distinto, ya que se podría tener una tasa de 22% y evitar la baja de la inversión con otras políticas dirigidas a ello, o se podría mantener la tasa al 20% y la inversión podría igualmente caer. El problema de cómo y porqué disminuye la inversión es un problema interesante y complejo, pero que escapa a los objetivos de este artículo".

A esto no habría sino que responder que el que aboga por una política tiene que hacerse cargo de los efectos de esa política en el mundo real, dadas las características del mundo real. La posibilidad imaginada (¡de nuevo!) por Beyer y Cox contiene todo lo malo de una política de "gratuidad" de la educación, pero nada de lo bueno. En particular, no unifica intereses, porque a los ricos no les afectará en absoluto que el Estado recaude lo suficiente para poder pagar los aranceles de los pobres. Es decir, ellos experimentarán solo un aspecto de la política –la limitación a su libertad para pagar lo que ellos pueden y quieren pagar–y no su otra dimensión: que la educación que reciben la reciben como un derecho por ser ciudadanos. Solo un experto, acostumbrado a invocar especulaciones a partir de datos como si fueran argumentos empíricos, podría pensar que un régimen que hace que los ricos y poderosos experimenten solo el aspecto negativo de una política en una cuestión importante para ellos es estable en el tiempo.

La segunda posibilidad mencionada por Beyer y Cox es más relevante: incluso si la educación superior fuera "gratuita" las universidades seleccionarían "por rendimiento académico y no directamente por ingresos". Como "desgraciadamente en Chile estas dos variables están altamente correlacionadas al momento de entrar en la educación superior", una política que eliminara la segregación que se introduce por la vía de los precios dejaría todavía en pie la segregación que resulta de la selección por méritos.

En este punto es necesario clarificar dos cosas: la primera, dada la brutal segregación del sistema escolar primario y secundario, y la notoria correlación entre clase y resultados académicos, cuando llega el momento de preguntarse por criterios de ingreso a la universidad ya el daño está hecho, de modo que prácticamente cualquier criterio de selección que no sea puramente aleatorio reflejará, no el mérito de los estudiantes, sino su clase social de origen.[17] Asimismo, hay buenas razones, dado el tipo de institución que son las universidades, para que hagan lo que no debería permitirse a los establecimientos primarios y secundarios, es decir, seleccionar estudiantes. En esas condiciones, es efectivo que los efectos integradores de la "gratuidad" se verán limitados por la selección. Pero que se vean limitados no quiere decir que sean nulos.

La segunda cuestión que no puede quedar fuera del análisis es la anomalía, ya notada, que caracteriza al sistema universitario chileno, donde las universidades más prestigiadas son universidades públicas. La situación que caracteriza hoy al sistema universitario era en el pasado característica también de la educación primaria y secundaria, en que liceos públicos estaban entre los más prestigiados de Chile. En educación primaria y secundaria, eso se ha

17 Uno de los criterios que se han popularizado para hacer frente a la estrecha correlación que hay entre clase de origen y resultados académicos en lo que a admisión a la universidad se refiere es tomar en cuenta el orden de egreso al interior de la promoción del establecimiento respectivo (el "ranking de egreso"). Este criterio, bienintencionado y probablemente útil como predictor del desempeño futuro, solo puede aceptarse si es marginal, es decir, precisamente en la medida en que no tiene una relevancia suficiente para guiar generalmente la acción de estudiantes secundarios cercanos al egreso. En la medida en que fuera un criterio suficientemente utilizado como para que los estudiantes de establecimientos municipales entendieran que su orden de egreso va a afectar seriamente sus posibilidades futuras, es razonable esperar que actuarán guiados por la finalidad de maximizar esas posibilidades. A diferencia de las notas de enseñanza media (con los problemas conocidos que ellas conllevan), cuando se trata del orden de egreso, a cada estudiante no solo le conviene rendir lo más que pueda, sino también que sus compañeros no tengan buenos resultados. Por consiguiente, la generalización de un criterio como el ahora comentado tendría la aptitud de destruir la "comunidad escolar", trasladando a ella una forma de competencia incluso peor que la que ocurre normalmente en el mercado, donde en general a cada uno le es indiferente el desempeño del otro y le importa solo el propio. Aquí a cada uno le importaría no solo su desempeño, sino también el desempeño (deficitario) de los demás. Este es un ejemplo de cómo la ley puede fracturar intereses. Hoy los intereses de los estudiantes de un establecimiento están unificados: va en el interés de cada estudiante que el desempeño de todos sea el mejor posible (o, en un sentido más débil: están unificados porque no están en conflicto). En el caso considerado ahora, los intereses de los estudiantes estarían en estricta oposición.

invertido: aunque todavía hay liceos "emblemáticos", ellos no están entre los más prestigiados, de modo que son la opción para quienes no pueden acceder a los establecimientos privados más prestigiosos. ¿Qué explica esta diferencia? Es evidente que parte importante de la respuesta radica ante todo en las condiciones de operación de establecimientos públicos y privados, en que los segundos pueden cobrar lo que deseen por educar y los primeros no pueden hacerlo o lo pueden hacer en condiciones mucho más restringidas, además de tener opciones de criterios de selección mucho más amplias (el Estado no puede usar, por ejemplo, como criterio de selección la pertenencia a una orden religiosa que se caracteriza por la riqueza de sus miembros). En estas condiciones, es inevitable que la educación privada tienda a transformarse en la educación de los que tienen algo que ganar por separarse de los que están peor que ellos, es decir de los (relativamente) ricos, y la educación pública en la que se dirige a los que no tienen recursos. Eso explica lo que ha ocurrido con la educación municipal: ella atiende principalmente a los más pobres, y los liceos más tradicionales ("emblemáticos") son los que en ese contexto se destacan, de modo que son demandados pero no por quienes pueden acceder a establecimientos particulares pagados. Este resultado es la consecuencia de las condiciones de operación de establecimientos públicos y privados. Ahora bien (segundo) tratándose de la educación universitaria las condiciones actuales de operación de las universidades públicas y privadas son las mismas que las de la educación secundaria, por lo que lo razonable es esperar que pase exactamente lo mismo. No creo que pueda negarse que esa situación sería lamentable. Si eso es así, el solo hecho de que la "gratuidad" no implicaría por sí sola la integración del sistema universitario (porque, al seleccionar por rendimiento, las universidades estarían todavía seleccionando por un criterio cercano a la clase de origen) no es decisivo, en la medida en que sería apta para evitar que entre las universidades se reproduzca el resultado que ya se produjo en la educación escolar.

**Las cosas al derecho: El principio universalista**

Los argumentos anteriores no son una defensa del principio universalista, del mismo modo que decir de una política que es progresiva no implica decir que ella debe ser realizada, sino solo que no es irracional. El argumento a favor del universalismo supone traer a colación lo que la hegemonía del principio de focalización esconde o al menos ignora. Y lo notable de que lo ignore es que lo hace pese a lo que ha estado ocurriendo durante las últimas décadas: la segre-

gación de todas las esferas de la vida social.[18] Esa segregación es consecuencia empíricamente necesaria de la hegemonía del principio de focalización. Si la idea de focalización es hegemónica, ella impondrá su lógica, como ocurre entre nosotros, a cada decisión de política social que deba tomarse. Pero, si los programas sociales son focalizados, los servicios respectivos tenderán a segregarse: habrá salud y educación, por ejemplo, para pobres y para ricos. Porque, al decir que el Estado no debe financiar la educación o la salud de los ricos no se está diciendo que los ricos no deben recibir servicios de salud o educación sino que ellos deben financiárselos privadamente, comprándolos en el mercado. Y va de suyo, en los hechos, que los servicios públicos fijarán el piso de los servicios que se ofrecen en el mercado. Los "pobres", por consiguiente, recibirán una provisión mínima de salud o educación, y, sobre ella, los demás recibirán lo que su dinero pueda comprar. Y el paso siguiente (que en educación se dio en 1993, con la introducción del financiamiento compartido) será decir que quienes reciben subsidios públicos pueden mejorarlos marginalmente por la vía de hacer un aporte privado adicional, con lo cual la segregación se producirá no solo entre quienes reciben el subsidio estatal y quienes compran en el mercado, sino a todo nivel: entre quienes reciben el subsidio estatal y pueden cofinanciar poco, medio o mucho, y entre quienes no reciben el subsidio estatal y compran, a diferentes precios, esos servicios en el mercado.

Como consecuencia empíricamente inevitable de la segregación vendrá la diferencia de calidad del servicio, desde el mínimo que reciben los que son enteramente subsidiados hasta el máximo que reciben los más ricos. Pretender que un sistema segregado podrá ofrecer un servicio de calidad para todos es evidentemente falso. Ello equivale a afirmar, como lo hacían algunos norteamericanos en la década de 1950, que no es racista tener escuelas segregadas de acuerdo a la raza en la medida en que ambas son de igual calidad ("separados pero iguales"). Esto es así porque lo que está mal distribuido no

18 En salud, educación, vivienda, seguridad social, etc., como resultado de la generalización del principio de focalización la situación es la misma: una provisión estatal para quien no puede comprar el servicio respectivo en el mercado y provisión de mercado para el resto. Es evidente que esto implica segregación. Y, adicionalmente, como desde el punto de vista de una política social informada por la idea de focalización el problema es la pobreza y no la desigualdad, no hay políticas que persigan ese fin (porque serían regresivas, precisamente: todo lo que no es focalizado en la pobreza es regresivo). Eso, por ejemplo, explica el hecho de que el desarrollo urbano de las ciudades de Chile sea otro espacio donde la segregación se manifiesta sin límites. Entre todas estas dimensiones hay, desde luego, implicaciones recíprocas: la segregación residencial se manifestará en mayor o menor medida en segregación educacional y la segregación educacional reforzará la segregación territorial, etc. Por eso la intervención debe ser holística y por eso la discusión sobre los principios que informan un sistema de políticas sociales es tan importante como la discusión de cada una de estas políticas por separado: los principios dominantes imponen su diagnóstico respecto de cuál es el problema y cuáles sus vías de solución.

es solo el dinero sino también la influencia y el poder. En un sistema segregado, la "calidad" de los servicios públicos será una cuestión que interese solo a "los pobres" y será para mejorarlos a ellos que habrá que aumentar el gasto público y los impuestos. Pero "los pobres" son precisamente quienes tienen déficit de poder e influencia, por lo que sus problemas no tendrán la urgencia de aquellos que afectan a los que tienen más poder e influencia (eso es lo que significa tener un superávit de poder e influencia). Por consiguiente, cuando las cosas afectan a los más ricos es fácil que reciban la atención política necesaria tanto para intervenir en ellas como para reunir los recursos (materiales y políticos) necesarios para mantenerlas y mejorarlas: como la segregación es la consecuencia inevitable de la focalización, los servicios públicamente financiados serán recibidos solo por los más pobres. La "calidad" de los servicios públicos será una cuestión que interese solo a "los pobres" y será para mejorarlos a ellos que habrá que aumentar el gasto público y los impuestos, enfrentarse a intereses particulares poderosos que se benefician del mal funcionamiento del servicio, etc. Esto, curiosamente, es notado con más facilidad por las agencias de publicidad que por los "expertos" en políticas públicas: "Las cosas cambian cuando le pones un TÚ", como dice la campaña de alguna agencia de seguros. Solo un "experto" puede pensar que si la subvención estatal fuera la que paga la educación de los ricos y de los pobres, ella sería hoy de 45 mil pesos. Por eso segregación implica educación de mala calidad para "los pobres".[19]

Dicho de otro modo, la segregación genera que los intereses de quienes tienen poder e influencia se independicen de los intereses de los que no tie-

19 En este punto no puede pasar sin mención el lugar común que sostiene que lo importante no es la segregación sino la calidad, que es irrelevante si el sistema es segregado o no o si los proveedores persiguen fines de lucro o no: lo que importa es que la educación que los establecimientos proveen sea de calidad. Esta es una observación particularmente habitual desde la derecha para defender las características centrales del régimen educacional chileno. De lo que se trata es de asegurar calidad y para eso la recomendación de política (que ha sido implementada) es crear organismos públicos destinados a fijar estándares y mecanismos de evaluación, para identificar los establecimientos deficitarios y apoyarlos (o, en su caso, sancionarlos). Lo insólito de estas recomendaciones es que, en general, suelen provenir de quienes aceptan el argumento hayekiano que sostiene que la acción centralizada del Estado para intervenir con prácticas sociales es de una eficacia severamente restringida, porque exige niveles de información (y de voluntad y disposición a la acción) que son inusualmente altos. Por eso, sigue el argumento, es mejor la acción descentralizada, "espontánea" del mercado, que puede procesar la información y reaccionar ante circunstancias inesperadas de mejor manera que el Ministro de Educación o el Jefe de Servicio respectivo. Pero, cuando se trata de educación, sorprendentemente invierten el argumento y, en vez de preguntarse cómo ha de pensarse el sistema educacional para que tienda a proveer una educación que se mueva hacia la integración y hacia la autocorrección (por la vía de la unificación de intereses), ¡ponen toda su fe en agencias y mecanismos estatales de intervención directa! Para una manera de construir sobre el argumento hayekiano que no implica asumir las conclusiones neoliberales que Hayek (erróneamente) le imputaba, ver Atria, Fernando, "Socialismo hayekiano", en *Estudios Públicos,* 2011, pp. 49-105.

nen ni uno ni la otra. La integración, por el contrario, unifica esos intereses. En la medida en que el servicio de salud o de educación es provisto universalmente para todos, hay un interés de todos en la forma en la que dicho servicio se provee. Si la provisión es común, entonces, el que tiene influencia y poder los usará para mejorar el servicio que atiende su necesidad, y, al hacerlo, como el servicio es integrado, estará mejorando el servicio que atiende a quienes no tienen poder. De esta manera el principio de universalización entiende la idea de comunidad que da contenido a la noción de ciudadanía: como una delimitación de las esferas en que las instituciones (educacionales, de salud, etc.) dan cuenta del hecho de que nuestros intereses son comunes.

El argumento, entonces, es simple: al adoptar el principio de focalización, el Estado crea las condiciones para que sea en los hechos inevitable una progresiva segregación en la provisión de esos bienes. La segregación, por su parte, implica que lo que recibirán quienes están más abajo (es decir, quienes reciben la subvención estatal) será una provisión mínima que no tiene ni siquiera la pretensión de equipararse a lo que recibe el que la puede comprar. Un Estado focalizado, así, es un Estado que se preocupa de aliviar las consecuencias peores de la pobreza pero que es indiferente ante el hecho de que su acción contra la pobreza mantiene y aumenta la desigualdad. Y lo primero que debería llamarnos la atención es que esto es precisamente lo que ha ocurrido en Chile en los últimos 20 años: una notoria disminución de la pobreza y una agudización de la desigualdad.

Es por esto que es un error grave sostener que de lo que se trata es de que la educación sea "gratuita". No se trata de gratuidad, sino de descomodificación. En la discusión actual, suele decirse que el problema de la "gratuidad" no es un problema para la educación superior, porque, al no ser gratuita, los estudiantes deben pagar por sus carreras y eso implica que el que no puede pagar no puede recibir educación y que hoy para recibir educación los estudiantes y sus familias tienen que asumir deudas exageradas. El problema, se dice, no aparece en la educación básica y media, porque ahí si hay gratuidad efectiva en el sentido de que hay educación disponible para quien no puede pagar (la municipal y, en menor medida, la particular subvencionada).

Pero esto es no entender el sentido de la demanda por "gratuidad". De lo que se trata no es de que haya educación "gratis" para quien no pueda pagarla, sino que la educación recibida no esté mediada por la capacidad de pago del estudiante o su familia. No se trata, entonces, de que el problema esté "solucionado" en la educación básica y media y que solo exista en la educación

superior. El problema es mucho más grave en la educación básica y media porque esa educación pretende una cobertura del 100%. Que el sentido de la demanda por gratuidad no sea permitir el acceso a quien no puede pagar sino descomodificar la educación significa que, si la educación es enteramente financiada por el Estado, los que tienen recursos no pueden usarlos para recibir una educación de mejor calidad que los que no tienen; quiere decir, en otras palabras, que el sistema educacional no está disponible para que el privilegiado lo use para asegurar que el privilegio de que goza será transmisible a sus hijos.

La consideración de este punto muestra lo peculiar de la posición de Beyer y Cox, que discuten sobre la regresividad de la "gratuidad" de la educación superior sin entender la demanda a la que se oponen. En efecto, ellos sostienen:

> La razón por la cual los impuestos son progresivos es para redistribuir, no para "devolver" en la medida que cada uno aportó, ya que en ese caso mejor sería no cobrar impuestos y que cada uno gaste como quiera, ahorrándose un enorme costo administrativo. Por eso la focalización de los recursos fiscales es importante.[20]

No está claro cuál es el sentido de esta afirmación. Es evidente que la recaudación tributaria no tiene mucho sentido si después del cobro de los impuestos el Estado devuelve a cada uno un servicio cuyo valor está precisamente calculado sobre la base de su aporte, de modo que el que paga 100 recibe 100 y el que paga 10 recibe 10. Pero ese no es el punto. El punto es que el Estado cobra a cada uno de acuerdo a sus capacidades y provee a cada uno de acuerdo a sus necesidades. Idealmente, al que paga 100 y al que paga 10 el Estado les proveerá de un servicio de 50. ¿A esto se están refiriendo Beyer y Cox? ¿Al hecho de que no tiene sentido cobrarle 100 al que paga 100 y luego "devolverle" 50, sino que sería mejor cobrarle 50 de entrada y no darle nada? Lo que ellos parecen no percibir es lo que queda escondido tras la hegemonía del principio de focalización: que la diferencia es que en el primer caso todos recibirían educación de 50 (y si los ricos creen que necesitan gastar más deberán presionar porque aumente el gasto público en educación, lo que beneficiaría a todos) y en el segundo los pobres recibirían 50 y los ricos pagarían todo lo que pudieran (y si creen que necesitan más, pagarán más, en la medida en

20 Beyer y Cox, op. cit., p. 6.

que puedan, pero solo para ellos). De hecho, ello puede notarse observando las mismas cifras que Beyer y Cox discuten: el costo de una política de educación "gratuita" para el 60% más pobre es algo más de un tercio (M$54.449) de lo que cuesta una política de educación gratuita para todos (M$148.518),[21] porque el costo promedio per cápita de la educación en el primer decil es de $146.416, mientras el costo promedio per cápita de la educación en el décimo decil es de $238.495 (véase su tabla N° 2). Beyer y Cox parecen creer que una política de educación gratuita sería una política que pagara educación de $146.416 promedio para el que proviniera del primer decil y de $238.495 promedio para el que proviniera del décimo decil. En ese caso, efectivamente se estaría simplemente "devolviendo" a cada uno lo que pagó, y el ejercicio sería solo un enorme gasto administrativo (aunque no puede pasarse por alto que, incluso en este caso, no sería regresivo sino distributivamente neutral, dado lo que significa la expresión "devolver en la medida en que cada uno aportó"). Pero aquí Beyer y Cox yerran espectacularmente el punto. El sentido de la descomodificación es que el costo promedio por decil tienda a ser igual que el costo promedio general (en sus datos, $175.842).

21 Ibíd., p. 5.

# COMENTARIO A "LAS COSAS CAMBIAN CUANDO LES PONES UN 'TÚ': SOBRE UNIVERSALISMO, FOCALIZACIÓN Y REGRESIVIDAD", DE FERNANDO ATRIA

*Sergio Verdugo* [1]

**Resumen**

Se argumenta que el trabajo del profesor Atria sigue una perspectiva parcial que es insuficiente para tomar determinaciones concretas y que confunde elementos relevantes que debieran distinguirse. Su trabajo se centra en la educación superior, pero no diferencia las particularidades de esta última ni los distintos bienes que ella está llamada a servir. Se cuestionan las ventajas de la universalidad y gratuidad en el sistema de educación terciaria y se constata que las ideas del profesor Atria responden a una amplia política redistributiva y social ideológicamente comprometida.

## Introducción: Resumen del debate

El problema de la educación en Chile ha generado diversas polémicas. Una de ellas tiene que ver con el financiamiento de la educación superior. Mientras algunos promueven una política universalista, donde todos deberían tener acceso a una educación gratuita que sea financiada con impuestos progresivos (en este grupo se encuentra el profesor Fernando Atria), otros defienden una política pública focalizada, donde los recursos públicos se dirijan a los sectores más necesitados.

En este segundo grupo (pro-focalización) encontramos un trabajo de Harald Beyer y Loreto Cox.[2] En él, los autores contestan la tesis universalista que

1 Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

2 Beyer, Harald y Cox, Loreto, "Gratuidad de la educación superior: Una política regresiva", en *Puntos de Referencia*, 337, (Centro de Estudios Públicos) 2011. Cabe hacer presente que, aunque el principal

promueve una educación gratuita para todos. Sostienen que ella es regresiva, ya que la mayor parte de los recursos públicos beneficiaría a los sectores de mayores ingresos. Defienden la focalización de los recursos argumentando sobre la base de que ella genera mayor equidad. Así, los autores refutan una columna electrónica del profesor Fernando Atria que sostiene que la idea de la regresividad de la gratuidad para todos es un mito.[3]

En dicha columna, el profesor Atria sostenía que no hay que mirar solo el gasto para definir si una política es o no regresiva, sino que también el ingreso fiscal y la forma en que este se recauda. La idea es establecer una política de educación gratuita, universal y una reforma tributaria que afecte a los sectores más acomodados mediante tributos progresivos. Frente a ello, Beyer y Cox conceden que la aplicación de un impuesto progresivo para financiar una educación gratuita podría disminuir la alta brecha que el coeficiente de Gini muestra para nuestro país respecto de la distribución del ingreso. Sin embargo, también sostienen que esto sería efecto de la reforma tributaria y no de la gratuidad.[4] Ellos muestran que si a esa reforma tributaria se le asignara el principio de focalización, el Gini se reduciría aun más. En otras palabras, y ante escenarios tributarios iguales, la focalización seguiría teniendo más impacto en el Gini que el universalismo. En síntesis, y solo desde la perspectiva del Gini:

i. Focalización vs. Universalismo= gana focalización
ii. Focalización + impuestos progresivos (IP) vs. Universalismo + IP= gana focalización

En un trabajo publicado en este mismo anuario, el profesor Atria contesta los argumentos de Beyer y Cox.[5] Dice que la idea de que el principio de focalización sea más "igualitarista" es falsa. La acusación de Atria es provocadora:

foco del debate se centra en el trabajo recién citado, el profesor Atria también contesta una columna de Carlos Peña, quien se muestra favorable a la focalización.

3 Atria, Fernando, "N° 2: Es injusto que el Estado financie la educación de todos", en *CIPER*, 2011, http://ciperchile.cl/2011/07/27/n%C2%BA-2-%E2%80%9Ces-injusto-que-el-estado-financie-la-educacion-de-todos%E2%80%9D/. Ver otro trabajo del autor citado (probablemente el más relevante): Atria, Fernando, *Mercado y ciudadanía en la educación*, (Santiago, Flandes Indiano) 2007.

4 Beyer y Cox, op. cit., p. 6

5 Atria, Fernando, "Las cosas cambian cuando les pones un ´tú´: Sobre universalismo, focalización y regresividad", en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2012. Las referencias a este artículo se harán sin la enumeración de la página respectiva, ya que el documento que tuve a la vista no contenía, aún, la enumeración definitiva de este anuario.

"Como veremos, sus argumentos [los de Beyer y Cox] no logran pasar un examen racional, porque descansan en confusiones o en un uso excéntrico de las palabras o de los datos".[6] Atria los acusa de pretender "convencer al perjudicado por la focalización (el "pobre") que en realidad es el beneficiado y al beneficiado por ella (el "rico") que en realidad es el perjudicado". Atria hace una defensa del principio de universalización como el mejor mecanismo para promover la igualdad en materia de educación superior.

En este comentario, argumentaré que el debate recién resumido (i) es incompleto y (ii) ha sido desviado por el profesor Atria de su objeto central.

(i) Es incompleto porque está dominado por una perspectiva parcial: la igualdad basada en el Gini y en Rawls. Sostendré que es válido (y es un aporte) discutir en esos términos, pero que la consecuencia de dicho debate no puede tener la pretensión de resolver el problema de política pública, ya que ella debe considerar también otros aspectos relevantes que enunciaré.

(ii) Fernando Atria desvía la atención del objeto central del debate (acceso y financiamiento de la educación superior) con argumentos que deben diferenciarse de la discusión sostenida a propósito de la educación escolar. La no distinción de dichos argumentos conduce a resultados altamente discutibles, como se verá.

## El enfoque incompleto del debate

Todos los trabajos citados pretenden resolver el debate desde la perspectiva de la igualdad. Beyer y Cox utilizan el coeficiente de Gini; el profesor Atria ataca a quienes critican el universalismo por agudizar la desigualdad y dice que "hoy nadie discute que el gasto social tiene que tener una finalidad retributiva"[7]; y se debate sobre la eventual aplicación del argumento rawlsiano de acuerdo a su segundo principio de justicia (todos parecen conceder que la tesis de John Rawls es la más apropiada).

6 Sin número de página.

7 Sin número de página.

Es en esta premisa de igualdad (¿un tipo de?)en la que el debate aparece contaminado e ideologizado. El profesor Atria se preocupa por "mostrar cómo se ven las cosas cuando uno las mira al derecho y no al revés", aunque no aparece suficientemente justificada la razón por la cual *su* perspectiva de la igualdad es la más adecuada.

Uno podría preguntarse, por ejemplo: ¿cuál es la política más idónea para producir movilidad social? o ¿cuál es la mejor política pública para generar una sociedad más libre con una oferta educativa diversa? (lo que nos llevaría a discutir sobre la libertad); también, ¿cuál es la mejor política para la producción de bienes públicos y externalidades positivas? o ¿qué bienes públicos queremos generar a través de la educación?; además de ¿cuál es la política más efectiva para el desarrollo económico y social del país? o ¿qué política estimula la generación de una educación superior de mayor calidad y con mejores tasas de empleabilidad?, entre muchas otras.

Si quisiéramos resolver con la perspectiva única de Beyer, Cox y Atria, entonces varias de estas preguntas serían irrelevantes.

Veamos un ejemplo para explicar lo incompleto del debate. Atria dice que todo gasto social debe tener una finalidad retributiva y que una política regresiva no puede tolerarse. ¿Qué sucedería entonces con las Becas Chile? Dichas becas suelen otorgarse a graduados exitosos que han sido aceptados para estudios de postgrado en universidades de prestigio sin considerar las condiciones económicas de los mismos. Los graduados exitosos normalmente tienen acceso al crédito y provienen de condiciones sociales que fueron compatibles con la entrega de una educación de calidad. Así, es altamente probable que una mayoría de los becarios sean "ricos" en el lenguaje de Atria. ¿Significa esto que la política de las Becas Chile debería eliminarse?

Visto desde la pura perspectiva de la igualdad, la respuesta debiera ser positiva. Pero hay otras perspectivas que han servido de justificación a esta política. Chile está implementando un plan para incrementar el número de doctores respecto de la población total y mejorar su capital humano. Se dice que esto contribuirá al desarrollo del país y promoverá mayores niveles de investigación, un bien público del que se beneficia toda la sociedad. Si becamos a un futuro académico investigador, habrá un retorno para la sociedad (y para el investigador), así que no nos importará si este se enriquece a costa de la sociedad (esta tendrá retornos superiores). Si becamos a un músico en un conservatorio europeo de prestigio, estaremos promoviendo la cultura y

probablemente la sociedad obtendrá un retorno relevante ante la inversión que se hizo.

No estoy diciendo que el programa gubernamental de las Becas Chile sea justo (puede no serlo). Estoy diciendo que, si se quiere justificar un programa como ese, deben buscarse respuestas que incluyan el factor igualitario pero que no lo exijan como el único criterio de análisis.

Los términos propuestos para el debate son válidos, ya que existe un interés público en su enfoque igualitario. Sin embargo, parece parcial hacer depender el resultado de una política pública desde la sola perspectiva igualitaria. Por eso, este debate es incompleto.

Por otra parte, si se quiere debatir sobre la relación entre la igualdad y distribución del ingreso y la educación superior, se debe estudiar el impacto que el desarrollo de esta última ha tenido en los últimos años. Sin ello, no habrá un diagnóstico muy claro, lo que se hace especialmente complejo dada la evidencia sugerida por Claudio Sapelli respecto a la igualdad[8] y a los problemas metodológicos existentes en la medición de la misma.[9]

## Discusión general y especial

El profesor Atria tiene razón cuando critica que los argumentos a favor de un principio u otro (sea el universalismo o la focalización) se extiendan automáticamente a cualquier área (educación, salud, defensa, etc.), ya que hay que distinguir los argumentos generales de los especiales. En otras palabras, no porque en un sector "X" sea más conveniente aplicar una política "Y", entonces en el sector "M" será conveniente aplicar esa misma política "Y".

8 Según Sapelli, las nuevas generaciones tienen niveles menores de desigualdad que las más antiguas. La desigualdad se produce por la diferencia entre los ingresos autónomos que las personas son capaces de generar, razón por la cual hay que preguntarse en qué medida la educación es un vehículo idóneo para mejorar la situación anterior y reducir la dependencia de los sectores más pobres respecto de las políticas sociales. Sapelli, Claudio, *Chile ¿Más equitativo?*, (Ediciones P. Universidad Católica de Chile) 2011. Antes de este trabajo, Sapelli demostraba que Chile presenta altos niveles de movilidad intrageneracional del ingreso. Existe una relación evidente entre educación e ingreso, y la primera es una buena medida de movilidad intergeneracional. El acceso no restringido a la educación terciaria debería incrementar la movilidad, lo que podría resultar en un argumento propicio para la masificación de la misma, aunque no necesariamente en la universalización de ella. Sapelli, Claudio, "Una nota sobre la movilidad intrageneracional del ingreso en Chile", Documento de Trabajo, 388, (Instituto de Economía, P. Universidad Católica de Chile) 2010.

9 En la medición de la igualdad, en muchas ocasiones no se consideran los efectos de las políticas sociales focalizadas. En Chile, las familias de mayores ingresos deben pagar algunos servicios (como salud, educación, previsión social) que en otros países están fuertemente subsidiados. El principio de focalización del gasto implica que algunos gastan y otros reciben, y de esa manera se persigue un equilibrio. En el principio universal todos reciben y ninguno gasta, razón por la cual se intenta corregir la desigualdad por la vía de los tributos.

De esta manera, Atria demanda mayores argumentos especiales relativos a la educación.

El autor acierta en este punto, pero no supera la debilidad de sus contradictores, ya que sus argumentos sobre el universalismo también son generales. Atria parece discutir en el plano de la educación en general, pero sus argumentos dicen estar dentro del debate de la educación superior. ¿Se comunican los puntos de la educación escolar con la superior? No necesariamente. No siempre, o al menos no en lo relativo al punto de universalismo.

A Atria le falta precisar mayores argumentos para que su idea de universalidad logre persuadir en el ámbito de la educación superior. Para lograr aquello, deben distinguirse los rasgos distintivos de la educación superior y preguntarse qué tipo de modelo queremos, cuestión que hace de manera insuficiente. No basta con identificar las diferencias y después defender el universalismo en términos generales, también hay que *aplicar* el universalismo considerando las singularidades de la educación superior. El argumento de Atria adolece del mismo problema que denuncia: no basta con probar qué opción rige por defecto en la educación, hay que demostrar la *aplicación* de dicha opción a la educación *superior*.

Hay que advertir que Atria reconoce que la pretensión de universalidad es menor tratándose de la educación superior respecto de la básica y media, pero sus argumentos posteriores son generales y no superan el problema. El Estado, para Atria, no debe asegurar "una cobertura de 100% sino asegurar que todo el que quiera acceder a ella [la educación superior] pueda hacerlo". Bastaría entonces con la intención de querer acceder a ella. Más adelante, Atria agrega una idea que está en tensión con la anterior: "[...] hay buenas razones, dado el tipo de institución que son las universidades, para que hagan lo que no debería permitirse a los establecimientos primarios y secundarios: seleccionar estudiantes".

No queda claro cómo Atria resuelve el problema de permitir que todos los que quieran puedan estudiar (derecho a recibir una prestación educacional) y de que los oferentes de la educación elijan a quiénes educar (libertad para seleccionar). Probablemente deberían existir distintos tipos de instituciones, algunas más selectivas que otras. Esta visión es altamente discutible, como veremos.

Por otro lado, Atria dice que la universalidad no significa necesariamente gratuidad. Solo significa que la "educación recibida no esté mediada por la capacidad de pago del estudiante o su familia". El sentido es integrar y "descomodificar" la educación. Esto es difícil de entender. Atria está en contra de que

solo se beneficie a los más necesitados, ya que hay que beneficiarlos a todos para producir integración. Pero resulta que se puede seleccionar y que no es necesario que la educación sea gratuita. ¿Cuál es el mecanismo concreto que sugiere? ¿Podría ser (a) un sistema de subsidio a la demanda a través de *vouchers* y sistemas de financiamiento basados en préstamos individuales, (b) un subsidio a la oferta que obligue a las universidades a no cobrar a quienes no puedan pagar, o (c) no cobrar a nadie? Las respuestas (a) y (b) parecen asimilarse a un principio de focalización, mientras la (c) implicaría, derechamente, un mecanismo de gratuidad.

Un punto central e ilustrativo es la prohibición que hace Atria para que el más privilegiado reciba una mejor educación. ¿Quién decide qué educación es de mejor calidad para estos efectos? ¿Cómo pretende asegurar el cumplimiento de esta prohibición sin cercenar la libertad de enseñanza y la diversidad de instituciones y programas?

En las siguientes páginas, me haré cargo de la crítica al principio de focalización *en* la educación superior, y luego trataré las virtudes del universalismo según Fernando Atria, pero *aplicadas* a la educación superior. Finalmente haré una breve defensa del financiamiento individual que no pretende agotar la discusión, sino estimularla.

## Debilidades del principio de focalización según Atria

Atria dice que los "ricos" asisten a las instituciones de educación superior más prestigiosas, lo que es cierto. Sin embargo, ello no se debe a la aplicación del principio de focalización en la educación superior, sino a que el sistema de selección universitaria reproduce la segregación de clase social y calidad educativa que se observa en el sistema escolar parvulario, básico y medio. De esta manera, las instituciones educativas seleccionan a los mejores puntajes de la prueba de selección universitaria (PSU),[10] que son aquellos mejor preparados para la PSU. Y los mejor preparados provienen de familias educadas que tienen los recursos para enviarlos a los mejores colegios y preuniversitarios.

No es necesario avanzar en la universalización de la educación superior para solucionar este problema, ya que la causa de la desigualdad en el acceso

10 Recuérdese que, a través de la matrícula de estudiantes que dieron una buena PSU, las universidades reciben aporte fiscal indirecto (AFI). Por eso, el AFI genera ciertos niveles de dependencia del sistema de admisión respecto la PSU. Ver una breve pero clara explicación en Eguiguren, Pablo y Soto, Sebastián, "El sistema de educación superior chileno a la luz del Informe OECD-Banco Mundial", en *Serie Informe Social*, 129, (Libertad y Desarrollo) 2010, p. 29.

es anterior al período de selección. Probablemente la universalización de la educación superior es un camino útil para corregir este problema. Sin embargo, se trata de un camino costoso e ineficaz. Es costoso porque, al impedir la focalización del gasto en los más necesitados, implica un financiamiento público mayor. Es ineficaz porque no se dirige a corregir la causa del problema (las desigualdades originadas en la educación parvularia, básica y media) sino a sus efectos (desigualdad en la falta de preparación para acceder a una buena institución de educación superior).

Si se trabajara sobre las causas reales (anteriores al período de selección superior), entonces el sesgo de la educación superior a favor de los más "ricos" desaparecería, porque en realidad no es un sesgo en favor de ellos, sino que hacia los mejores puntajes que pueden pagar. Si los sectores más vulnerables tienen mejores puntajes y pueden competir (mejorando la educación anterior), y además pueden pagar (con un crédito sujeto a la contingencia de su futuro ingreso, por ejemplo), entonces el problema debiera desaparecer.

Para el profesor Atria, el problema no acaba aquí, ya que también sostiene que el sesgo hacia los más ricos se produce por otra cuestión: el interés de las universidades de generar redes que mejoren las condiciones futuras de sus graduados. Se trata de una afirmación teórica que no acompaña de evidencia que logre aislar la variable denunciada para demostrar su nivel de impacto real. Es posible que esta variable exista, pero no sabemos cuál es su real dimensión. Para el autor, este problema sugiere la necesidad de intervenir las políticas de admisión de las universidades (no da cuenta de que ya está intervenida por el vínculo entre el AFI y la PSU).De existir esta variable, habría que estudiar hasta qué punto ella sustituye parcialmente el impacto de la que es probablemente la causa principal: las deficiencias de la educación primaria y secundaria. Es probable que la política de la PSU reduzca el problema y es también posible que existan otras políticas deseables de intervención en la admisión universitaria (hoy se discute sobre el ranking de egreso de los colegios, por ejemplo), pero todas ellas deben ser balanceadas con otro bien que hay que cuidar: la diversidad de la oferta educativa.

## Argumentos a favor de la universalidad

¿Por qué el universalismo generaría mejores resultados en la solución del problema? Si todos los que quieren pueden ingresar a la educación superior

sin pagar por ello (incluyendo todos los ricos y todos los pobres, aunque probablemente la decisión de estos últimos pueda condicionarse por la necesidad de trabajar), se producirían ciertas consecuencias en el tipo de instituciones que promovemos, las que generarían menos bienes públicos.[11]

Si todos los que quieren ingresar a la educación superior pudieran hacerlo, no se solucionaría la desigualdad generada durante el período de educación anterior a la terciaria, simplemente se postergarían sus resultados perversos. Un estudiante bien preparado normalmente tendrá más posibilidades de éxito que uno mal preparado. Y esa preparación no se corrige eficazmente en el nivel superior, cuando ya es tarde, sino antes. Si hay un escenario con escasez de cupos y todos compiten con igualdad de condiciones por esos cupos, entonces se favorecería una sociedad basada en el esfuerzo y las capacidades. Este tipo de sociedad es la que mejor promueve la generación de bienes públicos al interior de la universidad y es probablemente la que más movilidad social genera.[12] Es necesario estudiar qué impacto produciría una política universalista en la capacidad del sistema de educación superior para generar movilidad social.No obstante, hay que recordar que una educación universal no necesariamente conduce a satisfacer las demandas del mercado laboral, razón por la cual la rentabilidad de las carreras no puede asegurarse. En este sentido, la educación masificada podría generar un efecto adverso: el de limitar la posibilidad de producir movilidad social.[13]

Atria dice que el principio universalista produce integración y unifica intereses. Sin embargo, la focalización también puede producir estos deseables efectos a nivel de educación terciaria, si la composición del estudiantado fuera diversa. Aquí se fortalece el problema de confundir el argumento

11 Probablemente habría un exceso de instituciones más enfocadas a la docencia y menos centradas en la investigación. Como describe Brunner, las instituciones de educación superior se multiplican rápidamente, formando instituciones puramente docentes (con escasa investigación). Estas instituciones, menos selectivas y menos costosas, son "las únicas que están en condiciones de garantizar un acceso masivo, y eventualmente universal. "[...](L)as universidades han visto esfumarse su prestigio tradicional bajo la marea de la masificación y con su progresiva desvinculación de las redes de poder, la riqueza y la influencia". Brunner, José Joaquín, "Universidad para todos", en *Estudios Públicos*, 124 (Centro de Estudios Públicos) 2011, p. 163.

12 Piénsese que el incremento de nuevos alumnos considera que un 70% de ellos es la primera generación de sus familias en lograr el nivel de estudios superiores. OECD y Banco Mundial, La educación superior en Chile. Revisión de políticas nacionales de educación, 2009.

13 ¿Es la educación superior la mejor forma de asegurar la igualdad de oportunidades? Este es el tipo de preguntas correctas: ¿cuál es la capacidad de un principio universalista para promover la empleabilidad de los graduados? ¿Cómo se conecta la formación de los estudiantes con las necesidades del mercado laboral? Sobre la importancia del vínculo entre educación superior y mercado laboral, ver Scheele, Judith, "Educación terciaria y mercado laboral. Formación profesional, empleo y empleabilidad. Una revisión de la literatura internacional", 2009, http://www.sies.cl/images/Estudios/Estudios_asociados_a_Futuro_Laboral/fl001.pdf

general de la educación universal con el debate específico de la educación superior. En educación superior, la escasez de cupos genera una sociedad más meritocrática cuando hay igualdad de oportunidades basadas en el esfuerzo y las capacidades (habría diversidad en el origen socioeconómico y mayor homogeneidad en la excelencia de los matriculados). Por eso probablemente las políticas comparadas siguen la tendencia de financiar la educación superior mediante préstamos individuales.[14]

Ante un escenario gratuito con escasez de cupos, los contribuyentes financiarían la educación superior de quienes fueron aceptados, reproduciendo las desigualdades. Ante un escenario gratuito sin escasez de cupos totales, pero con escasez de cupos por institución, los contribuyentes financiarían la educación superior de quienes pudieron elegir estudiar, no importando la rentabilidad de esa inversión para todos (en la generación de bienes públicos y externalidades positivas) ni para el propio estudiante. En este caso, los mejores se concentrarían en las instituciones más prestigiosas y los demás en instituciones con bajas tasas de empleabilidad en el mercado laboral. El problema de la segregación seguiría existiendo. Este es probablemente el sistema que Atria promueve al decir que hay buenas razones para permitir que las universidades seleccionen a sus alumnos.

Aunque probablemente Atria se refiere al modelo precedente, si el universalismo que propone significa gratuidad sin escasez de cupos totales ni escasez de cupos por institución (habría que buscar una manera de hacerlo), igual quienes estén menos preparados tendrán menos éxito que el resto. Los ricos seguirían ganando y probablemente el mercado laboral dejaría de seleccionar por prestigio de la institución y empezaría a utilizar los criterios de ranking de egreso, solo aplicable a quienes logren egresar.

Por otra parte, Fernando Atria está preocupado por la igualdad y su receta es la universalidad con una reforma tributaria que implique un aumento de impuestos progresivos. Dice que debe subirse, por ejemplo, el

14 Llama la atención que países disímiles en niveles de desarrollo y distintos en sus ordenamientos políticos, tengan una tendencia hacia políticas comunes para el financiamiento de la educación superior: estimulando la iniciativa privada y desregulando ciertas áreas. A ello se suma la existencia cada vez más común de préstamos para el financiamiento individual y de emprendimientos de instituciones educativas. Según un informe del Banco Mundial que describe tendencias mundiales en materia de educación superior, una de ellas es que los alumnos financien sus estudios de manera individual y que las universidades obtengan recursos distintos a los aportes del Estado. También plantea que la situación es ideal para que funcione bien el mercado, porque así el alumno puede obtener información relativa a la oferta educacional (aunque en Chile está distorsionada por otras razones). Ver Johnstone, D. Bruce, Arora, Alkay y Experton, William, "The Financing and Management of Higher Education: A Status Report on Worldwide Reforms", World Conference on Higher Education, (UNESCO) 1998.

impuesto de primera categoría de 20% a 22%, porque 22 es mayor que 20. Sin embargo, y asumiendo que se necesita de una mayor recaudación, hay que examinar otras maneras alternativas de financiamiento público (crecimiento económico, que incrementa la recaudación; retorno de créditos de largo plazo) o de financiamiento privado complementario (créditos, emprendimiento de las instituciones educativas, etc.). ¿Por qué Atria elige el mecanismo tributario? ¿Es el mejor? El gran problema del debate tributario actual es que no ha tomado en cuenta cuánto se necesita antes de hacer el cálculo, ni ha considerado mejorar la eficiencia del gasto público o la reducción de presupuesto para programas que no generan beneficios significativos para la sociedad.

Este debate, muy interesante, está inevitablemente conectado con la discusión educacional, pero, si no se aíslan las variables que inciden en ambos, corremos el riesgo de caer en una discusión de todo o nada, blanco o negro. Por esta razón, la crítica de Atria al trabajo de Beyer y Cox es mucho más que una réplica al argumento de la regresividad: es una manera de ver el problema estructuralmente opuesta al sistema educativo actual y al programa de reformas que están siendo discutidas (o han sido recientemente aprobadas) en el Congreso. En este sentido, la estrategia argumentativa del profesor Atria está estructurada para defender un cambio abrupto del sistema, no solo de educación superior, sino de otras políticas sociales de envergadura. Su visión es incompatible con la subsidiariedad, ya que podría comprometer la libertad de enseñanza y la diversidad de la oferta educativa, y le introduce elementos antimercado al sistema educativo que lo harían menos competitivo desde la perspectiva del mercado laboral. Atria no quiere debatir políticas aisladas. Atria quiere debatir sobre el sistema económico y social. Y, si yo quisiera complacerlo, probablemente debería defender el libre emprendimiento y la subsidiariedad.

En este sentido, el trabajo de Fernando Atria está contaminado (o iluminado, según se mire) por una política redistributiva y social ideológicamente comprometida.

## Es justo pagar por la educación

Si la premisa es la igualdad y la justicia (premisa que, aunque importante, creo insuficiente por no conjugarse con la libertad), es importante justificar la razón por la cual una política de financiamiento individual es justa.

En sí misma, la educación de un individuo no es un bien público, ya que los beneficios de la misma serán percibidos de manera particular por el graduado que encuentra un empleo y mejora sus posibilidades de ingreso o satisfacción personal. La sociedad recibe un bien cuando la institución de educación superior produce investigación y promueve la cultura (bienes públicos) o cuando, en términos generales, el capital humano desarrollado conduce a mejores niveles de desarrollo y crecimiento. Sin embargo, en términos generales, el dinero gastado en el servicio docente beneficiará más al alumno que a la sociedad. El graduado tendrá, en términos generales, un beneficio concreto que otros contribuyentes (los que no estudian) no perciben.

Alguien podría objetar que, si no se financia la educación del estudiante que carece de ingreso o apoyo familiar, entonces no podría estudiar, razón por la cual la desigualdad crecería respecto del que sí tuvo los medios para pagar. Por eso mismo, es importante que el esfuerzo estatal esté focalizado en quienes lo necesitan, financiando al estudiante (no a la institución) a través de un crédito pagadero con la contingencia de su ingreso futuro. Si ese graduado realmente mejoró su condición, entonces es justo que pague por ello y retribuya a la sociedad.[15] Este argumento se sostiene en los retornos que el graduado recibirá, cuestión que nos lleva al debate relativo a la rentabilidad de las carreras de la educación superior. Pese a que existe cierto consenso relativo a la rentabilidad general de estudiar (comparado con el no estudiar),[16] la cuestión ha sido ligeramente debatida.[17]

15 Por eso se ha dicho que "considerando que la mayoría de los egresados de la educación superior gana sustancialmente más que los que no pasan por ella, y que estos ingresos constituyen beneficios privados para cada egresado, es justo y equitativo que una vez que aquellos jóvenes comienzan a percibir los beneficios económicos de sus estudios, puedan retribuir a la sociedad por el apoyo recibido y por la posibilidad que tuvieron de estudiar una carrera". Comisión de Financiamiento Estudiantil para la Educación Superior, "Análisis y Recomendaciones para el Sistema de Financiamiento Estudiantil", 2012, http://www.mineduc.cl/usuarios/mineduc/doc/201203291032500.InformeComisionAyudaEstudiantilmarzo2012.pdf, (fecha de consulta: marzo de 2012)

16 Ver Eguiguren y Soto, op. cit., p. 11; Meller, Patricio, Lara, Bernardo y Valdés, Gonzalo, "Comparación intertemporal de ingresos y probabilidad de empleo por carrera, al primer año de titulación", 2009, http://www.sies.cl/images/Estudios/Estudios_asociados_a_Futuro_Laboral/fl003.pdf,

17 Según Sergio Urzúa, aunque la regla general es que las carreras universitarias generen altas tasas de retorno (tomando las carreras de psicología, derecho, periodismo e ingeniería comercial), estudiar una carrera de educación superior puede no ser rentable económicamente frente a quienes decidieron no estudiar o desertaron de dicha carrera. Esta sugerencia de Urzúa es provocadora, ya que, de ser acertado su estudio (aunque metodológicamente ha tenido objeciones), haría repensar el rol de la educación superior como un mecanismo generador de movilidad social. No todas las carreras impartidas por diferentes universidades son rentables, ya que ellas no significan necesaria y automáticamente el ingreso a mejores oportunidades laborales. Como dice Urzúa, "la evidencia aquí presentada demuestra que no es obvio que para todos el acceso al sistema de educación superior asegura el futuro económico" (p. 39). Lo importante es incrementar los niveles de información relativa al retorno que la educación superior realmente genera. El estudio de Urzúa sugiere que muchas veces los valores de

El último informe de la Comisión de Financiamiento Estudiantil va en esta línea, proponiendo interesantes modificaciones en el sistema de créditos.[18] Esta es, a mí juicio, la dirección correcta.

los aranceles (sumemos también el costo alternativo de no trabajar para dedicarse a los estudios) no representan necesariamente el precio correspondiente a los beneficios que el estudiante y sus familias pretenden recibir. La propuesta de una educación gratuita amplificaría este problema, ya que probablemente extraería información relevante que haría menos competitiva la oferta educativa. Por eso Urzúa concluye señalando que "Mayor información significará mayor competencia y un mejor uso de los recursos públicos" (p. 40). Si solo financiáramos la educación superior basados en la movilidad social, entonces solo deberían financiarse carreras que posean una demostrada rentabilidad. Sin embargo, la educación persigue fines más complejos que justifican realizar inversión pública en otro tipo de cuestiones, como la promoción de la investigación y la cultura. En ambos casos se trata de la generación de bienes públicos (sin rivalidad en su consumo y accesibles para todos). En estos casos, el Estado no financia la movilidad individual sino el beneficio que este tipo de bienes generan para el país. Urzúa, Sergio, "La rentabilidad de la educación superior en Chile. ¿Educación superior para todos?", Documento de trabajo, 386, (Centro de Estudios Públicos), 2012.

18 También existen otras ideas alternativas, como los impuestos a graduados (p. 111) y contratos de capital humano (p. 112). Véase la propuesta de crédito en Comisión de Financiamiento Estudiantil para la Educación Superior, op. cit., pp. 130-135.

# OBSERVACIONES SOBRE EL COMENTARIO DEL PROFESOR SERGIO VERDUGO[1]

*Fernando Atria*

El profesor Verdugo objeta que el argumento contenido en el artículo principal es "incompleto" y que el debate "ha sido desviado por el profesor Atria de su objeto central" (p. 49). A Verdugo le parece "incompleto" discutir una política de financiamiento de la educación superior mirando solo sus consecuencias desde "un enfoque igualitario", porque "dichos términos no pueden tener la ambición de sugerir una política pública sin resolver y discutir otras preguntas relevantes". Por otra parte, el objeto de la discusión es el problema del "acceso y financiamiento de la educación superior", y el artículo "desvía" el tema al no referirse a él.

Pero en esos términos, el artículo que el profesor Verdugo comenta pretendía explícitamente contener un argumento "incompleto" y "desviar" la discusión. De hecho, si uno purga los pasajes relevantes de sus términos peyorativos (y reemplaza, por ejemplo, "desviado" por algo así como "redirigido" o, en otros pasajes como el de la p. 49, "contaminado" por "influido", etc.), yo podría aceptar lo que él ofrece como la estructura de su crítica a mi artículo como una caracterización del argumento de este.

## "Es incompleto"

En efecto, en cuanto a lo primero, el punto no solo es reconocido, sino enfatizado como uno de los argumentos centrales del artículo principal. Lo que el artículo discute es si una política universalista es, por ser universalista, regre-

1 Verdugo, Sergio, "Comentario a 'Las cosas cambian cuando les pones un 'tu': Sobre universalismo, focalización y regresividad', de Fernando Atria", en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2012.

siva. El argumento defendido entre otros por Cox y Beyer y por Peña es que *por definición* una política universalista es regresiva. Uno de las finalidades del artículo es mostrar que esto es falso o descansa en una definición extraordinariamente implausible de "regresividad". Mostrar que una determinada política no es regresiva no es lo mismo que mostrar que ella es justificada; es solo responder *una* objeción habitual en contra de ella. Ello es explícito en el artículo que Verdugo comenta: *no* es un argumento de ese artículo que toda política progresiva deba ser adoptada, ni que toda política regresiva deba ser abandonada. El tema del artículo es la (putativa) conexión interna que Peña y Beyer y Cox reclaman haber encontrado entre universalismo y regresividad, no una defensa completa del principio de universalidad.

El argumento al que Verdugo responde, entonces, es *explícitamente* incompleto: discute solo la conexión interna entre universalismo y regresividad. Por eso la analogía con la decisión de inversión: lo primero que debo hacer cuando considero la posibilidad de hacer una inversión es si con ella no pierdo dinero, es decir, si no "salgo para atrás". Si la respuesta es que pierdo dinero, ya no necesito considerar nada más. Pero si la conclusión es que con ella es probable que gane dinero, todavía no he mostrado que debo hacer la inversión, porque habrá que ver si otras inversiones tienen un mejor rendimiento, o un menor riesgo, etc. Sorprendentemente, como lo notaba en el artículo principal, aquí los que cometen un error evidente son los que concluyen (siguiendo con la analogía) que como hay mejores inversiones que la que estoy evaluando ahora esta es irracional, es decir, con ella "salgo para atrás". No es necesario hacer un "completo análisis" de todas las posibilidades de inversión para determinar si una inversión es irracional; del mismo modo, no es necesario un "completo análisis de política pública" para determinar si una política es regresiva.

El tema del artículo original de Beyer y Cox era, como su título indica, que la "gratuidad" de la educación superior es una política regresiva. Mi artículo es una respuesta a eso: la "gratuidad" no tiene por qué ser regresiva, lo que quiere decir: si hay regresividad, la razón se encuentra no en que el principio universalista es regresivo y el principio de focalización, progresivo, sino en que la política está mal construida. Que una política sea regresiva siempre cuenta como un argumento en contra de ella, a menos que uno crea que el sentido del gasto social es hacer más ricos a los ricos (que haya un argumento en contra de una política, de nuevo, no implica que ella sea injustificada, pero sí que habrá que encontrar otros argumentos para justificarla. Si lo único que

puede decirse acerca del programa "Becas Chile" es que paga la educación de postgrado de los más ricos, entonces el programa debe ser abolido. Quien defienda el programa lo hará mostrando que implica un beneficio para todos).

## "Desvía la discusión"

Lo mismo ocurre con la segunda "objeción" del profesor Verdugo. Al principio alega que el debate "ha sido desviado por el profesor Atria de su objeto central" (p. 49), y mi respuesta es precisamente que el debate que al profesor Verdugo le parece central no es el debate central, por lo que es necesario "desviarlo" (o mejor: redirigirlo). Lo curioso es que el profesor Verdugo reconoce esto en su comentario:

> La crítica de Atria al trabajo de Beyer y Cox es mucho más que una réplica al argumento de la regresividad: es una manera de ver el problema estructuralmente opuesta al sistema educativo actual y al programa de reformas que están siendo discutidas [...] en el Congreso[2] (p. 58).

Verdugo tiene razón aquí, y precisamente por eso no entiendo por qué él considera una crítica alegar que estoy "desviando el debate". Si mi posición es correcta, debemos dejar de discutir sobre educación del modo que lo estamos haciendo. Verdugo evidentemente cree que mi posición no es correcta, y que está muy bien seguir discutiendo sobre el problema del modo en que lo hemos hecho en los últimos treinta años. Para afirmar su posición, entonces, él necesita mostrar no que yo intento "desviar el tema" (no hay necesidad de argumentar hechos pertinentes pero no controvertidos), sino que el tema no necesita ser desviado, porque la "manera de ver el problema" de la educación que subyace a la discusión actual es la correcta. A mi juicio, esa manera descansa en una inversión de la realidad, en que vemos las cosas al revés, y lo que tenemos que hacer es ponerlas al derecho, para que sólo entonces podamos discutir sobre educación de modo que la discusión tenga sentido. Esta es la cuestión.

2 Ibíd.

## El mundo al revés

El profesor Verdugo se refiere a la pretensión, contenida en el artículo principal, de "mostrar cómo se ven las cosas cuando uno las mira al derecho y no al revés", pero objeta que "no aparece suficientemente justificado por qué su perspectiva de la igualdad es la más adecuada" (p. 49).

Pero el asunto no es "mi" perspectiva de la desigualdad, sino la finalidad del sistema educacional, que (supongo) compartimos con el profesor Verdugo. Es decir, supongo que él cree que el Estado tiene el deber de crear las condiciones que permitan "la mayor realización espiritual y material posible" de "todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional", para usar el lenguaje del artículo 1° del texto constitucional vigente. En materia educacional, ello significa que el Estado tiene el deber de configurar un sistema de instituciones (públicas, privadas o mixtas) que tienda a abrir, para cada uno, las mismas oportunidades de realización. Si él cree que esto es consecuencia de "mi" comprensión de la igualdad, que explicite la suya: ¿es que para el Estado la realización de unos es más importante que la realización de otros?[3]

¿Por qué "al revés"? Precisamente porque (imagino) el profesor Verdugo no describiría la finalidad del sistema educacional como permitir y fomentar la transmisión del privilegio, pero eso es precisamente lo que hace. Y lo hace a pesar de que el discurso es que el sistema da la máxima protección posible a los intereses de "los pobres". *Un sistema que beneficia a los ricos con cargo a los pobres se defiende diciendo que beneficia a los pobres con cargo a los ricos.*

3 Quizás el profesor Verdugo está diciendo que esta cuestión es solo una de tantas preguntas que podrían formularse: "Uno podría preguntarse, por ejemplo: '¿cuál es la política más idónea para producir movilidad social?', o '¿cuál es la mejor política pública para generar una sociedad más libre con una oferta educativa diversa?' (lo que nos llevaría a discutir sobre la libertad); también, '¿cuál es la mejor política para la producción de bienes públicos y externalidades positivas?'; o '¿qué bienes públicos queremos generar a través de la educación?; además de '¿cuál es la política más efectiva para el desarrollo económico y social del país?'; o 'qué política estimula la generación de una educación superior de mayor calidad y con mejores tasas de empleabilidad?', entre muchas otras" (pp. 3-4). Por supuesto, las preguntas que uno puede formular están limitadas solo por la gramática y la imaginación: ¿cómo deberían estar construidas las escuelas? ¿Cuáles deberían ser sus medidas de seguridad? ¿Dónde deberían ubicarse? ¿Cuántos alumnos deberían tener? ¿Cuántos profesores? ¿Cuántos metros cuadrados? etc. Estas preguntas, en sus debidos momentos, son todas importantes, aunque no igualmente importantes. De lo que se trata no es de hacer una lista exhaustiva de lo que "uno podría preguntarse", sino de cuál es el sentido de un sistema educacional, cuál es a su respecto el deber del Estado. Y yo pensaba que no es controvertido decir que el deber fundamental del Estado es configurar un sistema educacional que contribuya a abrir a todos los mismas posibilidades de realización, porque para el Estado no hay personas cuya realización sea más importante que la de otras. Habiendo fijado de este modo el sentido del sistema educacional, podemos empezar a responder las demás preguntas: notaremos, por ejemplo, que lo que nos interesa no es la movilidad social por sí misma, sino el progreso en las oportunidades de realización para todos y cada uno; que la pregunta por la diversidad es parte de la pregunta por la ampliación de las oportunidades de realización, porque no hay solo una manera de realizar una vida, etc.

Esto nos lleva al núcleo del problema. Lo que estamos discutiendo no puede ser solo el financiamiento de la educación superior, porque lo que digamos acerca de esto será en buena medida aplicación de principios generales al caso especial de la educación superior. Y la tesis del artículo es que el problema está en los principios generales, no en su aplicación. El problema fundamental es el estatus hoy prácticamente auto-evidente que ha alcanzado lo que en el artículo principal denominé "el principio de focalización", que es una de las herencias más notorias de los Chicago-boys.

En efecto, organizar el gasto público bajo el principio de focalización es una manera de introducir al sistema educacional (y de salud, y de seguridad social, etc.) un principio de segregación que hará que "los pobres" reciban algo que ni siquiera tiene *la pretensión* de estar al mismo nivel que lo que reciben los "ricos". El hecho de que los ricos puedan asistir a sus establecimientos particulares pagados, de modo que sus problemas y soluciones serán radicalmente independientes de los problemas y soluciones que enfrentan y requieren los demás, es algo que el discurso dominante justifica atendiendo al interés de los pobres, no el de los ricos ("sería regresivo que los ricos fueran a la educación pública, porque ellos pueden pagar su educación de su bolsillo"). Esto es el mundo al revés. Dicho de otro modo: es difícil imaginar un sistema educacional que sea más beneficioso que el chileno para los que tienen recursos. Pero la justificación de ese sistema está en que "es focalizado", es decir, reduce del mayor modo posible "la brecha", como decía Carlos Peña, entre ricos y pobres. Lo que aumenta y mantiene la brecha entre ricos y pobres se justifica diciendo que disminuye todo lo posible la brecha. Esto es el mundo al revés.

Quien quiera negar que estamos ante el mundo al revés tendrá que elegir una de dos vías en principio posibles: tendrá que mostrar (a) que es falso que un sistema como el chileno sea un sistema que beneficia especialmente a los ricos o que (b) un sistema que beneficia especialmente a los ricos, y deja a los demás en la situación que revelan cada año los resultados de la PSU, es compatible con el deber del Estado. Es curioso que el profesor Verdugo, al impugnar el argumento del artículo principal, identifique el problema en "mi" concepción de la igualdad (el argumento solo supone que el Estado tiene el deber de crear las condiciones para la mayor realización de todos y cada uno), dando a entender que él elegiría la segunda vía para defender al sistema chileno. En todo caso, sería bueno que explicitara este punto. Como está dicho en el artículo principal, si los defensores del sistema chileno actual, enfrentados al

hecho de que el sistema funciona en beneficio principal de los privilegiados, afirmaran que eso no es problemático porque el Estado no tiene problemas con fomentar la existencia de clases privilegiadas, la discusión daría un paso de gigante porque al menos sabríamos qué estamos discutiendo.

Ahora bien, yo insisto en creer que este no es el caso: asumo que los defensores del sistema educacional chileno actual no lo defienden porque creen que es deber del Estado mantener y fomentar los privilegios de los privilegiados, sino porque creen que no es verdad que beneficie a los privilegiados. La discusión, entonces, es sobre el sistema educacional chileno, no sobre el deber del Estado. Es decir, yo supongo que la parte discutible del argumento no es "mi teoría de la igualdad", sino mi manera de entender cómo funciona el sistema educacional. Lamentablemente, Verdugo no se refiere para nada a este punto.

## Lo general y lo particular

Verdugo concuerda conmigo en hacer una distinción entre el argumento general y el argumento particular sobre universalismo y focalización. Luego, me imputa el incurrir en "la misma debilidad que mis contradictores", porque mis "argumentos sobre el universalismo son también generales". Esto no es enteramente correcto, pero, en lo substancial, tiene razón, aunque de nuevo no entiendo por qué lo formula como una objeción. Como él mismo lo ve al final de su artículo, y como yo lo hago explícito al comienzo del mío, de lo que se trata es de discutir una idea (la de focalización) que constituye hoy el principio ordenador de la política social del Estado. Del hecho que sea un principio ordenador no se sigue que se aplique mecánicamente a todos los casos, por lo que la cuestión, cuando se trate de políticas específicas, debe ser discutida en dos niveles: primero, al nivel general (cuál es el principio ordenador de la política social) y, luego, en particular (cuáles son las peculiaridades de un determinado sector de la política social y cómo se aplica a él el principio ya identificado). Verdugo cree que, para no desviar la discusión, es necesario discutir solo la segunda cuestión. El problema con esto es que, entonces, la respuesta a la primera cuestión se asume tácitamente, lo que quiere decir: la primera cuestión es respondida por referencia al principio vigente, que se asume, sin argumentos, como correcto.

El argumento central de mi artículo no es sobre financiamiento de la educación superior, sino sobre el principio fundante de la política social. No es

un argumento completo (ello está anunciado explícitamente) porque es fundamentalmente negativo: intenta mostrar la carencia de bases del principio dominante (el de focalización). Como no hay argumentos para defender el principio de focalización, o esos argumentos son claramente insuficientes (porque descansan en especulaciones a partir de datos o en definiciones insostenibles), lo que explica que dicho principio siga siendo el principio dominante es que nuestras discusiones sobre el tema son como las del profesor Verdugo: son discusiones sobre aplicaciones de un principio que no se discute, que se asume. El propósito de mi artículo era discutir ese principio. Claro, como el profesor Verdugo lee mi artículo como si su título fuera "Propuesta para el financiamiento de la educación superior en Chile", entonces él lo encuentra deficitario. Pero ese no es el sentido de mi artículo (ni su título).

Es importante notar que la discusión particular depende de lo que se haya establecido a nivel general. Porque si de lo que se trata es de dar debida cuenta de las peculiaridades de un sector de aplicación, la pregunta será:¿qué tiene de especial?. Y lo que tiene o no de especial depende de qué es lo relevante, y el criterio de relevancia estará, al menos en parte, dado por el principio orientador. Esto es particularmente claro en el caso del comentario del profesor Verdugo. Yo creo, por ejemplo, que una peculiaridad del sector universitario es que las universidades más prestigiadas, y por consiguiente las más selectivas, son universidades públicas. Pero es sabido que ese era también el caso tratándose de la educación escolar hace algunas décadas. La pregunta es: el proceso que llevó, en la educación escolar, desde una condición como la que hoy caracteriza a la educación universitaria (entre los establecimientos más prestigiados había establecimientos públicos) a la situación actual de la educación escolar (los establecimientos más prestigiados son particulares pagados), ¿es políticamente irrelevante? ¿Es algo que deba ignorarse en el análisis? ¿Es un proceso respecto del cual el Estado debe encogerse de hombros, y dejarlo librado a la manera en que el mercado evolucione? ¿O hay un interés público en que entre las mejores y más prestigiadas universidades haya universidades públicas? Si lo que estructura la política social es un principio de focalización, la respuesta es que ese proceso es políticamente irrelevante: el Estado no mira al máximo, mira al mínimo. Y, habiendo universidades públicas a través de las cuales pueda asegurarse un mínimo de educación para quien no puede pagarla de su bolsillo, el interés público estará asegurado. Si de lo que se trata es de asegurar las mismas oportunidades de realización para todos, entonces que el sistema evolucione hacia un punto en el cual los esta-

blecimientos prestigiados y de calidad son establecimientos que en los hechos están abiertos solo a los ricos (como los más prestigiados establecimientos particulares pagados en la educación escolar) es algo que debe ser evitado. La pregunta entonces será cuáles fueron las características del sistema escolar que explican (totalmente o en parte) la evolución que éste experimentó y que se trata de revertir y en el caso de la educación universitaria de abortar (porque creo que es indiscutible que el mismo proceso está hoy en curso, aunque no se ha consumado). Como el profesor Verdugo solo discute el problema particular, no el principio fundante, no alcanza a ver esta dimensión, que queda radicalmente excluida de su análisis (en el sentido de: no es siquiera mencionada) a pesar de que este era el núcleo positivo del artículo que comenta. Esto muestra lo que en el artículo principal denominaba la "hegemonía" del principio de focalización: que él define y no se somete a los cánones aplicables de rigor y racionalidad.[4]

4 Respecto de otras cuestiones que tienen que ver con las características especiales de la educación superior, no tengo mucho que responder a Verdugo, porque él elige convertir en objeción principal a mi artículo el que este no contenga lo que nunca pretendió contener, un plan detallado de financiamiento de la educación superior. Lo importante era explicar la lógica de un principio universalista y defenderlo frente a las críticas formuladas desde un principio alternativo, el de focalización, mostrando que esa crítica descansaba en un uso excéntrico de los datos, de los términos o de Rawls. Luego, identificaba algunas cuestiones acerca de la educación superior por las que la aplicación del principio universalista podía ser problemático. Dicho esto, hay algunas afirmaciones que no conviene pasar por alto: 1. El profesor Verdugo hace énfasis en que la segregación a nivel de la educación superior es consecuencia de la desigualdad en la educación preuniversitaria, pero eso es exactamente lo que yo advertía en el artículo principal. En términos de prioridad política, la educación básica y media van primero. Pero una cosa es aceptar eso y otra sostener, como lo hizo Carlos Peña en su columna y lo hace ahora Verdugo, que mientras no cambie eso lo que hagamos en educación superior no cambiará nada: "igual quienes estén menos preparados tendrán menos éxito" (p. 12). Los más ricos seguirán teniendo más éxito, pero de eso no necesariamente se sigue que las oportunidades de realización de los más pobres seguirán tan limitadas como lo son hoy. 2. A mi juicio, la segregación no solo se produce por precio o por preparación anterior, sino hay también una razón adicional: una universidad más "exclusiva" tendrá un mejor producto que vender en el mercado, porque lo que vende una universidad no es solo un conjunto de cursos sino también una "red" profesional y humana cuya utilidad depende en buena medida de quiénes son los integrantes de la red. Verdugo dice de esto: "se trata de una afirmación teórica carente de evidencia que logre aislar la variable denunciada para demostrar su verdadero impacto" (¿cree Verdugo de verdad que los precios de los bolsos Louis Vuitton o las corbatas Hermès se explican solo por el costo de producción, que necesitamos tener "evidencia que logre aislar las variables" respectivas para poder decir que en parte se explican porque su precio garantiza exclusividad?). Esto invierte la carga de la prueba. Cuando uno puede mostrar que, desde el punto de vista de los agentes, una conducta es racional, lo que se necesita es evidencia para mostrar que esa conducta no se obtiene. En todo caso, es raro que el profesor Verdugo, pese a descartar esa "afirmación teórica carente de evidencia", crea que puede hacer, sin ofrecer evidencia alguna, una afirmación como la siguiente: si hay universalismo "los ricos seguirían ganando y probablemente el mercado laboral dejaría de seleccionar por prestigio de la institución y empezaría a utilizar los criterios de ranking de egreso" (12). ¿Cuál es su "evidencia" para esto? La respuesta es clara: es la misma que la que yo he ofrecido para la afirmación que Verdugo criticaba más arriba: en esas condiciones, sería racional para los agentes de mercado dejar de mirar al prestigio de la institución y mirar al ranking de egreso. Como yo creo que este argumento es aceptable (mostrar que una conducta en ciertas circunstancias es racional es mostrar que, en principio, es probable que ella ocurra en esas circunstancias), no tengo objeción de "falta de evidencia" a esta especulación de Verdugo. Pero, entonces, que no levante él la misma objeción a una afirmación análoga de mi parte. Tu quoque.

El profesor Verdugo ejemplifica una y otra vez esto: que lo que es digno de mención es decidido por criterios que, cuando la discusión es "particular", se dan por supuestos. Así, por ejemplo, dice que lo que Beyer y Cox mostraban en su artículo original era que

> i. Focalización vs. Universalismo=gana focalización
> ii. Focalización+impuestos progresivos (IP) vs. Universalismo + IP=gana focalización (p. 48).

Uno de los puntos centrales de mi artículo original es que este argumento comete el error más elemental cuando se trata de discutir políticas: ignora los efectos secundarios, es decir, la manera en que una regla cambia la conducta de las personas. Mira solo al efecto que una decisión tiene en el indicador inmediato (en este caso, el coeficiente de Gini) e ignora todo lo demás, todas esas cuestiones que en el mundo real, donde las políticas habrán de afectar a personas reales, que tienen sus propias vidas que vivir y sus fines que perseguir, es razonable pensar que ocurrirán. Claro, respecto de estas cosas no disponemos de información perfecta ni mucho menos, y la información que tenemos suele calzar sospechosamente con los intereses políticos del que dice haberla encontrado. Pero eso no es razón para no discutir sobre esos efectos; para no tomar en cuenta, por ejemplo, que, si hay "focalización+IP", los que tienen más poder e influencia serán lo que tendrán que cargar todos los costos de la política sin recibir ninguno de sus beneficios, lo que sugiere que es poco probable que se trate de una política que no se vaya deteriorando con el tiempo; o no tomar en cuenta que ello implicará una provisión segregada, que por eso tendrá una tendencia interna a la desigualdad (¿defendería el profesor Verdugo la doctrina "separados pero iguales", que no ve problema en la segregación porque cree ella es separable de la deficitaria calidad de la educación que reciben los pobres?). Dicho de otro modo: si uno ignora todas las ventajas de un principio universalista, y todas las desventajas de un principio de focalización, entonces Verdugo tiene razón: "gana focalización".

## Descomodificación y "gratuidad"

En el artículo al que Verdugo responde, intenté distinguir la demanda por "gratuidad" de la demanda por descomodificación. La demanda por gratui-

dad es la demanda por asegurar el acceso a un servicio de quien no puede pagárselo privadamente, mientras la demanda por descomodificación es la demanda porque un servicio deje de ser distribuido conforme a criterios de mercado.[5] A Verdugo esto le parece "difícil de entender" (p.52), por lo que intentaré explicarlo de nuevo. Cuando la demanda es por gratuidad, la pregunta central es: ¿es accesible el servicio para quien no puede pagarlo de su bolsillo? Es claro que puede haber gratuidad sin descomodificación, que es precisamente lo que el principio de focalización recomienda: que se asegure la gratuidad pero solo a quienes no puedan pagarlo, y que para el resto se distribuya conforme al mercado. En ese caso el servicio es distribuido conforme a un criterio de mercado (cada uno recibe lo que quiere y puede pagar) con un piso mínimo garantizado. Cuando la demanda es por descomodificación, de lo que se trata es de romper el vínculo entre lo que cada uno recibe y lo que cada uno puede pagar. En general (aunque este "en general" es una generalización empírica, no conceptual), puede decirse que la descomodificación implica "gratuidad", pero la gratuidad no implica descomodificación. Por eso, del hecho que la demanda por descomodificación no sea reducible a la demanda por "gratuidad" no se sigue lo que Verdugo lee en ella: que "no es necesario que la educación sea gratuita" (p. 52).

## Mercado, comodificación y libertad de enseñanza

El punto sobre descomodificación nos permite llegar al último punto que es interesante discutir: el del rol del mercado, la libertad de enseñanza y la subsidiariedad del Estado.

El profesor Verdugo sostiene que

> La estrategia argumentativa del profesor Atria está estructurada para defender un cambio abrupto del sistema, no solo de educación superior, sino que de otras políticas sociales de envergadura. Su visión es incompatible con la subsidiariedad, ya que podría comprometer la libertad de enseñanza y la diversidad de la oferta educativa, y le introduce elementos anti-mercado al sistema educativo que lo harían

5 Sobre qué quiere decir que un servicio sea distribuido conforme a criterios de mercado, véase Atria, Fernando, "La educación como un derecho. El régimen de lo público", en Atria, Fernando, *La mala educación*, (Catalonia) 2012.

> menos competitivo desde la perspectiva del mercado laboral. Atria no quiere debatir políticas aisladas. Atria quiere debatir sobre el sistema económico y social. Y si yo quisiera complacerlo, probablemente debería defender el libre emprendimiento y la subsidiariedad[6] (p. 57).

Este párrafo contiene algunas afirmaciones verdaderas rodeadas por lo que, a estas alturas, solo puede ser calificado como fantasmas ideológicos, es decir, argumentos que no se dirigen a lo que uno está diciendo sino a la caricatura ideológica con la cual el interlocutor identifica lo que uno está diciendo. Nada hay en el artículo original sobre la velocidad o el modo de trasformación del sistema educacional. De hecho, no hay nada sobre el problema de la transición, porque, antes de discutir sobre la transición de "A" a "B", es necesario discutir si dirigirse al punto "B" sería deseable. Por lo tanto, lo de "un cambio *abrupto* del sistema" es enteramente gratuito.

En segundo lugar, la idea defendida en el artículo original es incompatible con la subsidiariedad sólo si uno entiende, como lo han hecho sus defensores en Chile por las últimas décadas, al principio de subsidiariedad como un principio neoliberal, conforme al cual todo lo que pueda ser provisto por el mercado debe ser provisto por el mercado, a la manera del mercado. Esto nunca ha sido el principio de subsidiariedad. Conforme a este principio, el Estado debe dejar a la iniciativa privada lo que dicha iniciativa puede desempeñar adecuadamente. Tratándose de un sistema educacional, yo no creo que sea un "desempeño adecuado" distribuir oportunidades de realización del modo groseramente desigual en que lo hace el sistema actual. Por consiguiente, en estricta aplicación del principio de subsidiariedad, se justifica la intervención del Estado.

¿Es un principio universalista "un elemento anti-mercado"? Si y no, porque el mercado tiene dos dimensiones:[7] es un criterio de distribución y es un espacio de libertad en el sentido de que cada uno puede elegir. Es anti-mercado porque descomodifica la educación, que deja de ser un bien de consumo privado y se convierte en un derecho de ciudadanía, es decir, algo a lo que todos tenemos el mismo derecho por ser ciudadanos. Dicho de otro modo, un principio universalista implica que la educación deja de ser distribuida con-

6 Verdugo, op. cit.

7 Este es un punto extraordinariamente importante, pero que no puedo desarrollar aquí por razones de espacio. Lo he discutido con cierta detención en Atria, op. cit.; sobre la libertad de enseñanza, véase Atria, Fernando, Mercado y ciudadanía en la educación (Flandes Indiano) 2007, pp. 56-64.

forme a un criterio de mercado (cada uno recibe lo que quiere y puede pagar, y el que no puede recibe el mínimo). Pero esto no exige abandonar la otra dimensión del mercado, en el que éste es el espacio institucional donde cada uno puede elegir. Descomodificar no implica abolir el mercado como espacio de libertad, sino excluir el mercado como criterio de distribución.

¿Es posible separar estas dos dimensiones? En esto es notable como la demanda del movimiento estudiantil acertó medio a medio, aun cuando su discurso no estuviera enteramente articulado. Desde el punto de vista de la oferta, es necesario que el proveedor declare no perseguir fines de lucro (algo que no hemos discutido aquí),[8] porque quien declara perseguir fines de lucro declara con eso que tiene un compromiso instrumental con la educación. Y cuando se trata de educación de ciudadanos, quienes la provean no pueden entenderla instrumentalmente. Desde el punto de vista de la demanda, es necesario que el hecho de que alguien elija un establecimiento sea condición suficiente para que estudie en ese establecimiento, lo que implica negar a los establecimientos la posibilidad de seleccionar estudiantes (incluyendo la posibilidad de exigir una contraprestación monetaria).[9] ¿Implica esto que solo el Estado puede proveer de educación? Categóricamente, no. Por eso, si el profesor Verdugo afirma que lo que yo he dicho es incompatible con la libertad de enseñanza o la diversidad, que muestre la referencia precisa. Lo que importa al descomodificar es romper el vínculo entre el pago privado y la provisión. Esto puede lograrse (por ejemplo) mediante el reemplazo de un sistema educacional privado por uno estatal, pero también por un sistema de vouchers que no admita copago, o por un sistema de financiamiento universitario en que todos pagan con créditos y repagan con un porcentaje de sus ingresos después de egresados. La cuestión no es excluir la libertad de elección, sino generalizar la libertad de modo que sea para todos. Es decir, que el contenido de la libertad de elegir no dependa del dinero de cada uno. Esto es perfectamente compatible con la diversidad de proyectos educativos.

Porque si de libertad de enseñanza y diversidad se trata, ¿cuál es la razón por la que ellas son importantes? Verdugo no se detiene a argumentar aquí (cree que eso sería "complacerme") pero su referencia al "emprendimiento" como un criterio tan importante como la subsidiariedad (p. 58) indica que

8 Al respecto, véase "No tiene nada de malo que los establecimientos educacionales lucren", en N° 5 de la serie Los diez lugares comunes falsos sobre la educación chilena (en ciperchile.cl/multimedia), ahora en Atria, op. cit. nota 5.

9 Para el argumento completo, véase Atria, Mercado y ciudadanía en la educación, op. cit.

parece creer que la libertad de enseñanza es importante para permitir que la educación de ciudadanos sea una actividad más a ser económicamente explotada por "emprendedores". Como Verdugo, creo que la libertad de enseñanza y la diversidad de proyectos educativos son importantes, pero no porque crea importante asegurar una nueva posibilidad de retorno para atraer emprendedores, sino porque en la medida en que cada uno pueda elegir entre una oferta diversa cada uno encontrará la mejor manera de desarrollar plenamente su personalidad. Esto es lo que no todos pueden hacer hoy en día. No se trata de que restringir la libertad sea necesario para descomodificar. Es exactamente al contrario: descomodificar es necesario para proteger la libertad de todos y no solo de unos pocos.

# RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES DEL PROFESOR ATRIA

*Sergio Verdugo R.*

## 1. Lo "incompleto" y la finalidad del sistema educacional

El profesor Fernando Atria concede que es "incompleto" su enfoque igualitario sobre política educativa, en el sentido de que esa perspectiva no puede determinar por sí sola una política pública concreta.[1] Existen otros enfoques o "preguntas" significativas para tomar decisiones específicas, razón por la cual ambos creemos que, para justificar un programa como el de "Becas Chile", habría que buscar razones diferentes a las que proporciona un enfoque igualitario. Por eso es que la discusión de los fines es tan importante.

Atria supone compartir conmigo la idea de que el sistema educacional persigue como fin la "mayor realización espiritual y material posible de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional",[2] y que ello debe conducir a la construcción de un sistema que otorgue las mismas oportunidades de realización para todos. ¿Es ese el único fin de *todo* el sistema educacional? Lo que plantea como universalismo vs. transmisión de privilegio (blanco o negro, falsa bifurcación, falso dilema) es en realidad más complejo. Los sistemas educacionales persiguen fines variados y los mismos se pueden volver más intensos dependiendo del nivel de enseñanza de que se trate. Así, cuando se financian doctorados, probablemente el componente de promover la investigación (que genera un bien público) es mayor y, cuando se entregan soluciones preescolares, se está invirtiendo en mayores capacidades y oportu-

1 Al igual que en mi comentario anterior, no inserto las referencias de página a las citas correspondientes al segundo trabajo del profesor Atria, debido a que el documento que he tenido a la vista no ha sido editado aún y carece de la enumeración definitiva.

2 Sin número de página.

nidades para quien recibe la educación y ayudando a los padres por razones de igualdad y de libertad de trabajo.

La identificación de los fines es muy importante para tomar decisiones en el ámbito de las políticas públicas. Sin embargo, al profesor Atria parece molestarle que alguien levante este punto. En una nota al pié de página, dice que "las preguntas que uno puede formular están limitadas solo por la gramática y la imaginación"[3] y luego ejemplifica con otras interrogantes que no dicen relación directa con los fines. La trampa es evidente. Se trata de preguntas de una entidad distinta. No es lo mismo preguntarse respecto de la movilidad social y la empleabilidad de las carreras que se imparten que preguntarse respecto de las medidas de seguridad que deberían tener las escuelas. Mientras la primera pregunta dice relación con la asignación de prioridades sociales y fines institucionales, la segunda se pone al servicio de ciertos valores, siendo instrumental a ellos. La asignación de prioridades no depende de la gramática sino de valores que se estiman importantes en una sociedad democrática.

## 2. La regresividad y el problema metodológico

Atria insiste en controvertir la idea de que "una política universalista es, por ser universalista, regresiva"; y en que la gratuidad "no tiene por qué ser regresiva".[4] Según él, habría otras razones que, consideradas en su conjunto, determinarían si una política adolece o no de ese problema.

Desde esta perspectiva, cualquier política (sea focalizada o universal) puede ser regresiva, dependiendo del conjunto de medidas que la integren (incluyendo la de Atria). Para defender este punto, Atria parece creer que (i) la existencia de impuestos progresivos eliminaría la regresividad de la universalidad y que (ii) la verdadera regresividad estaría fundada en los "efectos secundarios" del actual sistema educativo.

Frente al punto (i), hay que precisar que una eventual reforma tributaria no *eliminaría* la regresividad de la universalidad, sino que simplemente la *compensaría* mediante una medida que tiene la capacidad de producir un efecto inverso. La regresividad de la gratuidad se revertiría con la progresividad de los impuestos. Así, Atria no logra hacer "desaparecer" la regresividad de la política universalista, solo logra ocultarla.

3 Sin número de página

4 Sin número de página

Sin embargo, aislar el análisis de las medidas que componen una propuesta puede ser un ejercicio útil, tal como lo hacen Beyer y Cox. Ellos separan la política tributaria progresiva de la política universalista gratuita y concluyen que la desigualdad se atacaría de manera más efectiva dejando la segunda medida de lado. Entonces, dejando todo lo demás constante (incluyendo el sistema tributario), la política universalista de gratuidad sería regresiva (los pobres financiarían a los ricos).

Atria contesta utilizando el segundo punto, que constituiría una suerte de verdadera regresividad (ii). Para él, aislar las medidas es un error porque se dejarían de considerar los "efectos secundarios" del sistema educacional, que conducirían a profundizar la segregación social.[5] Y, al ver un proceso de debilitamiento de las instituciones públicas universitarias (como ocurrió respecto de la educación escolar pública), Atria cree que la segregación se agudizará, frente a lo cual propone como solución la adopción de un principio fundante opuesto al actual, basado en la universalidad y la gratuidad. Su argumento analógico depende de las similitudes existentes entre la educación escolar y la superior.

Hay dos problemas en el razonamiento anterior. En primer lugar, no distingue las diferencias entre ambos sistemas educacionales (preuniversitario y terciario) y, en segundo lugar, si se concede que la analogía es correcta (que no lo es), no se seguiría de ello que la solución al problema es la adopción de un principio universalista. Todo lo contrario,la causa del problema puede ser atacada de manera más eficiente por la vía del principio de focalización. Si el financiamiento mira al estudiante (y no al oferente) y es capaz de cubrir los aranceles de la educación más prestigiosa (sea pública o privada) de acuerdo a los méritos de los postulantes, entonces la segregación que denuncia Atria no ocurriría por la focalización del gasto en la educación superior.[6] Solo podría ocurrir por las diferencias educacionales previas, pero eso ya no es un problema del principio orientador del financiamiento de la

5 En este punto, el profesor Atria se pregunta si yo defendería la doctrina "separados pero iguales" que justifica la segregación. Mi respuesta es no. No estoy de acuerdo con esa doctrina (de hecho, me parece aberrante). Más bien, y a nivel de educación superior, creo en la integración de clases a través de un sistema que premie el mérito y el esfuerzo sin cercenar la diversidad de opciones, la libertad de elegir del postulante y la facultad de seleccionar de los establecimientos. Probablemente Atria se pregunta si yo creo en esa doctrina porque no concibe que una política fundada en un principio de focalización pueda producir integración social, lo que es curioso porque también dice favorecer los *vouchers*, el financiamiento vía crédito y, en cierta medida, la selección universitaria.

6 El Estado no estaría "mirando al mínimo" en toda política focalizada, como opina Atria, sino que al máximo. Un buen sistema de créditos (como el que hoy se discute) no mira al mínimo, sino lo que el estudiante define como máximo posible.

educación terciaria, sino que de las desigualdades generadas antes del período de estudios superiores.[7]

Es cierto que una educación superior gratuita y universal podría impedir también la segregación, pero el punto de la regresividad seguiría estando presente de manera aislada (los pobres seguirían financiando a los ricos)y la ineficiencia del gasto crecería enormemente. Una de las maneras de defender el principio de focalización es el argumento de la eficiencia de la inversión (los recursos son escasos), lo que tiene un componente igualitario en el sentido que un gasto público mal invertido (focalizado a quienes no lo necesitan) es aquel que deja de satisfacer necesidades sociales de aquellos que sí lo necesitan. Por eso el problema del uso alternativo del gasto es tan importante, aunque difícil de tratar (y aquí Atria tiene un margen razonable para discutir) debido a la cantidad de proyectos sociales disponibles y a la discusión sobre las prioridades sociales.

7 En una nota al pie de página (tan larga como esta), el profesor Atria dice que la segregación no se produce solo por el "precio o por preparación anterior", sino que también porque las instituciones de educación superior persiguen formar redes exclusivas que concentren beneficios para ciertas élites, constituyendo una suerte de conspiración aristocrática que captura el sistema educacional. En mi comentario, yo respondía este punto diciendo (i) que es una variable no demostrada, lo que no elimina su existencia (simplemente la pone en duda); y (ii) que existe una mejor razón para que las instituciones educativas definan sus políticas de admisión: la calidad del postulante y la capacidad de pago. Fernando Atria mira a la "conspiración de las élites" como una razón adicional por la cual los precios de los bolsos Louis Vuitton y de las corbatas Hermés se explicarían. El ánimo de cierta élite de tener exclusividad. El argumento analógico de Atria es problemático porque, si personas que no pertenecen a la élite tuvieran el dinero (vía ayuda estatal, crédito, u otro), las tiendas no dejarían de vender dichos bolsos y corbatas a quienes los demanden, arruinando el interés de quienes hayan querido formar esa conspiración aristocrática. Por lo anterior, es improbable que factores como el precio y la preparación puedan ser sustituidos por el interés mezquino que Atria denuncia. El problema metodológico del profesor Atria es más profundo que esto cuando sostiene que, si "una conducta es racional, lo que se necesita es evidencia para mostrar que esa conducta no se obtiene" (sin número de página). Si utilizáramos el estándar probatorio de Atria, entonces es él quien tiene la carga de la prueba, ya que existen mejores razones (preparación y capacidad de pago) que la que él muestra. En todo caso, probablemente Atria utiliza un estándar probatorio erróneo, ya que no basta utilizar la racionalidad para definir la prueba. Atria parte de la premisa de que existen dos posiciones y una verdad, en circunstancias que en materia de políticas públicas hay varias posiciones alternativas y un conjunto de verdades que se complementan (y falacias que se excluyen). Si el debate fuera puramente jurídico, a lo mejor alguien podría utilizar la buena fe y el supuesto de inocencia como principios aplicables a las instituciones educativas en la selección de sus estudiantes; y, si el debate fuera puramente económico, otros podrían optar por la racionalidad económica de elegir a los mejores que puedan pagar (más que a los miembros de la élite) como estándar inicial. En cualquier caso, el estándar probatorio elegido por el profesor Atria parece arbitrario. También me parece grave la justificación que utiliza al final de su nota al pie de página, donde me acusa de ser inconsistente (tu quoque) al no entregar evidencia de un hecho hipotético que estimé como probable (y no obvio, como lo hace Atria) dadas ciertas circunstancias que hoy no existen, por lo que no se puede medir a ciencia cierta, sino solo estimarse como una posibilidad racional. Así, se sirve de un supuesto error mío para validar un error propio, olvidando que dos errores no hacen un acierto. Con ello, el profesor Atria elude dar fundamentos racionales o empíricos para sustentar su afirmación. Ignoratio elenchi.

## 3. Desvío del debate, el mundo al revés y el principio de focalización

En su artículo principal, el profesor Atria refuta un trabajo donde se descarta implantar una política pública gratuita para financiar la educación superior. Dice que el problema es que se toma como cierto que el principio de focalización es el correcto debido, entre otras razones, a que el universalismo sería regresivo. El punto de partida estaría invertido. Cuestiona la aplicación de la focalización con argumentos generalistas sin advertir las características propias del sistema educacional.

Mi crítica va más allá. Si bien Atria tiene razón en que es un error generalizar argumentos de principios sin considerar especificidades mayores, se trata de un error que él también comete. Como ya señalé, los fines del sistema educacional varían de intensidad dependiendo del nivel educacional respecto del cual se quiere actuar, y Atria no los distingue. Su trabajo se enfoca en la justificación de la política de financiamiento de la educación superior (de hecho, cuestiona otro trabajo sobre ese tema específico), pero sus argumentos son generales. Los ejemplos de Atria generalmente se relacionan con la educación escolar (sus argumentos sobre segregación parecen tener ese objeto específico) aunque acierta al reconocer someramente que los niveles de universalidad debieran ser diferentes en los distintos niveles de educación. Es lamentable, sin embargo, que no profundice en este punto.

El problema de la distinción entre lo general y lo especial se nota especialmente en el diagnóstico que el profesor Atria denuncia respecto de que la focalización aumenta la brecha entre ricos y pobres. Si efectivamente el mundo fuera al revés (como Atria piensa) y *toda* focalización incrementara dicha brecha, entonces Atria debiera demostrar de qué manera ello ocurre dadas las particularidades de la educación superior. Existen, entonces, dos dimensiones, la general y la particular.

Atria se detiene solo en la dimensión general del problema y, aunque sus pretensiones abarcan también la definición de la segunda dimensión, advierte que primero hay que responder a la general. Recién entonces sería lícito estudiar la manera en que el principio general elegido se aplica en lo especial. De esta manera, si la respuesta correcta en la dimensión general fuera "X", entonces, para la especial habría que buscar alguna variable de "X" y adaptarla al caso especial. El problema de discutir de esta forma es que "X" dice relación con un sistema de políticas sociales mucho más amplio. ¿Queremos que "X" se aplique en todos los ámbitos? Si la respuesta fuera afirmativa, como parece

creer el profesor Atria, entonces "X"podría ser aplicable (con adaptaciones) a defensa, salud, justicia, educación, etc.[8] ¿Es esa la mejor forma de enfocar el debate?

Mi opinión es que no. El debate planteado por el profesor Atria adolece de un error metodológico que descansa (nuevamente) en un falso dilema. ¿Por qué no pueden convivir diversos subsistemas que combinen "X" e "Y"? La estrategia argumentativa de Atria de discutir el principio fundante para condicionar las medidas sociales a elegir con posterioridad no es capaz de resolver las especiales necesidades de cada sector. Por eso, cuando Atria promueve la universalidad (y la gratuidad) como principio fundante para la educación superior, no puede hacerlo *solamente* sobre la base de argumentos generalistas.

## 4. La contradicción del profesor Atria

El profesor Atria promueve la adopción del principio universalista, acompañado de gratuidad en el financiamiento de la educación superior, pero no logra salvar la contradicción de estos principios con las reglas precisas con las que, someramente, ilustra su punto.

En su primer artículo, Atria se abre a permitir ciertos niveles de selectividad en el ámbito de la educación superior, aunque afirma que todos los que quieran estudiar deberían poder hacerlo. No contesta en sus observaciones a este punto, por lo que insisto en él. ¿Cómo puede conciliarse la existencia de la libertad para seleccionar con la satisfacción del derecho "de los que quieran" a recibir una prestación educacional? La única respuesta que se me ocurre es una que Atria probablemente no aceptaría: segregar a aquellos alumnos que no sean admitidos en las instituciones de mayor prestigio para que estudien en establecimientos de menor selectividad.

La contradicción se agudiza cuando Atria afirma que su idea de gratuidad se puede solucionar mediante un "sistema de *vouchers* que no admita copago, o por un sistema de financiamiento universitario en que *todos* pagan con créditos y repagan con un porcentaje de sus ingresos después de egresados". Lo atractivo de estos dos modelos es que ambos solucionan el problema de la capacidad de pago para estudiar subsidiando la demanda y estimulando la

8 El profesor Atria dice "Es importante notar que la discusión general depende de lo que se haya establecido a nivel general. Porque si de lo que se trata es de dar debida cuenta de las peculiaridades de un sector de aplicación, la pregunta será *¿qué tiene de especial*? Y lo que tenga o no de especial depende de qué es lo relevante, y el criterio de relevancia estará, al menos en parte, dado por el principio orientador". Sin número de página.

competencia entre las entidades prestadoras de educación.[9] Tiene razón Atria en que estos modelos son compatibles con la diversidad de proyectos educativos. El problema es que uno responde a un principio de focalización (el de los *vouchers*) y el otro no es gratuito (el de los préstamos), salvo que se construya alguna tesis excéntrica de la gratuidad, cuestión que el profesor Atria sincera cuando la define como la posibilidad de estudiar no condicionada a la capacidad de pago. En esta definición de gratuidad caben múltiples medidas que se justifican atendiendo a un principio de focalización, pero ese ya es otro debate. Un debate que, sin embargo, no debiera eludirse.

9 Lo anterior es sin perjuicio de las dudas que surgen a raíz de la propuesta de Atria, que no resuelve en su trabajo por no ser el contenido central del mismo. ¿El sistema de *vouchers* que no admite copago regiría obligatoriamente para todos, incluyendo los que no lo necesitan? ¿Habría una obligación individual de todos los que quieran estudiar de financiar su educación mediante créditos, incluyendo a los que puedan pagar por sus propios medios? Por otro lado, y salvo que se entreguen mayores precisiones, cabe señalar que las alternativas de universalidad y gratuidad que Atria entrega pueden no ser, en definitiva, tan universales ni tan gratuitas. Además, ellas no implican necesariamente la adopción de políticas de subsidio a la oferta, por lo que sus ideas podrían terminar siendo compatibles con un modelo completamente privado. Si lo anterior fuera correcto, entonces, ¿por qué a Atria le preocupa tanto el desprestigio de la educación pública?

# EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

# EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL ACERCA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN CHILE

*Ángela Vivanco Martínez*[1]

**Resumen**

El presente artículo explica, en la perspectiva del principio constitucional de igualdad y sus aplicaciones, el conflicto que se ha producido en nuestro país en torno a la posibilidad que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Tal opción no está contemplada en la ley chilena, que condiciona el matrimonio a ser contraído por un hombre y una mujer, lo cual ha sido constitucionalmente cuestionado en sede de recurso de protección y, con posterioridad, de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. En ambas instancias lo resuelto indica que existen muy diversas interpretaciones acerca de lo que puede entenderse por discriminación arbitraria, pese a la introducción de definiciones sobre el término en nuestra normativa. Resulta importante que cuestionamientos de esta relevancia, sean analizados no sólo en la perspectiva histórica y tradicional, sino también en orden a ponderar los beneficios y perjuicios que modificaciones de esta naturaleza importan para el derecho de familia en una sociedad democrática.

## 1. Introducción: los antecedentes de la discusión

El artículo 102 del Código Civil Chileno define al matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente". Dicha definición importa limitaciones esenciales

1 Abogado, Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica y Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Es Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

respecto de la posibilidad de suscribir el referido contrato, pues lo limita a sólo dos contrayentes, que han de ser biológicamente hombre y mujer y que deben considerar, entre los fines de tal unión, la de procrear.[2]

Dicha realidad normativa importa la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo bajo la legislación chilena, lo cual ha importado una discusión acerca de si tal cosa afecta el principio constitucional de igualdad, considerando que la propia Ley N° 19.947, ley de matrimonio civil, reconoce en su artículo 2° que "la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello", lo cual es compatible con lo preceptuado a su vez por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en Chile, la cual en su artículo 17 N° 2 reconoce que "[...] el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención" y con el artículo 24 de la misma, que consagra el derecho a la "igual protección de la ley", prohibiendo todo tratamiento discriminatorio de tal manera que un Estado no puede amparar en su ordenamiento jurídico regulaciones o prácticas discriminatorias.[3]

Sin perjuicio de lo anterior, las limitaciones para contraer matrimonio en

---

2 Fin que puede o no cumplirse materialmente, pero que es considerado como parte de la institución matrimonial y se considera a la capacidad de engendrar como una información que el otro cónyuge debe conocer. Cfr. "se ha sugerido que un segundo ámbito en el que se podría presentar la impotencia es a propósito del artículo 5 número 3 de la ley 19.947 en la medida que la impotencia proviniera de un trastorno o anomalía física (n. 20) p. 175. Que éste sea un ámbito diverso del error me parece discutible. Es evidente a todas luces que quienes se encuentren incapacitados de realizar el acto sexual o engendrar pueden contraer válidamente el matrimonio; de otra manera no se entendería que se hubiera suprimido la impotencia como impedimento dirimente. Si los contrayentes conocían la impotencia al momento de contraer matrimonio, el matrimonio es válido. Así se entiende de las opiniones de los senadores Espina y Chadwick. Señala el primero de ellos "Estamos analizando la eventualidad de que una de las partes no pueda realizar el acto sexual y de que este hecho sea ignorado por el otro cónyuge. Si uno de ellos se casó con el propósito -entre otros- de llevar a cabo algo tan natural en el matrimonio como la relación sexual y ocurre que no la puede ejecutar, me parece absolutamente razonable que tenga derecho a declarar unilateralmente la nulidad de la unión matrimonial. En cambio, no hubiese sido lógico establecer esa causal para el caso de que tanto el marido como la mujer supieran, antes del matrimonio, que uno de ellos se hallaba imposibilitado de concretar el acto sexual". Ver *Diario de Sesiones del Senado. Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Sesión 24, Valparaíso, 7-I-2004, p. 502): Ver también De la Maza, Iñigo, , "El error en las cualidades personales del otro contrayente en la ley 19.947", *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.1. Disponible en: www.scielo.cl/..

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Karen Atala e hijas vs. Chile, 24 de febrero de 2012: "[...]el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana":

Chile cuestionan la extensión de la autonomía individual y el considerable desarrollo de la doctrina comparada y también nacional acerca de la identidad y equidad de género como asimismo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derechos también reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[4]:

> Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.[5]

## 2. El Principio constitucional de igualdad

A partir de la frase inicial de la Carta Fundamental en su artículo 1° ("las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos"), la doctrina constitucional coincide en que uno de los pilares conceptuales y bases del orden constitucional chileno es el principio de igualdad, que luego se desarrolla en la forma de diversas garantías dentro del texto de la Carta Fundamental.

4 Sobre la base de múltiples fuentes internacionales, entre ellas: el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando el "principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género"; el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la "Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género"; el 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" en la que se expresó la "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género".

5 Corte IDH, sentencia Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, citado.

Dicho principio, que al ser base constitucional importa la interpretación de los diversos mandatos jurídicos en su clave y la existencia de un signo constitucional favorable precisamente a su materialización, importa a la vez *el principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio y *el mandato de no discriminación*, variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran "especialmente odiosos" o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por algún mecanismo jurídico (ya sea,por mencionar algunos casos, en una ley, una sentencia o un contrato).[6]

En su primer contenido o acepción, el principio de igualdad se corresponde con el concepto de igualdad misma, el cual presupone, pues, predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino sólo, precisamente, la de igualdad, no la de mera semejanza y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de igualdad.[7]

En efecto, tal como señala Alfonso Ruiz, "si ninguna relación de igualdad implica identidad absoluta y, por tanto, toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, se diría que esa relación viene a coincidir con la de semejanza o similitud", agregando que "Pues bien, calificar a una relación como relación de igualdad permite poner de manifiesto la relevancia de los aspectos coincidentes entre los términos comparados, si bien queda oculto el dato de que no todos los aspectos —precisamente los considerados no relevantes— son coincidentes. A la inversa, calificar a una relación como de desigualdad implica poner de manifiesto la relevancia de los aspectos diferenciales ocultando los comunes. Pero si igualdad y desigualdad son conceptos antitéticos y, al menos en el anterior sentido, unívocos, en cambio, el concepto de semejanza es ambivalente", por lo cual no siempre es conveniente asociarlo con la igualdad como principio.[8]

En la perspectiva de la igualdad, se pueden establecer criterios descriptivos como asimismo valorativos, lo cual hace optar entre los conceptos de identidad y de semejanza. A nuestro juicio, el principio constitucional de

6 Carbonell, Miguel, (editor): *El principio constitucional de igualdad*, México, 2003

7 Ruiz Miguel, Alfonso: "Sobre el concepto de igualdad" en *El principio constitucional de igualdad*, citado, p. 44.

8 Idem.

igualdad se corresponde más con criterios valorativos y con la existencia de una razón común y justificación de regular de un mismo modo situaciones jurídicamente equivalentes: "los juicios de igualdad parten siempre de una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros [...] Eso significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas".[9]

Pese a su trascendencia constitucional, sin embargo, en la práctica muchas veces el principio de igualdad puede tensionarse ante la pretensión del legislador de establecer criterios de diferenciación respecto de ciertas personas o situaciones. El modo de abordar este aparente conflicto por el constitucionalismo contemporáneo se reduce al requerimiento de "razonabilidad", esto es, "la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato".[10] Así, se pueden establecer diferenciaciones favorables a colectivos vulnerables o a otras situaciones, en la medida que efectivamente contribuyan a superar las barreras de entrada que su situación les impone, pero no que se traduzcan en un injustificado desmedro para los no favorecidos con la medida.

Mismo criterio exhibe la Corte Constitucional de Colombia en su apreciación sobre este principio: "el principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito.[11]

9 Pérez, Karla, :*Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1589/6.pdf, sitio consultado en abril de 2012.

10 Bilbao, Julián y Rey, Fernando, "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española", en *El principio constitucional de igualdad,* citado, p. 108.

11 Corte Constitucional de Colombia, EXPEDIENTE No. D-517, en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-410-94.htm.

**Materialización del principio de igualdad en garantías constitucionales**

El principio constitucional de igualdad encuentra su materialización en la existencia de numerosas garantías constitucionales que desarrollan la estrecha conexión de la igualdad con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: "en último término, lo que se impide son las decisiones judiciales arbitrarias, caprichosas, no fundadas en razones jurídicamente atendibles. Para reaccionar contra este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales carentes de base objetiva y razonable se reconoce a los justiciables un derecho de carácter fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, de las normas en general, a no ser discriminados en ese momento decisivo".[12]

En nuestra Carta Fundamental ello se evidencia en varios numerales del artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, si pensamos detenidamente en el enunciado de dicho artículo, en el cual se lee que la Carta Fundamental asegura "a todas las personas" el listado de derechos que a continuación se encontrará, ya de la palabra "todas" podemos colegir una referencia general a la igualdad en todos los derechos, las personas sin distinción son titulares de ellos y merecen gozar igualitariamente de sus prerrogativas y de su legítimo ejercicio.

**Concepto de acto discriminatorio**

El artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental prohíbe hacer diferencias arbitrarias, en asociación con el reconocimiento constitucional de igualdad ante la ley, terminología que nuestra Corte Suprema[13] ha considerado se concreta en la realización de una acción arbitraria, la cual:

> consiste en un acto o proceder caprichoso, contrario a la justicia, o a las leyes, inocuo, antojadizo, infundado o en último término, despótico o tiránico. Por tanto es lógico suponer y concluir que un acto fundado, de acuerdo a la ley y justo no puede ser calificado de arbitrario. Por otra parte, una acción o proceder ilegal es aquel que no está ajustado a derecho, constituyendo dicha disconformidad una infracción al ordenamiento jurídico que le priva actual o potencialmente de validez". Así, "[...]La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para

12 Idem, p. 115.

13 Corte Suprema, sentencia Rol 4267-2006.

> el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional. Corte Suprema, 15 de junio de 1988, R.D.J. Tomo 85, sección 5°, pág. 97". Citado en el considerando 5°, fallo de la Corte Suprema. 17 de octubre de 2002. Rol: 3522-2002.[14]

La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado, respecto de una actuación arbitraria, que:

> el principio de igualdad de trato se viola [o en las palabras del caso Marck "una distinción es discriminatoria"] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr.[15]

A este criterio, el desarrollo jurisprudencial contemporáneo ha agregado una adicional exigencia, la necesidad imperiosa de la medida. En efecto:

---

14 Idem.

15 Caso *Lingüística Belga*, resuelto en 1968, citado en Bayefsky, Anne F., "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional", *Human RightsLawJournal,* Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34. Esta jurisprudencia se desarrolla trascendentalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos en fallos más modernos, v.g. Asunto Konstantin Markin v. Russia, 22 de marzo de 2012, en: "El demandante se queja de que la negativa a concederle el permiso parental equivalía a una discriminación por razón de sexo. Invoca el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 de la Convención. A medida que la jurisprudencia es reiterada, el artículo 14 complementa las demás disposiciones sustantivas de la Convención y sus Protocolos. No tiene existencia independiente, ya que sólo tiene efecto en relación con "el disfrute de los derechos y libertades", por lo tanto protegido. Aunque la aplicación del artículo 14 no supone una violación de esas disposiciones - y en esa medida es autónoma - no puede haber espacio para su aplicación a menos que los hechos de que se trata en el ámbito de una o más de ellos. "La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14, por lo tanto se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que la Convención y sus Protocolos exigen que cada Estado debe garantizar. Se aplica también a los derechos adicionales, incluidos en el ámbito general de cualquier artículo de la Convención, para lo cual el Estado ha decidido voluntariamente ofrecer. Este principio está muy arraigado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, entre muchas otras, EB contra Francia [GS], núm. 43546/02, §§ 47-48, 22 de enero de 2008)"; que el Estado ha decidido proteger voluntariamente (Stec y otros c. Reino Unido, decisión mencionada, § 40)".

> Tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un *test* diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este *test* generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores.[16]

En esa misma línea, se ha distinguido la necesidad de diferenciar, como criterios aplicables al tema de la igualdad, las consideraciones acerca de la adecuación (medida apropiada a la finalidad que se persigue), necesidad (medida necesaria para el fin que se persigue) y proporcionalidad de la medida (lo cual representa un juicio posterior, que importa control de daños).[17]

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01. Es interesante recalcar que esta Corte ha considerado, en sus fallos, que el de no discriminación goza del carácter de principio, y ha señalado que éste guarda estrecha relación con el de igualdad sustancial reconocido en la misma disposición: Sentencia T-432, 29 de mayo de 1992.

17 El Tribunal Constitucional español presenta una rica jurisprudencia al respecto: STC 41/2002, en http://www.tribunalconstitucional.es: "No constituye una discriminación por razón del sexo que una empresa despida a una empleada, aun cuando se encontraba embarazada, cuando la entidad empleadora ignoraba ese hecho: no basta con que la trabajadora esté embarazada para que la empresa deba acreditar una causa de extinción real y seria, suficiente para justificar que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio; es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundar la existencia de un trato presumiblemente discriminatorio. El hecho de que "el acto extintivo fuera improcedente no implica que, además, fuera discriminatorio", es decir, de su improcedencia no se deriva automáticamente la vulneración de derechos fundamentales"; STC 117/2006: "La Sentencia 117/2006, de 24 de abril, señala que el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara frente a la indistinción entre supuestos desiguales. La igualdad constitucionalizada en el art. 14 CE es "la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades", por lo que, realmente, "lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación" (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2; y 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; por todas). Resulta ajena, sin embargo, y tal y como ya se ha avanzado, al núcleo de protección del art. 14 CE la denominada "discriminación por indiferenciación". Hemos señalado, en efecto, que el principio de igualdad "no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, de 6 de julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe 'ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual' (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 5)" (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; por todas); STC 9/2010: "El Tribunal reiteró su doctrina de que la renuncia a hacer

**Diferenciación arbitraria y daño**

Los criterios esgrimidos por las Cortes no sólo demandan al Estado demostrar la necesidad, imperiosidad y no existencia de alternativa en las medidas tomadas, sino garantizar que la diferenciación no redunde en daño: "los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo".[18]

El peso de la prueba le corresponde al Estado y a su actuar se aplica un exigente escrutinio: El primer escrutinio, y el más exigente, es el "escrutinio

uso de una alternativa interpretativa que elimine una desigualdad injustificada equivale en sí misma a una interpretación de la norma o del acto jurídico que el art. 14 CE no consiente. En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, "resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados", o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no "sean proporcionadas a la finalidad perseguida", y que, por ello, generen "resultados excesivamente gravosos o desmedidos. [...] En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)" (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4). En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el art. 14 CE implica, por una parte, "un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex Constitutione, que impon[e] como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6)"; y, por otra parte, "[t]ambién resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)" (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Por último, respecto de las consecuencias específicas que se derivan de lo anterior para los órganos judiciales, también hemos afirmado que éstos "pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)" (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-410/1994.

estricto" (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas "libertades preferidas", se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal "imperioso" (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra "estrechamente personalizado" (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el "escrutinio intermedio" (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino "importantes". La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre personalizada, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas "menos discriminatorias".[19]

**Igual dignidad y derechos**

La Constitución chilena, siguiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece en el inciso 1° de su artículo 1° que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos". El criterio de la igualdad, manifestado como se ha explicado, es un fundamento poderoso para evitar constitucionalmente las situaciones fácticas o jurídicas que importen una disminución de la protección de los derechos de ciertos sujetos, más aún cuando se trata de personas cuyas características evidencian una especial vulnerabilidad.

## 3. Planteamiento de la discusión ante los tribunales ordinarios

Los planteamientos acerca de la vulneración del principio constitucional de igualdad, en relación con la normativa matrimonial chilena, surgieron a pro-

19 El escrutinio estricto tiene su antecedente en la nota 4 del voto del juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938), en donde se señaló que determinadas normas discriminatorias "podían demandar un análisis judicial más intenso". Más adelante, en el fallo *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), la Corte aplicaría por primera vez este test. Por otra parte, esta adecuación de los medios hacia los fines "tiende a adoptar un carácter técnico, tal como podrá apreciarse, por ejemplo en *Craig v. Boren*, en donde la Corte echa mano de estadísticas para resolver la cuestión", Cfr. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). Todos citados en Sapag, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado", *Díkaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre-sin mes, 2008, pp. 157-198, en http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/720/72011607008.pdf.

pósito de un recurso de protección deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de un oficial del Servicio de Registro Civil, por estimar arbitraria e ilegal la decisión de rechazar la solicitud de día y hora para contraer matrimonio, y rechazar la solicitud de convalidar matrimonio válidamente celebrado en la República Argentina, esto, por ser ambas parejas solicitantes miembros del mismo sexo.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso en sentencia de 9 de Diciembre de 2011,[20] considerando, en cuanto a la legalidad de la negativa, que se ajustaba a los conceptos presentes en la ley civil y a la decisión histórica de limitar el matrimonio al hombre y a la mujer, mientras que en cuanto a una eventual arbitrariedad, estimó que las decisiones cuestionadas no vulneraban el principio constitucional de igualdad, pues:

> El principio de igualdad que establece el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República no puede entenderse como un concepto absoluto [...] En consecuencia es lícito, jurídica y moralmente que se establezcan adecuadas y racionales diferenciaciones que atiendan por ejemplo, a la naturaleza de las cosas. [...] Lo que no es lícito es que personas que se encuentran en un mismo estadio reciban un trato diferente. [...] el Tribunal Constitucional de España, en forma reiterada ha sostenido: (STC 79 2011, de fecha 6 de junio de 2011) "Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. [...] Lo que prohíbe el principio

20 Corte de Apelaciones de Santiago, Autos rol N° 6787-2010.

de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.[21]

Apelada la sentencia referida ante la Corte Suprema, ésta se pronunció asimismo negativamente con fecha 4 de abril de 2012,[22] considerando que

> Que de lo expresado se colige que el propio recurrente acepta que hay un precepto legal –artículo 102 del Código Civil– que concretamente contempla la situación. A este respecto, no cabe duda de que para juzgar la legalidad de la conducta del funcionario recurrido esta Corte debe dar aplicación a dicha ley vigente. Conforme a ello procede concluir que no hay acto ilegal, puesto que el criterio adoptado por el funcionario se ajustó a lo dispuesto en el precepto mencionado y a lo prevenido en la Ley de Matrimonio Civil, nítidos en cuanto a su sentido y alcance, sin que exista alguna regla de hermenéutica legal que aplicada al caso pueda llevar a una conclusión distinta, esto es que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre contemplado el matrimonio entre personas del mismo sexo.[...]Que lo anterior implica que la materia en cuestión se encuentra regulada por ley por ser de su dominio, de modo que la vía cautelar de autos no es la adecuada si lo que se intenta es que esta Corte autorice o reconozca el matrimonio de personas del mismo sexo.[...]Que además debe tenerse presente que el control de la constitucionalidad de las leyes corresponde al Tribunal Constitucional, y en esas condiciones no es factible que esta Corte por medio de la presente sentencia desentrañe si el artículo 102 del Código Civil se encuentra conforme o disconforme con las normas constitucionales.[...]Que en todo caso y con la finalidad de hacerse cargo de la alegación expuesta en el recurso de apelación acerca de la infracción a la igualdad ante la ley, cabe hacer presente que este tribunal coincide con lo expresado por el

21 Debe tenerse presente que el Tribunal, previamente, formuló al Tribunal Constitucional una consulta sobre la materia, la cual el Tribunal no absolvió, considerando que se trataba de una solicitud de inaplicabilidad y pronunciándose el 3 de Noviembre de 2011 respecto a la falta de idoneidad de la inaplicabilidad en el presente caso, señaló en el considerando OCTAVO: "[...]Esta Magistratura no puede pasar por alto que un examen detenido de la impugnación planteada no permite a su vez que se dicte sentencia estimatoria, toda vez que no se condice con el alcance de la acción de inaplicabilidad". Este fallo se comenta en el epígrafe siguiente.

22 Corte Suprema, sentencia Rol N° 12635-2011.

> Ministro del Tribunal Constitucional don Raúl BertelsenRepetto en su voto de prevención en los autos rol 1881–10, especialmente cuando razona: "Que, teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto no resulta contraria a la Constitución.[23]

Así, fundamentalmente en razón de existir una ley vigente que condiciona a los contrayentes del matrimonio a ser un hombre y una mujer, como asimismo al hecho de estimarse estos condicionamientos justificados dada la naturaleza de la institución referida, los tribunales ordinarios desechan las pretensiones de los recurrentes en sede de protección.

## 4. Planteamiento de la discusión ante el Tribunal Constitucional

Como se ha explicado, el tema en tratamiento llegó al Tribunal Constitucional por la vía de una consulta formulada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en orden a dilucidar la situación constitucional del citado artículo 102 del Código Civil, presentación que fue interpretada por el sentenciador constitucional como una solicitud de inaplicabilidad y tratada como tal, haciéndose parte del recurso las partes interesadas, tras lo cual procedió a rechazarla mediante sentencia de 3 de Noviembre de 2011,[24] la cual resumiremos como sigue:

### 1. Voto de mayoría

El Tribunal se plantea, como materia sometida a su conocimiento, determinar si la aplicación del artículo 102 del Código Civil en el aludido recurso de protección infringe o no la garantía de igualdad ante la ley, contenida en

23 Idem.

24 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1881-10-INA.

el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República, toda vez que aquella disposición sólo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer sin autorizar que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio. En consecuencia, no considera la posibilidad de vulneración de otros derechos, como la autonomía, la identidad o equidad de género.

Lo relativo al matrimonio, explica, está sometido a reserva legal no sólo por la consideración del artículo 63 de la Constitución, sino porque explícitamente así se decidió en la Comisión de Estudios de la nueva Constitución. Sobre dicha base, la pretensión de los recurrentes de "que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual" impide que el recurso prospere, a juicio del sentenciador:

> En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo que establece que *"los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer."*. De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas[25]

25 Idem.

**2. Voto particular concurrente del Ministro Bertelsen**

El Ministro Bertelsen, que concurre al voto de mayoría, realiza sin embargo algunas prevenciones de importancia:

> Atendida, entonces, la importancia social del matrimonio, que se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo;... en esta materia, la legislación se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen *"el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio"*, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos *"toda persona"* o *"todo ser humano"* para referirse a sus titulares; ... teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política.[26]

**3. Voto particular concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica**

Estos ministros, que también concurren al fallo de mayoría, estiman que debe haber pronunciamiento de fondo del Tribunal, determinando si "la aplicación del artículo 102 del Código Civil por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver si es o no arbitraria la negativa de un Oficial del Registro Civil de celebrar el matrimonio entre dos varones entre sí, resulta efectivamente contrario

26 Idem.

al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado por el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, de modo tal que, pronunciada la inaplicabilidad, dicho precepto legal no pueda ser aplicado por la Corte requirente y deba ésta resolver, prescindiendo de esa ley, si dichos varones pueden, o no, contraer matrimonio entre sí".[27]

Al respecto, consideran que:

> En esta perspectiva, la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional. Del mismo modo resulta claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil, sean, precisamente, un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada/... la diferencia legal de trato entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales no puede considerarse, en sí misma, como una discriminación arbitraria contraria a la Constitución, creemos necesario precisar que nuestra decisión recae en un precepto legal concreto, el artículo 102 del Código Civil, que está inmerso en la regulación de una realidad enteramente diferente a la que conforman las parejas homosexuales. Por ello, no manifiesta juicio sobre el que, en definitiva, se trasunta como fundamento primario del reproche de arbitrariedad que los recurrentes de protección formulan a la diferencia consagrada en artículo 102 del Código Civil, el cual, en realidad, importa un cuestionamiento integral a la forma como está actualmente regulada, en la legislación civil chilena, la institución matrimonial. Dicho planteamiento revela que la cuestión de fondo es que, mientras ***"en la práctica las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio. Sin embargo, las parejas homosexuales solo pueden convivir pero sin gozar de ningún tipo de protección legal con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva"***. (En la copia del recurso de pro-

27 Idem.

tección, a fs. 4 de este expediente constitucional);.. Si bien nuestro voto descarta la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador, y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.[28]

**4. Voto particular concurrente de la Ministra Peña**

En dicho voto, la Ministra precisa:

> el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye al logro de las demás funciones del matrimonio –vivir juntos y auxiliarse mutuamente-, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tenida en cuenta por el legislador al regular los efectos del matrimonio. Dicho, en otros términos, esta regulación no puede prescindir del hecho que el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una sociedad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión. [...] si el matrimonio entre un hombre y una mujer, además de ser una institución, constituye un derecho humano esencial, su configuración o regulación debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales [...] Una interpretación armónica y de conjunto de las normas constitucionales resulta, pues, indispensable frente a un tema de suyo complejo. Ello explica que la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia de 24 de junio de 2010, pronunciada en el caso Schalk and Kopf v. Austria,

28 Idem. Las cursivas y negritas pertenecen al original.

haya sostenido que "*el artículo 12 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) no impone a los Estados contratantes una obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio. El artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8, otorgan una provisión de un propósito y alcance más amplio, que no puede ser interpretada como la imposición de una obligación*. (Considerando 101).[29]

**5. Voto particular concurrente de los ministros Fernández Fredes, Carmona, Viera-Gallo y García**

Estos ministros también deciden hacer presentes sus argumentaciones complementarias al fallo de mayoría:

> resulta ilustrativo lo resuelto por el Consejo Constitucional Francés, en enero de 2011, en una causa análoga al caso *sub lite*. [...] En esa ocasión el Consejo Constitucional se pronunció sobre una solicitud de inconstitucionalidad de dos preceptos del Código Civil que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo. En ella, resolvió que según la Constitución francesa (art.34) corresponde al legislador reglar el estado y capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales y, en general, los asuntos de familia; que la estipulación del matrimonio sólo entre un hombre y una mujer no afecta el desarrollo de la vida personal y familiar, pues existen en Francia otras figuras legales que permiten y regulan la convivencia entre personas de un mismo sexo, como la ley que establece el Pacto de Solidaridad; y que, por mandato constitucional, compete al Parlamento la elección del sistema más adecuado para la plena realización de las personas que tienen preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo. (C. 9, 2010 92 QPC, de 28 de enero de 2011); [...] este razonamiento coincide con lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Schalk and Kopf contra Austria, de junio de 2010; y con lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia en julio del 2011. En ambos casos se señaló que el derecho a formar una familia es independiente del derecho a contraer matrimonio, y que la vida familiar se puede desarrollar fuera del ámbito matrimonial, por lo que el impedimento de contraer matrimonio para personas de igual sexo en sí mismo no vulnera el derecho a formar una

29 Las cursivas son del original.

familia. [...] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, además, que cada país es libre para decidir si el matrimonio deba ser sólo para personas de diferente sexo o, por el contrario, abierto a personas del mismo sexo. Lo que sí es una exigencia derivada de los instrumentos internacionales de derechos humanos, es que exista un reconocimiento legal de las uniones de hecho, independientemente de la orientación sexual de los convivientes. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en el fallo mencionado anteriormente, exhortó al legislador a regular las uniones entre parejas del mismo sexo, sin discriminaciones arbitrarias.[...] Asimismo, como se ha sostenido en esta sentencia, no podemos desnaturalizar el recurso de inaplicabilidad. El Tribunal no resuelve una inaplicabilidad en base a una norma legal; el precepto legal es el objeto de su examen, pero no su referente. Las leyes que examina no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante. En este recurso se enjuicia una norma legal en su confrontación con la Constitución, no con una ley (STC Rol 1284/2009). [...] Tampoco podemos darle un valor absoluto a una norma legal, en circunstancias que puede haber otras que apunten en un sentido distinto o contradictorio. No existe una opción del constituyente por erigir un modelo determinado de unión heterosexual. Si el constituyente se mantiene neutral frente a las preferencias del legislador al momento de definir el matrimonio, esta Magistratura no puede cerrar esa opción. Si el matrimonio hoy es entre un hombre y una mujer, no es porque lo diga o lo establezca la Constitución, sino la ley. [...] el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no. [...] Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes;[...] debe tenerse en consideración que las categorías "sexo" y "orientación sexual" corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de

una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige realizar un examen más estricto de razonabilidad.[...] el legislador ha reconocido los efectos jurídicos de las relaciones entre parejas del mismo sexo, principalmente para efectos punitivos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla ninguna regulación explícita y completa de ese tipo de uniones. Cuando se excluye la proyección pública de una relación homosexual a través de los mecanismos que el legislador determine, se está sosteniendo, directa o indirectamente, que se trata de un tipo de relaciones de una calidad insuficiente, incapaz de dar origen a un conjunto claro de derechos y deberes. La omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección para las uniones de personas del mismo sexo. [...] Desde un tiempo a esta parte se han presentado diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias;... será resorte del legislador verificar cuán profundo y extenso deba ser ese reconocimiento legal. A los poderes colegisladores les compete resolver las cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente, y respetando las normas y principios constitucionales. En tal tarea el legislador deberá evitar toda forma de discriminación arbitraria o de menoscabo en la dignidad y derechos de las personas; incluso deberá procurar – como ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso similar al *sub lite* – que el principio de "iguales pero separados", que sirvió de fundamento al apartheid, no tenga aplicación en el Derecho de Familia en razón de la orientación sexual de los sujetos (CCT 10/04, 1/12/2005); [...] las personas son libres de vivir en pareja y tienen derecho a establecer lazos familiares. El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución de ese país: *"no existen razones atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales sólo merecen protección cuando se profesan entre personas de distinto sexo"*. (C-577/11)[30] [...] legislar

30 Las cursivas son del original.

sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud. Existe una clara tendencia a regular estas situaciones en los diversos países; [...]≠ Que, sin embargo, debemos dejar en claro que compete al Parlamento –y no a esta Magistratura– dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.[31]

### 6. Voto disidente del Ministro Vodanovic

En este único voto disidente del fallo de mayoría, el Ministro Vodanovic efectúa las siguientes consideraciones:

> estimo que el requerimiento debe ser acogido y declararse inaplicable el artículo 102 del Código Civil en la gestión *sublite* [...] No hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas. Si se entendiera que hay oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas por sobre los intereses de una institución social, por trascendente y respetable que ella sea.[...]Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad. Es ésta, como toda orientación sexual, digna de ser reconocida y protegida o, por el contrario, una condición negativa, objeto de censura y reproche. En el largo recorrido histórico de la discriminación, a lo menos se ha pasado ya de su calificación como delito (sodomía) a su estimación como simple cualidad indeseable, un virus social que no debe propagarse. En sociedades culturalmente atrasadas, no adviene aún el momento de la tolerancia con la pura diferencia. **Por eso, la regla jurídica es tan importante para afirmar positivamente esta distinción, como**

31 Idem.

**se ha hecho ya con la llamada raza, el género y la discapacidad.**[32] En esta materia, subyacen prejuicios y motivaciones que no se explicitan, de antigua data. Por debajo de la argumentación lógica, se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un *"desorden"* de la naturaleza. Por ello, para no dejar flanco alguno descubierto, se arremete incluso en contra del concepto *"orientación sexual"* –de amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos-, atribuyéndole una *"ambigüedad (que) ha derivado, en otras naciones, en una distorsión de la sexualidad y de las bases de la familia, así como en un serio peligro para el ejercicio de numerosas libertades, entre otras la religiosa"* (reciente declaración de las Iglesias Cristianas de Chile).[33] [...]**El punto esencial no reside en las características estructurales del matrimonio, como se verá, sino en determinar si la exclusión de las parejas del mismo sexo en el acceso a dicha institución constituye o no una discriminación arbitraria.**[34] **[...]** ***Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de formas de vida.***[35] [...] *Finalmente, la señalada discriminación no sólo tiene efectos en el ámbito simbólico. En nuestro ordenamiento, el matrimonio desarrolla sus consecuencias mucho más allá del ámbito de las relaciones familiares, siendo considerado en innumerables disposiciones como condición o preferencia para el goce de ciertos derechos. Pues bien, desde el momento que se priva a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a esta institución social, el Estado también les está vedando el acceso a una serie innumerable de ventajas asociadas al estatus*

32 Las negritas son del original.

33 Las cursivas son del original.

34 Las negritas son del original.

35 Las negritas y cursivas son del original.

*de casado, confiriéndoles de esta forma un tratamiento discriminatorio, que dificulta o incluso impide la realización de un plan de vida que consideran indispensable para su propia felicidad.* [...] ***Todo lo señalado precedentemente nos permite arribar a una única conclusión: El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional.***[36]

## 5. Efectos y reflexiones sobre la jurisprudencia citada

El caso revisado, el cual dio origen a las sentencias de nuestros tribunales ordinarios como asimismo al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es un ejemplo típico de caso emblemático en que los recurrentes buscan plantear una discusión constitucional más que obtener un resultado concreto, lo cual usualmente se llega a hacer en países en que la discusión de fondo se retrasa normalmente por motivos culturales más que jurídicos. En dicho contexto, sin duda la acción de protección se constituye, más que en un medio idóneo para discutir una cuestión de esta naturaleza, en una herramienta que hace posible elevarla a la verdadera instancia que ha de conocer de la discusión, que es el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la problemática que lleva aparejada la solución eventual de situaciones de discriminación a través de sentencias de dicho tribunal, es que éstas no pueden tener más resultado que la eventual inaplicabilidad de una norma a un caso concreto o, de reunirse los requisitos para ello, el retiro de un determinado precepto del ordenamiento jurídico, lo cual no lleva aparejado el surgimiento de una normativa de remplazo – por más que el sentenciador constitucional utilice un modo exhortativo- y menos el ajuste de todas las

36 Idem.

otras disposiciones relacionadas con la anterior que han de seguirse aplicando o inaplicando según el desarrollo normativo.[37] ***Ésa es, probablemente, una de las razones que inhiben al Tribunal a pronunciarse sobre estatutos jurídicos de alta complejidad, por lo menos actualmente, ello sin perjuicio de una lógica consideración a que sus atribuciones son limitadas respecto al examen normativo y a que muchas de sus argumentaciones no son adecuadamente recogidas o consideradas por el legislador, todo lo cual importa un entrabamiento del proceso de revisión constitucional de las leyes vigentes, pues no hay posibilidad de hacer un examen general de algunos estatutos en sede constitucional ni voluntad política de alcanzar tal posibilidad por parte del Parlamento.***

**1. Igualdad y no discriminación en la normativa chilena**

Con todo, nuestro país ha hecho avances en el desarrollo del binomio principio de igualdad/no discriminación, no sólo por el reconocimiento de ambos criterios en sentencias relevantes tanto de los tribunales ordinarios como del juez constitucional, sino además porque ha materializado una definición de acto arbitrario en el recientemente aprobado por el Congreso proyecto de ley antidiscriminación, que espera su promulgación a la fecha de cerrarse este artículo[38] y que define en su artículo 2° lo que ha de entenderse por discriminación arbitraria:

> "Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.
>
> Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en

37 Ejemplo vívido de lo anterior es lo que ha sucedido con posterioridad a la dictación del fallo de inconstitucionalidad acerca del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, Rol N°1710-10. INC.

38 Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín N° 3815-07.

ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. [...] Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima".

Si bien el precepto referido no permite ni está destinado a hacer una valoración de las leyes vigentes, sí da una interesante pauta acerca del modo de entender en Chile lo que constituye discriminación o diferencia arbitraria, concepto que aparece presente en nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 2, pero que encuentra diversas interpretaciones. A este respecto, aparecen importantes, a nuestro juicio, tres claves de la redacción ya citada:

a) El precepto reconoce el criterio ya citado en este trabajo y muchas veces referenciado en la jurisprudencia constitucional local y comparada, en el sentido que toda distinción, exclusión o restricción respecto de los derechos de una persona en relación con otras y respecto de situaciones similares debe gozar de un fundamento razonable y eso es carga del legislador. Sin duda, y al efecto compartimos las prevenciones y disidencias efectuadas en el fallo comentado, el hecho que la ley se corresponda con restricciones o exclusiones históricas y acendradas en la sociedad chilena no la hace, por ello, razonable.

b) En segundo término, y siguiendo lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental, se asocia la posibilidad de discriminación arbitraria con una afectación de los derechos contenidos en la Carta, pero también reconocidos por los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, tratados que, a la vez, reconocen interpretaciones jurisprudenciales de los organismos encargados de aplicarlos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus interpretaciones acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todo lo cual referencia la construcción de un bloque de constitucionalidad aplicable en materia de discriminación

arbitraria.[39] Sin duda, esta realidad resulta muchas veces resistida por los tribunales acostumbrados a aplicar sólo la normativa nacional, pero es una realidad que cada día se hace más presente, cada vez que se trata la temática del conflicto real o aparente de derechos.

c) Finalmente, el artículo 2° ya citado hace una enumeración de las figuras que se pueden reconocer como de discriminación arbitraria – sospechosas, al decir de algunos fallos citados en este trabajo -, al establecer que la comisión de actos discriminatorios cuando las distinciones efectuadas "se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".

La referencia a la orientación sexual y la identidad de género no es menor en la ley revisada, ya que precisamente por no haber referencia constitucional expresa a ambos aspectos, ha sido muy común desconocerlos como prerrogativas del ser humano o incluso reconocerlos en apariencia, para en realidad penalizarlos.

## 2. Connotaciones del régimen matrimonial chileno en relación con los derechos fundamentales de las personas

Como se explica en los votos concurrentes de los ministros del Tribunal Constitucional, el modelo establecido por la Ley N° 19.947 difiere del modelo legal que originalmente se compatibilizaba con la Constitución de 1980, el cual inextricablemente asociaba la existencia de la familia a la existencia de un matrimonio entre los padres correspondientes. Hoy, el artículo 1° de dicha ley, si bien reproduce el texto constitucional "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad", agrega luego que "el matrimonio es la base principal de la familia", lo que equivale a decir que el legislador privilegia el matrimonio como institución generadora de la familia, pero no lo considera una fuente ex-

39 Tribunal Constitucional, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995: "[...] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. "Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional".

clusiva y a ello corresponde la conceptualización de diversos tipos de familia, ya planteada en la Conferencia de Beijing de 1995.[40]

De este modo, las limitaciones o condicionamientos para contraer matrimonio no impiden que las parejas puedan constituir una familia, prescindiendo de tal institución, lo cual remarcan también los ministros concurrentes al fallo de mayoría ya revisado. Sin embargo, resulta interesante preguntarse, en la perspectiva social y no jurídica, si alguna vez hubo duda sobre este particular mucho antes de la dictación de la ley actual y si el problema de las limitaciones aludidas radica en realidad en una aparente imposibilidad para formar una familia. Probablemente la razón de la discusión no es ni ha sido ésa, si bien los cambios legislativos importan reconocer una cierta interpretación diversa acerca de lo que es la familia, sus fundamentos y la identidad de sus integrantes.

En consecuencia, si no es en realidad la posibilidad de formar una familia la que está coartada por la redacción ya citada del artículo 102 del Código Civil, ¿cuál sería la aparente vulneración que representaría? A nuestro entender la discusión se centra en tres aspectos:

> a) El primero radica, sin duda, en las dimensiones morales del tema. Con excepción del voto disidente del ministro señor Vodanovic, el resto de las elaboraciones jurídicas vertidas por los sentenciadores omiten mencionar la carga moral que representa para una persona que su opción sexual la excluya de contraer un vínculo que es la base principal de la familia.[41] Es cierto que tal cosa no le impide formar una, pero se halla impedida de adoptar la forma más representativa y socialmente aceptada de establecer un vínculo estable con otro ser humano, fundando dicho vínculo en el afecto y en la voluntad de vivir juntos. Es perfectamente posible fundamentar que ello se debe al fin procreativo de la familia, impedido desde el punto de vista biológico a dos personas del

40 Chiarrotti, Susana, "La situación jurídico social de las mujeres. A 5 años de Beijing": "Como avances se admitió que hay diversas formas de familia y el derecho de todas a recibir protección y apoyo amplios", página??

41 "Este es el caso de los homosexuales, a los cuales, como vimos, tanto la Constitución como las normas internacionales de derechos humanos vedan el acceso al matrimonio. Esto no implica, como poníamos de manifiesto, discriminación alguna, por cuanto la diferencia de trato se encuentra justificada por una razón: la esterilidad intrínseca a estas uniones, además de la ausencia del componente de célula social generadora de estabilidad para el conjunto social": en Nuevo, Pablo, "Reflexiones constitucionales a propósito del llamado matrimonio homosexual", *Díkaion*, Universidad de La Sabana,. Agregar el comienzo de comillas a la cita

mismo sexo, pero si consideramos que el estatuto legal vigente contempla la posibilidad de considerar perfectamente válidos a matrimonios no consumados o sin voluntad alguna de procrear o la imposibilidad de hacerlo, parece ser que la base del impedimento, más que procreativa, tiene una raigambre moral/religiosa, manifiesta en el sistema de creencias de varias religiones, pero que aparece hasta cierto punto soslayada en la concepción de orden público de un estado laico.

Si ese orden público implica algún tipo de reproche a la conducta homosexual, el cual derive lógicamente en el impedimento de poder optar por una institución como el matrimonio, como por ejemplo actuar *contra natura*, o si por el contrario, se estima que la opción homosexual representa algún tipo de desviación que afecte la capacidad intelectiva y/o volitiva del sujeto, por lo cual no está en condiciones de contraer un vínculo como el matrimonio, tal cosa debe expresarse claramente como el fundamento que justifica la mantención del matrimonio en la perspectiva de la heterosexualidad, asociada con la capacidad de los contrayentes y con la licitud de su conducta, en una perspectiva de los grandes valores del Estado y de la sociedad civil.[42]

Sin embargo, tal decisión pro transparencia del trasfondo de las limitaciones o condiciones del matrimonio civil representa no sólo una explicitación de las motivaciones estatales, sino que también exige responsablemente hacerse cargo de la elaboración efectuada en torno a la igualdad y no discriminación, que incluye enfoques de género y elaboraciones en torno a la opción e identidad sexuales, pues tal elaboración parte del camino contrario, es decir, considera que ambos elementos son parte de la esfera de autonomía y libre desarrollo de la personalidad del ser humano, por lo cual no podría a la vez considerárselas demostraciones de una conducta reñida con los valores constitucionales o demostrativa de un cierto tipo de incompetencia jurídica.[43]

42 Amich, Cristina, "Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos", *Foro, Nueva época,* núm. 5/2007: 199-219: "[...] el que no consideremos la homosexualidad una aberración, inmoralidad, pecado o enfermedad no quiere decir que tengamos la respuesta sobre en qué consiste ser *gay*, sobre cuáles son sus rasgos definitorios; es más, tampoco tienen la respuesta esas consideraciones negativas y/o simplistas a las que aludíamos, las cuales han intentado, en ocasiones, establecer líneas que separan los sentimientos de las prácticas, las privacidades de las influencias públicas, para adelantar o retraer las líneas que demarcan lo condenable de lo permitido".

43 Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 española: «*La promoción de la igualdad efectiva de los ciudada-*

Así, lo que no puede pasar en un estado democrático es que, por una parte, se reconozca un derecho o se suscriban tratados internacionales que derivan en su configuración, lo cual supone que tal derecho se ha de vincular armoniosamente con los demás, pero a la vez a quienes lo ejercen se les reprenda, reproche o se excluya del ámbito de la *normalidad*. Ello sólo indica que no existe tal derecho, que probablemente se lo ha tolerado por razones políticamente correctas, pero que en la realidad no está situado en un ámbito de protección sino de mera existencia formal, lo cual puede ser una decisión del colectivo, pero que sólo es admisible en la medida que sea capaz de autojustificarse y que sea compatible con la dignidad y otros principios constitucionales.

b) La segunda premisa refiere a los eventuales daños que pueden significar para la sociedad o para terceros la posibilidad de introducir un cambio en el régimen matrimonial vigente, lo cual exige por parte del sentenciador constitucional el uso de criterios de ponderación para examinar dos juegos de materias: En primer término, los perjuicios de la exclusión de las personas del mismo sexo respecto de la institución matrimonial (como podría serlo el considerarlos víctimas de discriminación arbitraria) versus los beneficios sociales de mantener el matrimonio exclusivamente para hombre y mujer, asociado así a los roles tradicionales de la sociedad occidental, a la posibilidad procreativa y a la consideración de una conducta sexual *normal*; en segundo término, los beneficios de abrir el matrimonio y sus consecuencias a todas las personas, sin distinciones, versus los perjuicios que ello podría irrogar al resto de la sociedad y, particularmente, a quienes debieran vivir bajo ese formato generador de familia, esto es, hijos generados por medio de técnicas de fecundación artificial, hijos de uno de los cónyuges o hijos adoptados.[44]

*nos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere(art. 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano en una sociedad pluralista y abierta».*

44 Scala, Jorge, "Uniones homosexuales y derechos humanos", Universidad de La Sabana, ".. Los niños son personas y no cosas, motivo por el cual tienen completa su dignidad humana. Están fuera del comercio, no se pueden comprar ni vender, y mucho menos "regalar". Otorgarles a las "parejas homosexuales" la posibilidad de adoptar niños es una de las formas perversas de prostituir el noble instituto de la adopción. Y ello por una razón lapidaria: quienes por elección vital libre decidieron llevar un estilo

Nuestra impresión es que el fallo de mayoría, si bien no aborda estas posibilidades, debió hacerlo. El punto no estriba, según lo vemos, en si la sociedad occidental consideró siempre el matrimonio como una unión entre hombre y mujer[45] y así ha perseverado en la ley civil, como tampoco debe centrarse en las condenas u objeciones religiosas que son aplicables a quienes abrazan dichas concepciones, sino que requiere un examen que, independientemente de sensibilidades, de simpatías o antipatías, analice, revise y pondere con una adecuada capacidad de tasación jurídica, los daños y los beneficios de mantener las cosas como están o de modificarlas. Ello no es una atribución exclusiva del legislador, particularmente cuando se pretende impugnar un régimen matrimonial tradicional sostenido por mucho tiempo y establecido en una época en que los poderes públicos no se sentían requeridos de dar cuenta o justificación de sus actos, pues a menudo operaban sobre una *imago mundi* extremadamente homogénea y sostenida por visiones morales y religiosas. Así, los aparentes conflictos u objeciones a una puesta en escena o a otra dejan de ser un *backstage* de la realidad y pasan a argumentarse sobre la base de criterios omnicomprensivos de ésta, que es lo que se espera de un desarrollo de los derechos fundamentales del Siglo XXI y que nos parece sólo puede emanar, en una materia como ésta, del sentenciador constitucional.

c) En tercer y último lugar, un aspecto que debe también traerse a la palestra a la hora de discutir este tipo de pretensiones, refiere a si la igualdad fundamental entre los seres humanos implica el reconocimiento a amplios espacios de autonomía y de determinación del plan de vida, u opera en un sistema más bien acotado, en el cual estas demostraciones de liberalidad se traducen en manifestaciones autónomas no penalizadas más que en escenarios de ejercicio de los derechos. Sobre la realidad de la decreciente posibilidad de intervención estatal de las conductas humanas y en la lenta desgravación de muchas de ellas, algu-

de vida que los hace absolutamente incapaces de procrear, por esa misma decisión se autoexcluyeron de la crianza y educación de otros niños por vía de la adopción. Quien elimina la paternidad y maternidad biológicas de su propia vida, conviviendo y manteniendo relaciones genitales con personas de su propio sexo, se ha autoexcluido de la crianza y educación del niño que quiso –positiva y definitivamente– no engendrar ni concebir".

45 Ello derivado del Derecho Canónico, cuya fundamentación es muy rica e implica un desarrollo de muchos siglos.

nos consideran que podríamos estar en presencia de un genuino reconocimiento a la identidad y a la decisión autónoma del sujeto, mientras otros sólo visualizan tal realidad como la demostración del retraimiento de la capacidad punitiva del Estado, lo cual no representa legítimas expectativas de configurarse como un derecho.

El tema tiene que ver con las legítimas o ilegítimas expectativas que tales decisiones generan. Si una conducta que, en efecto, era sancionada penalmente, se va atenuando primero, llega a no ser delictiva después y se dota en un instante siguiente de reconocimientos formales a la libre decisión de desarrollarla: ¿no parece lógico que el beneficiado con este cambio social abrigue las esperanzas o incluso desarrolle una convicción respecto a que ha de tener, entonces, acceso a todas las demás prestaciones, perspectivas, instituciones, contratos y modos de vida a los que los demás siempre tuvieron derecho? ¿No podría considerar que las mismas razones de un cambio de tratamiento justifican y hasta demandan un cambio de tratamiento en todos los demás aspectos del ejercicio y reconocimiento de sus derechos?

### 3. ¿Matrimonio homosexual? Una decisión constitucional

La posibilidad de establecer un matrimonio homosexual o de personas del mismo sexo, en condiciones iguales o similares al régimen matrimonial hoy vigente en Chile, no es una discusión legislativa ni menos será resuelta por los tribunales ordinarios de justicia. Constituye un examen de constitucionalidad que, dejando de lado motivaciones políticas o intereses sectoriales, se aboque a aspectos tales como los que hemos mencionado: la calificación o neutralidad de la homosexualidad en relación con un orden público de valores sociales; la ponderación de los eventuales perjuicios o beneficios de establecer esta posibilidad y la consideración de la situación matrimonial de este tipo de parejas en relación con el reconocimiento de derechos individuales que se han establecido respecto de sus miembros, particularmente en las instancias internacionales.

El desconocimiento de esos elementos de discusión de fondo hará girar esta problemática en torno a criterios históricos, religiosos o de mera reivindicación, lo cual da como resultado decisiones jurisprudenciales que tratan tangencialmente el problema, pero que no abordan la realidad que tiene como trasfondo, la implacable exigencia de igualdad del mundo contemporáneo y

la necesaria fundamentación que ha de desarrollarse para sostener razones o normativas que implican condiciones o exclusiones.

La mantención de los esquemas tradicionales en aspectos tan relevantes como el derecho de familia exige hoy, mucho más que ayer, una adecuada explicación que, aunque no sea compartida por todos, represente un genuino esfuerzo de someterse a parámetros constitucionales estrictos. De lo contrario, los esquemas conocidos están inevitablemente condenados a la calificación de arbitrarios y los que postulan cambios radicales, los buscarán desde la perspectiva de la falta de respuesta y de la simplificación, lo cual equivale al reino de la autotutela y del juego suma-cero carcomiendo la institucionalidad vigente.

# EL MATRIMONIO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Rodolfo Figueroa G.*[1]

**Resumen**

En el fallo del Tribunal Constitucional relativo al matrimonio, algunos ministros sostuvieron diversos argumentos para oponerse a que personas del mismo sexo se puedan casar: que el matrimonio siempre ha sido entre un hombre y una mujer; que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; que los fines del matrimonio son varios, entre ellos, la procreación, de modo que la ley debe reservar el matrimonio a las parejas de distinto sexo; que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio e impide que se puedan casar personas de mismo sexo; que este impedimento se debe a las diferencias naturales entre hombre y mujer; que la familia constituida tradicional es esencial para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo. Estos argumentos no hacen ningún sentido y más bien son reflejo de estereotipos y prejuicios discriminatorios basados en una cierta valoración negativa respecto de la homosexualidad. Además, el impedimento jurídico de casarse para las personas del mismo sexo constituye una discriminación arbitraria y es, por ende, inconstitucional. El requerimiento que motiva el fallo contiene defectos que frustran su objetivo, al suponer que el artículo 102 del Código Civil constituye una norma prohibitiva cuya remoción permite casarse a las parejas del mismo sexo. El artículo 102 es una norma constitutiva cuya remoción impide el matrimonio.

1 Doctor y Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Agradezco los comentarios de los ayudantes Belén Saavedra y Francisco Cañas, que mejoraron esta versión.

## 1. Introducción

Este trabajo tiene por finalidad examinar y formular comentarios críticos sobre los argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo que explicitaron algunos ministros del Tribunal Constitucional[2](en lo sucesivo, el TC) en su sentencia dictada respecto de un requerimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago[3] que indagaba sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, en cuanto solo permite que contraigan matrimonio personas de sexo distinto.

El requerimiento se formuló en el contexto de un recurso de protección[4] en el cual varios recurrentes accionaron en contra del Oficial del Registro Civil, por haberse negado a celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, en un caso; haberse negado a inscribir un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, en otro caso; y haberse negado a convalidar un matrimonio también celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, en un tercer caso. En el referido recurso de protección, los requirentes solicitaron a la corte declarar arbitrario el proceder del funcionario del Registro Civil y ordenar se procediera a celebrar los matrimonios y a inscribirlos, según correspondiere. El argumento fue que la negativa a hacerlo implicaba una discriminación arbitraria prohibida por el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República (en adelante, la Constitución).

En este contexto, la Corte de Apelaciones, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 93 inciso 10° de la Constitución, solicitó al TC, como medida para mejor resolver, "[...] un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del presente recurso de protección [...]"[5]Casi un año después de presentado el requerimiento, el TC dictó su sentencia, que ahora se comenta.

2 Tribunal Constitucional, Rol 1881-10-INA, del 3 de noviembre de 2011.

3 Corte de Apelaciones de Santiago, Oficio N° 917-2010, del 21 de diciembre de 2010.

4 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8787-2010, del 20 de noviembre de 2010.

5 Ver nota 2.

## 2. El fallo del TC

### 2.1. La decisión

En primer lugar, me interesa comentar la decisión del TC, que rechaza el requerimiento declarandolo siguiente: "SE RESUELVE: QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO."

La pregunta que cabe formular aquí es: ¿hubo un requerimiento? Un requerimiento consiste en solicitar al TC que declare inaplicable un precepto legal por ser inconstitucional en su aplicación en un caso concreto.[6]Como vimos en la introducción, la Corte solicitó al TC "[...] un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil [...]" La Corte formuló una pregunta al TC sobre si el artículo 102 era aplicable o inaplicable. Esto no es formalmente un requerimiento. Más aun, la LOC del TC solo le permite determinar qué preceptos son inaplicables, no qué preceptos son aplicables.[7]

Por tanto, la decisión del TC no puede ser el rechazo porque implica rechazar una pregunta. En vez de tomarla como tal, el TC consideró la pregunta de la Corte de Apelaciones como un requerimiento de inaplicabilidad, lo que no era. Así las cosas, el error radicó en la Corte de Apelaciones, que no se ajustó a las normas de la ley orgánica del TC. Al TC no se le hacen preguntas; se le dirigen peticiones de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad, pero no se lo puede tratar como un órgano consultivo. Por su parte, el TC también yerra con su respuesta: debió haber declarado inadmisible la pregunta de la corte.[8]

### 2.2. El fundamento del TC

El TC decide rechazar este supuesto requerimiento por tres razones. En pri-

6 Artículo 80 de la LOC del TC. "El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas".

7 Ibíd., artículo 89. "La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución."

8 De hecho, el ministro Bertelsen y la ministra Peña votaron en contra de la resolución que declaró admisible el requerimiento. Ver resolución de 26 de enero de 2011. Agradezco esta referencia a Francisco Cañas.

mer lugar, por una razón formal: no se especifica el vicio de constitucionalidad. Dice el TC:

> el requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago no indica de modo explícito el vicio de constitucionalidad que se produciría en la aplicación del artículo 102 del Código Civil en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha planteado su inaplicabilidad[...][9]

En segundo lugar, por una razón estructural competencial: el matrimonio es una materia de reserva legal, que debe regular el legislador, no el TC. Dice el tribunal: "[...]los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional."[10]

En tercer lugar, el TC rechaza el requerimiento por "falta de idoneidad de la inaplicabilidad en el presente caso."[11] Aclara el TC que no puede acoger la acción porque con ella se pretende que el TC modifique la normativa del matrimonio en Chile, algo que es de competencia del legislador. Afirma el TC que lo que pretende el requerimiento es:

> [...] que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad.[12]

9 Tribunal Constitucional, Rol 1881-10-INA, del 3 de noviembre de 2011, considerando segundo.

10 Ibíd., considerando séptimo.

11 Ibíd., Sección III del fallo.

12 Ibíd., considerando noveno.

Además, el TC estima que el precepto impugnado, el artículo 102 del Código Civil, no es decisivo para la gestión pendiente, pues en ella participan también quienes se han casado en el extranjero, a quienes son aplicables otras normas, como el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, no aludido en el referido requerimiento.[13]

Por tanto, tenemos tres razones formales para rechazar el supuesto requerimiento: i) no se indica el vicio en el requerimiento, ii) no tiene competencia el TC para legislar en la materia (reserva legal) o para hacer lo que en el fondo se pide, dice el TC, que es sustituir la normativa por otra, y iii) el artículo 102 del Código Civil no es decisivo para la gestión pendiente, pues se aplica el 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

El TC tiene razón en los casos i) y iii). Ello se debe a que el supuesto requerimiento de la Corte no es en verdad un requerimiento sino una pregunta, la que, como tal, es escueta y no abunda en los vicios de constitucionalidad ni alude a todos los preceptos cuya aplicación sería inconstitucional en el caso concreto. Sin embargo, las razones i) al iii) deberían haber servido para una declaración de inadmisibilidad, pero no para rechazar en el fondo.

¿Qué ocurre con la razón ii)? No parece tener razón el TC en ese caso, pues no se le está pidiendo legislar sobre una nueva forma de matrimonio, permitiendo de matrimonio de parejas de un mismo sexo. Esa declaración del TC resulta sorprendente. Lo que se le pide al TC, si asumimos que estamos frente a un requerimiento, es que declare inaplicable (por inconstitucional) el artículo 102 del Código Civil, por ser discriminatorio al permitir solo el matrimonio entre parejas de distinto sexo, y no entre parejas del mismo sexo.

De todas formas, si el requerimiento se hubiese presentado en forma, el asunto no sería simple. Si el TC declarara inaplicable el artículo 102 del Código Civil y su sentencia (más allá de cómo la Corte debe resolver el recurso de protección) se dirigiera directamente al Oficial del Registro Civil, ¿cómo debe proceder el Oficial del Registro Civil?

La teoría analítica distingue las reglas regulativas y las constitutivas.[14]Las primeras son aquellas que regulan hechos brutos, que son aquellos que son inteligibles con prescindencia de reglas. Ej: reglas penales que describen el homicidio, las lesiones, etc. Las segundas, en cambio, son aquellas reglas que regulan los denominados hechos institucionales, que son hechos que sólo

13 Ibíd.

14 Ver Searle, John, *Actos de habla*, (Planeta-Agostini) 1994, pp. 58-61.

existen como tales en virtud de las reglas, es decir, sin estas aquellos no existen. Son instancias de ello las reglas de los juegos, las reglas técnicas que indican cómo celebrar contratos, algunas reglas de competencia, etc.Por ejemplo, un gol es un hecho institucional. Sin las reglas del fútbol, una persona puede pasar una pelota entre tres postes, pero eso no es un gol o no vale como tal.[15]

El matrimonio civil es un hecho institucional. Esto significa que solo existe como tal en virtud de la regla que lo constituye jurídicamente. En consecuencia, el artículo 102 del Código Civil es una regla constitutiva sin la cual no es posible (jurídicamente) casarse.

La lógica del requerimiento de inaplicabilidad supone que el artículo 102 es una norma prohibitiva cuya ausencia (generada por la inaplicación) produciría un espacio de permisión. Así, removida dicha prohibición, personas del mismo sexo sí se podrían casar. Sin embargo, esto es un error. La ausencia de normas constitutivas no genera espacios de permisión. Más bien, ella genera una situación de imposibilidad jurídica. Lo explica Alexy con claridad: "[L]as acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas".[16]

Y agrega este mismo autor: "El acto jurídico o la acción jurídica institucional de la celebración del matrimonio se vuelve jurídicamente imposible si se eliminan las normas del derecho matrimonial".[17]

Por tanto, si se declarara inaplicable el artículo 102 para la gestión pertinente, eso no habilitaría a los interesados a casarse. Al contrario, les impediría casarse porque no habría una norma que lo posibilitara jurídicamente. Quizá los interesados podrían celebrar algún tipo de contrato innominado,[18] que regulara deberes entre los contrayentes, entre otros aspectos, aplicando las reglas generales, pero no podría ser jurídicamente un matrimonio.

En consecuencia, si dos personas del mismo sexo quieren casarse, la estrategia jurídica no puede ser solicitar la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, porque esa norma constitutiva es necesaria para la celebración del matrimonio. En vez de ello, lo que deberían hacer es impugnar una parte

15 De lo contrario, sería fácil ganar partidos convirtiendo goles una vez que el partido ya haya concluido.

16 Alexy, Robert., *Teoría de los derechos fundamentales*, (CEC) 1993, p. 190.

17 Ob. cit, p. 191.

18 Ver Cox, Francisco, "El matrimonio entre homosexuales", en *Revista de la Academia de Derecho*, 3, (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales) 1994.

del referido artículo 102, la que dice "un hombre y una mujer".[19] De esta forma, el estatuto matrimonial subsiste, pero sin estar limitado a personas de distinto sexo.

## 3. Los argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo

Esta sección expondrá los diversos argumentos esgrimidos, por parte de algunos ministros, para rechazar el requerimiento y/o para estimar que no debe permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo.

### 3.1. El matrimonio solo para personas de distinto sexo no es discriminatorio

Este no es, evidentemente, un argumento en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí es una postura para rechazar el requerimiento. Esta posición es suscrita de manera explícita por los ministros Bertelsen, Venegas, Navarro y Aróstica, y es supuesta por la ministra Peña.

Según el desarrollo del ministro Bertelsen, el Código Civil no incurre en una discriminación arbitraria al permitir casarse solo a personas de distinto sexo porque el principio de igualdad permite tratar distinto lo que es diferente y las parejas del mismo sexo son diferentes a las de distinto sexo.[20] Otra forma de decirlo es afirmar que no se produce una discriminación porque el principio de igualdad permite instituir diferencias justificadas y, en el caso del matrimonio, la diferencia está justificada porque el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer. ¿Por qué sería correcto limitar el matrimonio al hombre y la mujer? El ministro Bertelsen proporciona varias razones:

a) En primer lugar, el matrimonio siempre ha sido entre un hombre y una mujer. Para justificarlo, el ministro Bertelsen cita a Modestino, Las Partidas y el discurso de un español en su incorporación a una Academia.[21]

Este argumento lo podemos denominar "argumento basado en la tradición". Según este, las cosas deben ser de cierta manera porque siempre han sido así. Este argumento no es aceptable. De hecho, no es un argumento sino una posición: dice lo que debe ser, pero no proporciona razones. El ministro Vodanovic lo señaló con elocuencia:

19 Idea sugerida por Francisco Cañas.

20 Tribunal Constitucional, op.cit., Voto del Ministro Bertelsen, considerando 3.

21 Ibíd., considerando 4.

> Desde luego, procede descartar el razonamiento circular de que ello es así porque debe serlo y siempre lo ha sido. Tal aseveración simplemente nada explica. En definitiva, se aprecia la inexistencia de una justificación racional[...][22]

Desde la lógica, dicha posición no es aceptable: del hecho que algo sea o haya sido de cierta manera no se sigue, lógicamente, que deba ser así o que deba seguir siendo así. Los filósofos analíticos dirían que vulnera el axioma de Hume.[23] Pasemos al segundo argumento.

b) En segundo lugar, la doctrina también ha entendido que el matrimonio es solo para parejas de distinto sexo, señala el ministro Bertelsen, citando a Somarriva.[24]

Este argumento tampoco puede aceptarse porque, en rigor, tampoco se trata de un argumento, sino más bien de una aseveración referente a cierta doctrina. Como tal, es un hecho y la deducción que de él se pretende hacer también vulnera el axioma de Hume.

c) En tercer lugar, el ministro Bertelsen presenta el siguiente argumento: la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como prescribe la Constitución, y el matrimonio es la base principal de la familia, como establece a su vez la Ley de Matrimonio Civil.[25]

Este argumento no es coherente pues una pareja del mismo sexo también podría constituir una familia y casarse si la ley lo permitiera. En los hechos, estas parejas constituyen familias. Entonces, el argumento no se entiende. Para que tenga sentido, es necesario suponer que la única manera de constituir una familia es mediante un matrimonio entre personas de distinto sexo. De igual manera, este argumento supone que solo se puede reconocer una única forma de familia, la integrada por un matrimonio

22 Ibíd., Voto del Ministro Vodanovic, sección 5.

23 El axioma de Hume es aquel que señala que de un conjunto de proposiciones puramente descriptivas no se puede derivar, lógicamente, una proposición prescriptiva; más brevemente, de un ser no se sigue lógicamente un deber ser. Este axioma se formula en una sección del *Tratado de la Naturaleza Humana*. En la versión española de Félix Duque, el volumen 2, pp. 689-690. Sobre las disputas en torno al referido axioma y distintas lecturas y versiones del mismo, ver Hudson, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, (Alianza Editorial), pp. 237-251.

24 Tribunal Constitucional, op. cit., Voto del Ministro Bertelsen, considerando 5.

25 Ibíd., considerando 6.

de personas de distinto sexo. Pues bien, si se está discutiendo acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, no se puede presentar un argumento que supone precisamente aquello que se debe probar. Veamos el cuarto argumento.

d) Los fines del matrimonio incluyen, entre otros, la procreación. Por ende, está bien que la ley reserve el matrimonio a las parejas de distinto sexo, señala el ministro Bertelsen.[26] En este punto, también acompañan al ministro Bertelsen los ministros Venegas, Navarro, Aróstica y la ministra Peña. Este argumento debe rechazarse; de hecho, resulta sorprendente que gente instruida lo mencione. Es evidente que el precepto legal (art. 102) no condiciona la celebración del matrimonio al cumplimiento de los fines allí señalados precisamente porque lo primero antecede lógicamente a lo segundo. En segundo lugar, el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 102 no es un requisito para la celebración del matrimonio porque de ser así se impediría a parejas infértiles casarse y sabemos que esto no ocurre. En tercer lugar, esos fines tampoco son una condición de subsistencia del matrimonio; eso demandaría que, transcurrido un cierto tiempo posterior a la realización del mismo, se verificara el cumplimiento de los fines y se invalidara aquellos matrimonios que no los hubieren cumplido. Sabemos que eso tampoco es posible. Es efectivo que la ley asigna fines al matrimonio, pero no debemos concluir que quienes no pueden cumplirlos no pueden casarse.

En cuarto lugar, debe decirse que lo que se impugna en este caso es precisamente el diseño institucional del matrimonio: el artículo 102. Por tanto, no puede responderse esa impugnación invocando el precepto impugnado, porque el parámetro de constitucionalidad no puede ser una ley.[27] El reclamo de constitucionalidad consiste en acusar de discriminatoria a la ley por definir una institución y fijarle fines que solo algunas personas/parejas puedan cumplir. ¿Qué sentido tiene responder ese reclamo de constitucionalidad invocando la misma institución y fines impugnados?

Consideremos ahora el quinto argumento que presenta el ministro Bertelsen.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el dere-

26 Ibíd., Voto del Ministro Bertelsen, considerando 6.

27 Lo señala expresamente el TC: "El parámetro de referencia que tiene el Tribunal Constitucional al emprender esta tarea es única y exclusivamente la Constitución [...] Las leyes, en consecuencia, no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante", sentencia Rol 1284, del 24 de septiembre de 2009, considerando sexto. Agradezco esta referencia a Francisco Cañas.

cho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.[28] Este argumento (también esgrimido por la ministra Peña) tampoco hace el menor sentido. Que el Pacto reconozca el derecho de un hombre y una mujer a casarse no significa que niega ese derecho a las demás personas o que lo prohíbe. Las prohibiciones deben ser explícitas. Por ejemplo, el Pacto no declara que las personas tengan derecho a divorciarse. ¿Significa que el Pacto prohíbe el divorcio? Tampoco alude el Pacto al derecho a procrear. ¿Significa que el Pacto prohíbe la procreación? Es evidente que no y por eso debe desecharse esta referencia impertinente al derecho internacional. Veamos el sexto argumento.

f) Hombre y mujer son diferentes. La permisión del matrimonio solo a parejas de distinto sexo se funda en las diferencias entre hombre y mujer, señala el ministro Bertelsen.[29] Este argumento también lo defienden los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, quienes afirman que existen diferencias naturales entre hombres y mujeres. Por eso, no es discriminatorio no permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo.

Este argumento tampoco se sostiene. Quienes exigen la existencia del matrimonio para personas del mismo sexo no dicen que hombres y mujeres sean iguales ni su pretensión requiere que lo sean. La discusión no se refiere a si hombres y mujeres son iguales sino si las parejas de distinto sexo y las del mismo sexo deben ser performativa e institucionalmente iguales y tener los mismos derechos. En esta parte, el ministro Bertelsen suscribe un entendimiento del principio de igualdad que es inaceptable pero que ha sido defendido con anterioridad. En efecto, cuando se discutía en Chile el proyecto de igualdad de cultos, la Iglesia Católica se opuso a terminar con la diferencia entre las iglesias,[30] afirmando que el principio de igualdad exigía tratar de manera diferente a lo que es diferente: como la Iglesia Católica es diferente a todas las demás iglesias, debía tener un estatuto jurídico diferente.

Este argumento es absurdo y mal entiende el principio de igualdad. Cuando el principio de igualdad prescribe que se debe tratar igual a los iguales, no está suponiendo que existan personas o situaciones fácticamente iguales; y cuando prescribe tratar de forma diferente lo que es diferente, no significa

28 Tribunal Constitucional, op.cit., nota 8, Voto del Ministro Bertelsen, considerando 7.

29 Ibíd., considerando 8.

30 La Iglesia Católica defendió su postura en un inserto publicado en el diario *El Mercurio*, de fecha 27 de mayo de 1999, a nombre de la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal de Chile.

que haya que tratar diferente a quienes sean fácticamente diferentes. Ninguna persona, institución o grupo es fácticamente igual a otro. Por tanto, si mal entendemos el principio de igualdad de la manera antes señalada, como lo entendió la Conferencia Episcopal y el ministro Bertelsen, entonces la primera parte del principio de igualdad no se aplicaría nunca, solo la segunda; y, como todos son distintos entre sí, no existiría un mismo trato para nadie. La ley, como normativa de carácter general aplicable a grupos o categorías de personas, sería inconcebible.

Pero ese no es el único problema. Dicha forma de entender el principio de igualdad permite justificar cualquier discriminación. ¿Deben las personas negras tener los mismos derechos que las blancas? El entendimiento del principio de igualdad que suscribió la Iglesia Católica en su momento y que revive ahora el ministro Bertelsen indicaría que, no cabiendo duda que blancos y negros son distintos, por tanto, no deben tener los mismos derechos. ¿Deben tener las mujeres los mismos derechos que los hombres? No, porque son distintos. ¿Deben tener las parejas del mismo sexo los mismos derechos que las de distinto sexo? No, porque son distintas.

Con esta lógica, podemos negar los mismos derechos, o sea, discriminar a negros, mujeres y homosexuales. Estos ejemplos permiten comprobar que un entendimiento errado del principio de igualdad permite justificar cualquier discriminación, precisamente porque nadie es igual a otro.[31] Descartamos así el argumento de que el artículo 102 no es discriminatorio porque se funda en diferencias naturales entre personas. Concluimos también la revisión del primer argumento en contra de permitir el matrimonio para personas del

31 El principio de igualdad supone que todos son fácticamente distintos entre sí y, por tanto, exige determinar si ciertas diferencias fácticas son relevantes de ser consideradas en relación con los propósitos y ámbito de una ley en particular para decidir si se proporciona un mismo trato a ciertos grupos o un trato distinto. Por ejemplo, no cabe duda que ricos y pobres son muy diferentes en muchos aspectos, pero dichas diferencias no se consideran relevantes al diseñar un estatuto legal de derechos civiles. Así, tanto ricos como pobres tendrán iguales derechos políticos. Pero al diseñar un estatuto tributario, las diferencias de ingresos sí son relevantes y se dará un trato formalmente diferenciado, en el sentido de que unos deberán pagar más impuestos que otros. La riqueza o pobreza no es relevante para definir derechos políticos pero sí para fijar cargas tributarias. Cuando el principio de igualdad exige tratar igual a los iguales, está señalando que se debe tratar igual a aquellos que, siendo diferentes, tienen diferencias que no son relevantes para los efectos de la ley, por lo que se les debe equiparar. Y cuando el referido principio exige tratar diferente a los que son diferentes eso significa tratar de modo distinto a aquellos que, siendo diferentes, muestran diferencias fácticas que sí son relevantes de ser reconocidas para los propósitos de la ley.
Esta explicación permite advertir lo complejo que es el principio de igualdad porque demanda, para cada ámbito de que se trate, determinar si las diferencias fácticas existentes entre las personas son relevantes de ser consideradas o no. Ver Figueroa, Rodolfo, "Igualdad y discriminación", en Igualdad, libertad de expresión e interés público, *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Serie de Publicaciones Especiales, 10. (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales) 2000, pp. 20-21.

mismo sexo. Veamos ahora el segundo.

### 3.2. Las funciones de la familia y del matrimonio

Un segundo argumento en contra de permitir que se casen personas que tienen el mismo sexo está relacionado con las funciones de la familia y el matrimonio. La ministra Peña presenta este argumento, que básicamente consiste en que personas del mismo sexo no pueden cumplir dichas funciones. Veremos ahora las distintas aristas de este argumento:

a) En primer lugar, la ministra Peña afirma que la familia cumple una serie de funciones:

> una función de equidad generacional, caracterizada por la promoción de la solidaridad diacrónica entendida como la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes. En segundo lugar, la función de transmisión cultural, pues se considera que la familia natural educa en la lengua, las costumbres, las creencias religiosas, las formas de relación legitimadas socialmente y el trabajo. En tercer lugar, la función de socialización, que alude a la provisión de los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio, pues se tiende a coincidir en su apreciación como una comunidad, inserta en una red de comunidades. En cuarto lugar, cumple una función de control social, pues transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas, con la observancia de preceptos que involucran asumir responsabilidades de interés colectivo y con la adscripción a códigos morales que promueven la virtud. En quinto lugar, cumple una función de afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral.[32]

Habiendo citado esas cinco funciones, la ministra Peña agrega que el matrimonio entre un hombre y una mujer es la base de la familia pues muchas de las funciones atribuidas a esta se relacionan con los fines asignados al ma-

32 Tribunal Constitucional, op. cit., voto de la Ministra Peña, considerando 2.

trimonio por el Código Civil, particularmente la procreación.[33] Por tanto, esto excluye el matrimonio de personas del mismo sexo.

¿Qué fuerza tiene este argumento? En primer lugar, afirmar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad no constituye un argumento en contra del matrimonio de personas del mismo sexo, por varias razones:

> i) Porque personas del mismo sexo pueden fundar una familia, como de hecho lo hacen (aunque no de forma legalmente reconocida en Chile). Esto se explicó cuando se revisó la postura del ministro Bertelsen.
>
> ii) Porque para que el argumento se sostenga es necesario suponer de antemano una familia constituida por un matrimonio entre personas de distinto sexo, pero, como eso es precisamente lo que se discute, no se puede dar por supuesto; por ende, el argumento no hace sentido. Esto se explicó antes cuando se comentó la postura del ministro Bertelsen. La ministra Peña comete el mismo error que el ministro Bertelsen.
>
> iii) Aunque asumiéramos que una familia con matrimonio de personas de distinto sexo es el núcleo fundamental de la sociedad, eso no implica que deba prohibirse la familia con un matrimonio de personas del mismo sexo. En efecto, puede ser fundamental para una sociedad que existan médicos, pero eso no implica que todas las personas deban ser médicos ni que se deban prohibir las demás profesiones.
>
> iv) Porque todas las funciones que la ministra Peña asigna a la familia las podría cumplir cualquier tipo de familia, incluso aquella que se compusiera de un matrimonio integrado por personas del mismo sexo y que tuvieran hijos, sea de ambas o de una de ellas (obviamente, no hijos comunes), o adoptados. En efecto, la función de promover la solidaridad diacrónica entre ascendientes y descendientes, como cita la ministra Peña; o la función de transmisión de la lengua, las costumbres, las creencias religiosas; o la función de proveer los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permitan a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio; o la función de control social, transmitiendo el compromiso con la vigencia de normas justas; o "[...] la función de

33 Ibíd., considerando 3.

> afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral". Todas estas funciones las puede cumplir cualquier familia, como ocurre en aquellos lugares en que está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo o donde, no estándolo, viven familias integradas por parejas del mismo sexo.

No se entiende por qué la ministra Peña piensa que estas funciones solo las puede cumplir una familia integrada por un matrimonio de personas de sexo distinto. Si ella lo cree, se trataría de una tesis empírica (no una tesis normativa) en favor de la cual la ministra Peña no ha proporcionado ninguna evidencia, que también debería ser empírica.

> v) Habiendo aludido a las funciones de la familia, la ministra Peña hace una conexión con la procreación. Esto es sorprendente porque entre las funciones de la familia aludidas no se encuentra la procreación. Por eso, la ministra Peña recurre a los fines que el Código Civil le asigna al matrimonio, para poder conectar *familia* con *procreación* y excluir a las parejas del mismo sexo. Esto no funciona pues, si se impugna un precepto del Código Civil, no se puede argumentar invocando precisamente el precepto impugnado. De todas maneras, si asumiéramos que la procreación es un asunto fundamental que el legislador debe cuidar y asegurar, de ahí no se sigue que se deba prohibir el matrimonio entre personas de distinto sexo porque permitirlo no le impediría procrear a los matrimonios de distinto sexo. Si la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo tuviera una suerte de efecto cósmico inhibidor de la procreación sobre el resto de la sociedad, entonces deberíamos considerar el asunto, pero no hay evidencia para pensar que eso ocurra. Más bien al contrario, la realidad indica que habiendo parejas del mismo sexo en el planeta, la procreación no ha cesado.

Por otra parte, como señalaron los ministros Carmona, García, Fernández, Viera-Gallo y Vodanovic, la procreación ocurre mayoritariamente fuera del matrimonio. La mayoría de los niños en Chile nace fuera del matrimonio. Por tanto, desde un punto de vista empírico, es errado enlazar matrimonio con procreación.

Continuando con el argumento de la procreación, esa capacidad de procrear no puede utilizarse para prohibir que personas del mismo sexo se casen porque, a menos que sean infértiles, ellos sí pueden procrear; no entre ellos, claro está, pero con un tercero del otro sexo. Frente a esto, no se podría replicar que cuando hablamos de procrear nos estamos refiriendo a los cónyuges entre sí. La razón de por qué no se podría decir eso es porque la realidad muestra que personas casadas entre sí en ocasiones tienen hijos con quien no es su cónyuge. O sea, hay procreación fuera del matrimonio. Por tanto, si un miembro de una pareja del mismo sexo puede procrear con un tercero ajeno a esa pareja al igual como lo puede hacer un miembro de una pareja de distinto sexo casada, entonces el argumento de la procreación no hace sentido, a menos que la ministra Peña esté dispuesta a prohibir la procreación extramatrimonial. Sin embargo, es dudoso que la ministra Peña quiera promover eso, habida consideración de que la mayoría de los hijos en Chile son extramatrimoniales.

b) Un segundo argumento que presenta la Ministra Peña es que la familia constituida por un matrimonio entre un hombre y una mujer es esencial para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo.[34]

Lo que es esencial para que la especie humana no desaparezca es la procreación, no el matrimonio ni la familia. Ya hemos descartado el argumento de la procreación. En cuanto al matrimonio, es obvio que consiste en un producto cultural surgido en un momento de la evolución de la sociedad, de modo que no es condición de subsistencia de ella. Respecto del matrimonio entre personas de distinto sexo y su necesidad para la existencia de la sociedad, también lo hemos analizado y descartado, pues permitir el matrimonio de personas del mismo sexo no inhibe la existencia de matrimonios de personas de distinto sexo.

Lo novedoso de este argumento es su carácter catastrofista. Es frecuente que sectores conservadores recurran a argumentos consecuencialistas de carácter apocalíptico cuando discuten materias morales. En efecto, es famoso el ejemplo de Lord Devlin, en su disputa con Hart en los años 50: Devlin argumentó que si se despenalizaba la homosexualidad y la prostitución se arriesgaba la destrucción de la estructura de la sociedad.[35] En Chile, cuando

34 Ibíd.

35 Todo motivado por el famoso Informe Wolfenden. Devlin desarrolló su postura en *The Enforcement of Morals*, (Oxford University Press) 1965. En el caso de Hart, ver su libro *Law, Liberty and Morality*, (Stanford University Press) 1963.

se discutía el divorcio vincular, el arzobispo Errázuriz sostuvo que el divorcio no solo destruiría la familia sino que los hijos de matrimonios divorciados se convertirían en delincuentes, alcohólicos y drogadictos.[36] Como se puede comprobar, no es raro ni exclusivo de Chile que sectores conservadores presenten argumentos de carácter causal que anuncien la destrucción de la familia y de la sociedad.

Pues bien, la realidad los desmiente. En las sociedades contemporáneas existen parejas de personas del mismo sexo que viven juntas. ¿Qué evidencia proporciona la ministra Peña de que esto pueda acabar con la sociedad? No la hay y no puede haberla porque ese no es el verdadero argumento. Como bien señala el ministro Vodanovic, no hay argumentos válidos contra el matrimonio de personas del mismo sexo. La verdadera razón para oponerse a él es el rechazo a la homosexualidad:

> Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad [...]
> En esta materia, subyacen prejuicios y motivaciones que no se explicitan, de antigua data. Por debajo de la argumentación lógica, se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un "desorden" de la naturaleza.[37]

El ministro Vodanovic parece tener toda la razón. No es que el matrimonio de personas del mismo sexo vaya a destruir la familia, la sociedad o a pervertir la educación de los hijos. Quien se opone al matrimonio de personas del mismo sexo lo hace porque rechaza la idea de la homosexualidad. No es un problema de daño social sino de valoración moral. Si hubiera algún argumento de daño, el derecho prohibiría, por ejemplo, que vivieran juntas como parejas personas del mismo sexo, pero no lo hace. Y no lo hace porque no hay daño. En verdad, al derecho no le importa que vivan juntas personas del mismo sexo ni su orientación sexual, como tampoco le importa que, dentro de un matrimonio, alguno de los cónyuges tenga una determinada orientación sexual.[38]

36 Estas declaraciones motivaron un Recurso de Protección en su contra. Ver: http://rie.cl/lanacioncl/?a=9616

37 Tribunal Constitucional, op. cit., voto del ministro Vodanovic, considerando 3.

38 Es cierto que la ley consagra el deber de fidelidad y que la infracción al mismo habilita al otro cónyuge para solicitar el divorcio, pero se trata de una facultad; no es imperativo divorciarse.

Lo mismo se puede decir de la poligamia: al derecho no le importa que un hombre viva con varias mujeres o una mujer con varios hombres. El problema se plantea cuando se quiere formalizar la relación, obtener reconocimiento del derecho. O sea, el problema se plantea en el ámbito de lo simbólico, lo valorativo. Este punto también fue advertido por el ministro Vodanovic en los párrafos citados más arriba, cuando alude a "[...] prejuicios y motivaciones que no se explicitan[...]"

Si el argumento del daño fuese sincero, se debería proponer la reposición de la criminalización de conductas sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, prohibir la cohabitación entre personas del mismo sexo, impedir el matrimonio entre personas de distinto sexo si alguna de ellas tiene una determinada orientación sexual y anular el mismo matrimonio si eso se descubre con posterioridad. Pero es dudoso que la ministra Peña quiera hacerlo. Ya hay países y estados de los EE. UU. que permiten el matrimonio de personas del mismo sexo y la adopción de niños. El voto disidente del ministro Vodanovic los cita: Bélgica, Holanda, Canadá, España, Argentina, diversos estados de Norteamérica, así como el Distrito Federal de México.[39] ¿Diría la ministra Peña que se está destruyendo esas sociedades?

El matrimonio y la familia son productos culturales y lo que ocurre es que el modelo dominante está siendo desafiado por otra concepción cultural. Volvemos al ministro Vodanovic:

> En primer término, no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide –desde una visión secular– que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo [...][40]

El cambio cultural es el principal problema que enfrentan las posturas conservadoras. Por eso invocan el modelo de familia tradicional o el matrimonio tradicional. Por lo mismo, el ministro Vodanovic afirma que el único principio que se invoca en contra de permitir el matrimonio entre personas

39 Tribunal Constitucional, op. cit., voto del Ministro Vodanovic, sección 6.

40 Ibíd., sección 5.

del mismo sexo es la intangibilidad de la familia.[41] Así, ante la amenaza del cambio, se invoca la intangibilidad. En sí mismo, el argumento es absurdo y está destinado al fracaso pues las concepciones jurídicas y las ideas de justicia evolucionan. El ministro Vodanovic cita y comenta la experiencia sudafricana:

> [...]la Corte Constitucional de Sudáfrica (en sentencia de uno de diciembre de dos mil cinco) cuando invalidó la cláusula heterosexual del régimen matrimonial, pudo afirmar que "conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto". Cuando se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el colonialismo y la discriminación eran vistos como fenómenos naturales, consagrados en las leyes de las naciones consideradas civilizadas y bendecidos por muchos líderes religiosos al momento de su denuncia. El patriarcado, al menos tan viejo como la mayoría de los sistemas matrimoniales, defendido por tener sustento en un hecho biológico y condonado por muchos líderes religiosos, ya no es aceptado como la norma, al menos en una gran parte del mundo. La castración severa de las mujeres y los niños era tolerada por el derecho familiar y los instrumentos del derecho internacional en ese entonces, pero hoy se considera intolerable. De manera similar, aunque muchos de los valores familiares han permanecido constantes, tanto la familia como el derecho familiar se han transformado profundamente" (párrafo 102).[42]

El TC chileno, al igual que el sudafricano, enfrentó un desafío al paradigma cultural dominante, pero no fue capaz de procesarlo. Consideremos, ahora, el tercer argumento de la ministra Peña.

c) El matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al derecho internacional de los derechos humanos.

La ministra Peña cita tratados internacionales según los cuales es un de-

41 Ibíd., sección 2.

42 Ibíd., sección 1.

recho esencial que un hombre y una mujer se puedan casar. Como vimos y analizamos, este argumento fue utilizado por el ministro Bertelsen. Lo interesante es que la ministra Peña relaciona el matrimonio con los valores y fines constitucionales:

> 6. Que si el matrimonio entre un hombre y una mujer, además de ser una institución, constituye un derecho humano esencial, su configuración o regulación debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales [...] [43]
>
> 7. Así, esta previniente considera que la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no solo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión entre el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como *"núcleo fundamental de la sociedad"*.
>
> [...] De lo antes señalado se desprende, pues, que aun cuando el legislador está facultado para desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio, no puede hacerlo al margen de los valores y principios expresamente consagrados en la Constitución, por imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la misma Carta Fundamental.[44]

Revisemos su argumento:

i) La ministra Peña toma el primer párrafo de un texto español que, de hecho, cita. Aquí reside un primer error. La Constitución española sí alude a valores esenciales del ordenamiento,[45] pero eso no ocurre con la Constitución chilena, de modo que hablar de *valores esenciales* en el caso de Chile es inapropiado y nos lleva a la segunda pregunta:

ii) ¿Cuáles son los valores esenciales del ordenamiento constitucional chileno? Por lo pronto, la pregunta supone su existencia y eso ya es discutible. Incluso suponiéndolos, la Constitución no los indica y, lamentablemente, la ministra Peña tampoco. Por tanto, solo cabe concluir que ella está suponiendo, y no argumentando, que un valor esencial de carácter constitucional para el matrimonio

43 Ibíd., voto de la Ministra Peña, considerando 6.

44 Ibíd., considerando 7.

45 Artículo 1.1. "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

y la familia es que solo se puedan casar personas de distinto sexo.

Ahora bien, pareciera ser que el valor esencial para la ministra Peña fuera la heterosexualidad y no meramente que se casen personas de sexo distinto, porque si se casa un hombre con una mujer y ambos son homosexuales, no se cumplen los fines que la ministra Peña tiene en mente. Por tanto, el tema de fondo es la heterosexualidad, pero la ministra Peña no lo puede decir porque para el derecho es irrelevante la orientación sexual de los contrayentes; basta que sean de sexo distinto. ¿Cómo puede la heterosexualidad (o el matrimonio entre personas de sexo distinto, en la versión de la ministra Peña) ser un valor esencial? Como postura moral es bastante dudosa, pues puede entenderse como una persecución homofóbica; como postura constitucional carece por completo de fundamento pues nada existe en la Constitución que permita pensar en una preferencia por cierto tipo de matrimonio ni menos en una prohibición de cierto tipo de matrimonio. Los ministros Viera-Gallo, Fernández, Carmona y García lo señalan con claridad:

> [...] la Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características.[...] Tampoco se pronuncia la Constitución sobre si los contrayentes deben ser solo un hombre y una mujer[...][46]
> [...] nuestra Constitución no vincula el matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio[...][47]

> [A]l indicarse que el matrimonio es la base principal de la familia, se reconoce –a contrario sensu– que no es la única, como queda claro de la historia del establecimiento de esa disposición. Todo matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio;[48]

> [N]o existe una opción del constituyente por erigir un modelo determinado de unión heterosexual. Si el constituyente se mantiene neutral frente a las preferencias del legislador al momento de definir

46 Tribunal Constitucional, op. cit., voto de los Ministros Viera-Gallo, Fernández, Carmona y García, considerando 5.

47 Ibíd.

48 Ibíd., considerando 7.

> el matrimonio, esta Magistratura no puede cerrar esa opción. Si el matrimonio hoy es entre un hombre y una mujer, no es porque lo diga o lo establezca la Constitución, sino la ley.
> Finalmente, no podemos igualar un concepto constitucional con uno legal. Ello puede rigidizar lo que el constituyente dejó abierto a la configuración legislativa, impidiendo su adaptación en el tiempo;[49]

Volvamos a la posición de la ministra Peña. Al final de su voto, y continuando con el argumento de que el derecho internacional de los derechos humanos se opone al matrimonio entre personas del mismo sexo, la ministra Peña cita el caso Schalk v. Austria, en el cual la corte europea declaró que el artículo 12 de la Convención Europea no impone a los Estados la obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio.

Este argumento no tiene fuerza. Para apreciarlo, veamos lo que señala el artículo 12 de la Convención Europea:

> A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Esta disposición reconoce el derecho de hombres y mujeres a casarse, del cual se deriva la obligación para los Estados de no impedir el matrimonio entre un hombre y una mujer. ¿Se deriva una obligación positiva para los Estados de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo? Probablemente no. Ese fue el error de los peticionarios en el caso Schalk: la corte afirma que los peticionarios sostienen que el artículo 12 debe ser leído, en la actualidad, como un precepto que garantiza el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo o, en otras palabras, que obliga a los Estados miembros a instituir ese acceso en sus leyes nacionales.[50]

Además, la Corte Europea suele ser cuidadosa a la hora de reconocer obligaciones positivas en los tratados internacionales porque sabe que serán imperativas para todos los Estados Partes de esa Convención, los cuales pueden

49 Ibíd., considerando 10.

50 "In the applicants' contention Article 12 should in present-day conditions be read as granting same-sex couples access to marriage or, in other words, as obliging member States to provide for such access in their national laws." Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia caso Schalk and Kopf v. Austria (Application no. 30141/04), Estrasburgo, 24 de junio de 2010, sección 57.

ser muy diversos entre sí. Lo mismo se aprecia en cortes federales, como la de EE. UU. La Corte Europea razonó así en este caso, al afirmar que no existe consenso en Europa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.[51]

Es un error citar el caso Schalk porque en Chile no estamos discutiendo lo que se trató en ese caso. En efecto, no discutimos si de una norma constitucional que reconoce el derecho a casarse de un hombre y una mujer se deriva la obligación para el Estado de permitir que también se puedan casar personas del mismo sexo, y no lo estamos haciendo porque:

> i) Tal norma no existe en la Constitución chilena.
> ii) El reclamo no pretende justificar la existencia de obligaciones de hacer. Más bien al contrario, pretende justificar algo que no se debe hacer: discriminar arbitrariamente. El reclamo constitucional consiste en que si la ley permite solo el matrimonio de personas de distinto sexo está discriminando a las personas del mismo sexo que se quieren casar entre sí y, como la Constitución prohíbe toda discriminación arbitraria, la ley sería inconstitucional. Si el argumento involucra a la Constitución es por el principio que impide discriminaciones arbitrarias; no se alude a la Constitución para intentar deducir una obligación positiva. Ello marca la diferencia con el caso Schalk.[52] Por tanto, en relación al voto de la ministra Peña, la cita del artículo 12 de la Convención Europea y del caso Schalk no son relevantes al asunto en discusión.

Consideremos ahora un cuarto argumento de la ministra Peña.

d) La Constitución solo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo.[53]

---

51 Ver ibíd., sección 58.

52 Es cierto que de una norma prohibitiva se deduce que el legislador debe hacer algo. Por ejemplo, de la norma constitucional que prohíbe discriminaciones arbitrarias se deduce que el legislador debe reconocer a todos los hijos, por ejemplo, iguales derechos hereditarios, independientemente de las condiciones de su concepción. Pero eso es distinto a decir que existe una norma en la Constitución de la que se sigue el derecho de un hijo nacido fuera del matrimonio a heredar la misma porción de bienes que aquellos hijos nacidos dentro del matrimonio. Es evidente que tiene ese derecho, pero como consecuencia de que sea hijo y que estén prohibidas las discriminaciones arbitrarias. De lo contrario, habría que concluir que todas las obligaciones de hacer del legislador están ya previstas en la Constitución. Esto es absurdo. Del principio de igualdad y no discriminación se siguen muchas obligaciones para el legislador que no están previstas en la Constitución. Esa es la idea, precisamente, del principio de igualdad.

53 Tribunal Constitucional, op. cit., voto de la Ministra Peña, considerandos 5-7.

La ministra Peña no solo estima que el Código Civil no incurre en ninguna discriminación al impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que va más lejos, afirmando algo que ningún otro ministro señaló: que la Constitución solo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo. En opinión de la ministra Peña, la Constitución solo es compatible con un solo tipo de matrimonio: el de personas de sexo distinto.

Ya vimos que los ministros Carmona, García, Viera-Gallo y Fernández señalaron que la Constitución no contiene preferencias en esta materia y menos prohibiciones, pero la ministra Peña estima cree que sí. ¿Cuál es el razonamiento? Un silogismo que condujera a la posición de la ministra Peña debería contener al menos las siguientes premisas:

1. El constituyente permite al legislador regular el matrimonio.
2. El legislador no tiene discrecionalidad absoluta para hacerlo, pues debe respetar límites.
3. Uno de los límites está dado por los valores y principios constitucionales.

Entre ellos, se encuentra que el matrimonio sea entre personas de distinto sexo.

Conclusión: el matrimonio entre personas del mismo sexo no se puede permitir.

Estas premisas están contenidas en los considerandos 6 y 7 de su voto. Las premisas 1 y 2 son indiscutibles. La premisa 3 está tomada de la Constitución española, lo que no tiene sentido, según hemos comentado, y la premisa 4 carece de fundamento constitucional. De hecho, el silogismo no funciona porque la premisa 4 y la conclusión no se distinguen. Por eso, en la lógica de la ministra Peña, el valor superior del ordenamiento no puede ser que el matrimonio sea entre personas de distinto sexo sino la heterosexualidad. Así, la premisa 4 diría que entre los valores constitucionales se encuentra la heterosexualidad y, por tanto, se concluiría que no se puede permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero ya hemos explicado que la ministra no puede afirmar eso porque resulta abiertamente homofóbico y porque carece de fundamento en el texto de la Constitución.[54] Además, incluso suponiendo la premisa de que la heterosexualidad sería un valor constitucional, eso no

54 Ver el voto de los ministros Viera-Gallo, García, Carmona y Fernández, cuando analizan la historia de la Constitución en relación con el matrimonio.

lleva a la conclusión de la ministra Peña, pues no existe nexo lógico entre un contrato (que es un hecho institucional) y la conducta sexual (que es un hecho bruto). En efecto, dos personas homosexuales, del mismo o distinto sexo, podrían casarse y permanecer célibes, como ha ocurrido en Chile. En esta hipótesis, el matrimonio no afectaría el supuesto "valor" de la heterosexualidad.

En cualquier caso, la conclusión del silogismo no se sostiene. Más bien al contrario: la premisa 2 alude a límites y entre ellos se encuentra la no discriminación arbitraria. El argumento de los peticionarios en la Acción de Protección es precisamente que el artículo 102 del Código Civil constituye una discriminación arbitraria que vulnera ese límite. La ministra Peña debió considerar si ese límite se infringía en este caso.

## 4. ¿Existe discriminación?

El propósito de este trabajo ha sido revisar los argumentos que algunos ministros del TC invocaron para sostener la postura contraria a que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hasta aquí, se han revisado esos argumentos y se han desechado. No parece haber buenas razones para impedir jurídicamente que se puedan casar personas del mismo sexo. En este punto, enfrentamos una nueva pregunta: del hecho de que no haya buenas razones para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, ¿se sigue que el artículo 102 del Código Civil sea discriminatorio? La respuesta no es del todo simple. En primer lugar, se podría responder que no se sigue, pues una cosa no implica la otra. Esto no niega que sea discriminatorio por otras razones; solo afirma que la mera ausencia de razones no implica por sí misma discriminación. Sin embargo, la respuesta bien puede ser la inversa. En efecto, si no hay buenas razones para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, eso significa que la ley no debería excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo y, como sí lo hace, produce una discriminación. Así, la mera ausencia de razones sí produce ipso iure una discriminación porque el principio de igualdad, como vimos, permite diferenciar si hay buenas razones para ello, y aquí no las habría, de modo que la diferencia sería discriminatoria.

Como quiera que sea, el artículo 102 sí es discriminatorio y, por ende, inconstitucional, por otras razones. No es el objetivo de este trabajo desarrollar esa argumentación, pero a lo menos podemos esquematizar un razonamien-

to[55] en los términos siguientes:

- Como señala el voto del ministro Vodanovic, la función esencial del matrimonio se expresa en fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca. La función esencial del matrimonio no es la procreación.[56]
- Estos fines son aplicables a cualquier tipo de pareja, independientemente del sexo de sus integrantes.
- Como se afirma en el documento de Libertades Públicas, citado en el fallo, el matrimonio es una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena.[57]
- La Constitución exige tratar con igual dignidad, consideración y respeto a todas las personas, y el Estado y el derecho deben contribuir a crear las condiciones que permitan a todos su mayor realización material y espiritual posible. Así se desprende con absoluta claridad del artículo 1°.
- La imposibilidad jurídica de acceder al matrimonio para parejas del mismo sexo las coloca en situación desmejorada frente a las parejas de distinto sexo. Las priva de acceder a una institución socialmente valiosa,[58] de conseguir sus fines, alcanzar sus propios planes de vida y realizarse plenamente; las margina y segrega causándoles un daño. Sobre todo, esta exclusión las estigmatiza porque la imposibilidad jurídica se explica precisamente por una valoración negativa acerca de tales parejas.[59]
- En consecuencia, tanto el efecto de la imposibilidad jurídica de casarse como su fundamento (la homofobia) son incompatibles con el ideal de sociedad que el artículo 1° de la Constitución delinea, en consonancia con el principio de igualdad.

## Conclusión

Este artículo ha pretendido presentar y comentar críticamente los argumen-

55 Algunos argumentos están tomados del voto de minoría; otros, del documento de Libertades Públicas citado en el mismo voto; y otros atingen al texto constitucional.

56 Tribunal Constitucional, op. cit., ver voto del ministro Vodanovic.

57 Ver documento de Libertades Públicas, en el fallo.

58 Ibíd.

59 Tribunal Constitucional, op.cit.

tos que algunos ministros del TC esgrimieron en contra de permitir que personas del mismo sexo se puedan casar. Tales argumentos son:

1. El matrimonio solo para personas de distinto sexo no es discriminatorio:

    a. El matrimonio siempre ha sido entre un hombre y una mujer.
    b. La doctrina también ha entendido que el matrimonio es solo para parejas de distinto sexo.
    c. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como prescribe la Constitución, y el matrimonio es la base principal de la familia, como establece a su vez la Ley de Matrimonio Civil.
    d. Los fines del matrimonio son varios, entre ellos, la procreación. Por ende, está bien que la ley reserve el matrimonio a las parejas de distinto sexo.
    e. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.
    f. Hombre y mujer son diferentes. La permisión del matrimonio solo a parejas de distinto sexo se funda en las diferencias entre hombre y mujer.

2. Las funciones de la familia y del matrimonio:

    a. La familia cumple una serie de funciones.
    b. La familia constituida por un matrimonio entre un hombre y una mujer es esencial para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo.
    c. El matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al derecho internacional de los derechos humanos.
    d. La Constitución solo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Algunos de esos argumentos se solapan, pero se explicaron por separado para no mezclar la estructura del argumento de un ministro con la de otro.

En general, estos argumentos no se sostienen. Como afirma el ministro Vodanovic en su voto de minoría, son reflejo de estereotipos y prejuicios discriminatorios basados en una valoración negativa respecto de la homosexualidad. Este artículo concluye que no existen buenos argumentos para sostener la imposibilidad jurídica de casarse para personas del mismo sexo.

También se sostuvo en este artículo, aunque no se desarrolló como tema principal, que el artículo 102 del Código Civil, al no permitir que se puedan casar personas del mismo sexo, constituye una discriminación arbitraria contraria al principio de igualdad y es, por ende, inconstitucional. La razón es que la ley, en la práctica, diferencia a dos tipos de parejas y excluye a una de ellas de un estatuto que es fundamental para el pleno desarrollo de los individuos, y lo hace básicamente bajo el supuesto de que la homosexualidad no es aceptable. Es decir, la ley se basa en la homofobia, de modo que, tanto en su efecto como en su fundamento, es discriminatoria.

Se sostuvo al inicio de este artículo que el requerimiento presentado era inservible para conseguir su objetivo, porque solicitar la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil no genera un espacio de permisión (o ausencia de norma prohibitiva) que habilite a personas del mismo sexo a casarse, sino que más bien genera un espacio de ausencia de norma constitutiva, que impide casarse. Por eso, lo que se debe impugnar no es el artículo 102 en su totalidad sino solo la parte que limita el matrimonio al hombre y la mujer.

# PERSPECTIVAS ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE POSTNATAL

# DILEMAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL CASO "PERMISO POSTNATAL"[1]

*Francisco Zúñiga*[2]
*Kamel Cazor*[3]

**Resumen**

El texto presentado es comentario de una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declaró inconstitucional proceder a votar dividdamente un proyecto de ley, ya que ello tiene como efecto aumentar el gasto público en el asunto regulado, lo que sería materia de iniciativa de ley exclusiva del Presidente de la República.

El conflicto constitucional se planteó cuando la Comisión de trabajo del Senado de la República decidió dividir la votación del nuevo Art. 197 bis del Código del Trabajo, que establecía tanto la extensión del permiso postnatal como el límite al subsidio que entregaría el Estado.

El gobierno entendió que esta situación creaba un nuevo gasto, puesto que la falta de límite al nuevo subsidio provocaría que se mantuviera el antiguo, por lo que ascendería al doble de lo planteado. Siendo la creación de gastos materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, se interpuso un requerimiento de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional declarara que la votación dividida era inconstitucional en este caso, puesto que implicaba crear un gasto público. Este razonamiento fue acogido por el Tribunal Constitucional, del modo que se explica en el texto.

1 Comentario a Sentencia Rol N° 2025/2011 del Tribunal Constitucional, del 20 de julio de 2011, sobre requerimiento del Presidente de la República, por la inconstitucionalidad de actuaciones ejecutadas por el H. Senado de la República y consecuente modificación al nuevo Art. 197 bis del Código del Trabajo, mediante proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental (Boletín 7526-13).

2 Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

3 Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte.

## 1. El requerimiento

La sentencia bajo análisis en el presente artículo se expidió en un proceso constitucional iniciado por requerimiento del Presidente de la República, en donde se reclamó de "actuaciones" inconstitucionales del Senado, durante la tramitación del proyecto de ley que creó el permiso postnatal parental (Boletín 7526-13).

Se señaló que el Senado, en las comisiones unidas de Salud y Previsión Social, dividió la votación particular del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, aprobando la primera parte del mismo, que estableció el nuevo postnatal, pero rechazando el tope de 30 UF que se establecía para el subsidio aplicado a este.

A juicio del Presidente de la República, esta situación vulneraba la Constitución, puesto que, al eliminarse el tope al subsidio estatal al permiso postnatal, en el fondo, se estaba ampliando los beneficios que contempla la ley, lo que conlleva mayores costos al Estado, dado que el establecimiento de nuevos gastos es materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en la que el Congreso Nacional solamente puede aprobar, rechazar o disminuir, pero no aumentarlos. Igualmente, el Presidente consideró que esta "actuación del Senado" era inconstitucional puesto que, además, se había rechazado en la votación dividida la mención del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo al Fondo Único de Prestaciones Familiares, fuente de financiamiento del subsidio al nuevo permiso postnatal, por lo que se generaba un nuevo gasto sin señalar su fuente de ingresos.

Estos son, en general, los puntos centrales de inconstitucionalidad que el requerimiento del Presidente de la República planteó, sobre los que se refiere la sentencia que pasamos a comentar.

## 2. La sentencia

### 2.1. Fundamento del Requerimiento

La sentencia, luego de referirse en su primera parte a los antecedentes generales del conflicto de constitucionalidad que hemos expresado anteriormente, se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del requerimiento, cuestión que posteriormente es ligada al principio de inexcusabilidad y de supremacía constitucional.

Ante el argumento planteado por los abogados representantes del Presidente del Senado, de que en estos autos lo que se impugna en el requerimiento es una "actuación del Senado" y no una norma específica, cuestión que quedaría fuera de la órbita de competencia del Tribunal, la sentencia afirma:

> DECIMOCUARTO. Que si bien la competencia específica del Tribunal Constitucional respecto de la atribución que se comenta dice relación con "*proyectos de ley*", no cabe duda que el contenido normativo que se impugna tiene su origen en una acción u omisión de uno de los órganos colegisladores que ha dado como resultado una determinada preceptiva que, en cualquier fase de la tramitación del proyecto de ley de que se trata, pueda estimarse contraria a la Ley Suprema;

Este modo de configurar el conflicto de constitucionalidad, y la consecuente vulneración a la Constitución, lleva a la sentencia a afirmar, respecto de la forma en que se planteó el requerimiento:

> DECIMOQUINTO. Que, desde el punto de vista explicado, los términos en que el requerimiento haya sido redactado, no tienen incidencia en la determinación de la competencia específica del Tribunal Constitucional para zanjar una cuestión de constitucionalidad cuando el mismo expresa, inequívocamente, un desacuerdo entre los órganos colegisladores respecto de la conformidad de un determinado proyecto de ley con la Carta Fundamental, como ocurre en el presente caso.
> Efectivamente, a la luz de los antecedentes que conforman el presente proceso, a estos sentenciadores les resulta claro que, en la especie, se ha planteado una cuestión de constitucionalidad, de aquellas a que se refiere el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, y cuya resolución se encuentra, por ende, dentro de la esfera competencial que el Constituyente ha asignado a este Tribunal;

Se sostiene asimismo que la competencia del Tribunal Constitucional debe ejercerse de acuerdo a la letra de la Constitución, pero también atendiendo al "espíritu" de la misma. En tal sentido, se señala:

DECIMOSÉPTIMO. Que, como se ha recordado en sentencia Rol N° 591, desde 1970, el ordenamiento chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales radicado en este Tribunal, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas;

**2.2. Competencia del Tribunal Constitucional. ¿Quo vadis?**

Como mencionamos anteriormente, al momento de definir el pronunciamiento acerca de la competencia del Tribunal Constitucional, la sentencia liga dicho concepto con el principio de inexcusabilidad, argumento que utiliza para reforzar la tesis de que el conflicto planteado en el requerimiento del Presidente de la República está dentro de la esfera de competencia que la Constitución le otorga a esta Judicatura.

DECIMOCTAVO. Que en dicha ocasión se manifestó (considerando 3°) que esta Magistratura, titular de este sistema de solución de conflictos, no podría permanecer indiferente si el Presidente de la República le planteara que una simple ley ha incursionado en materias propias del Poder Constituyente Derivado o que el Congreso está amagando su iniciativa legal exclusiva; o si el Congreso sostuviese que un reglamento presidencial ha invadido materias de reserva legal o desconocido el Poder Ejecutivo, mediante un acto administrativo, atribuciones exclusivas de las Cámaras o del Congreso.

Se añadió que es deber de esta Magistratura examinar y resolver los conflictos que se le plantean para, tras un debido proceso constitucional, restablecer la supremacía de la Carta Fundamental, en caso de que ella haya sido quebrantada. Puesto que, al dejar un conflicto sin resolver y careciendo de una justificación más allá de toda duda razonable para hacerlo, significaría abdicar gravemente de la primera responsabilidad que cabe al titular del sistema de solución de conflictos de constitucionalidad que ha previsto nuestra Carta Fundamental, además de cons-

> tituir un incumplimiento inexcusable del deber que el artículo 6° de la Constitución impone a todo órgano del Estado de garantizar el orden institucional de la República;
> DECIMONOVENO. Que ratifica esta ineludible obligación, el artículo 3°, inciso segundo, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en cuya virtud *"reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión"*.
> Consecuencia de lo anterior es que, en presencia de una inconstitucionalidad, la existencia de posibilidades políticas o procesales de negociación legislativa, para superar eventualmente sus efectos, no inhiben a los órganos constitucionalmente legitimados para recurrir a esta Magistratura, ni eximen a ésta de ejercer su ministerio en conformidad a la Constitución, porque en definitiva, su acatamiento no puede quedar jamás supeditado a la voluntad de quienes le deben sujeción y respeto.
> En este sentido y, refiriéndose a los parlamentarios, este Tribunal ha sostenido que *"la Carta Fundamental confiere distintas facultades a los parlamentarios, ya sea en el ejercicio de sus funciones como miembros de las Cámaras respectivas, como en lo que respecta a la posibilidad de impugnar determinadas normas jurídicas por adolecer de inconstitucionalidad. El ejercicio de cada una de esas facultades no implica que precluya la posibilidad de hacer uso de las demás atribuciones que les confiere expresamente la Constitución"*. (Rol N° 1.005, considerando 6°)

Entonces, la sentencia niega la posibilidad de no tener competencia para resolver el asunto planteado en el requerimiento. Esta cuestión fue planteada en la fase procedimental de admisión del requerimiento, destacando una sólida disidencia, al tiempo que niega el hecho de que al requerimiento mismo le falten presupuestos procesales para incoar el proceso constitucional, abriendo el conocimiento y juzgamiento del conflicto por el Tribunal. Para ello, recurre al principio de inexcusabilidad, obviando que este tiene a su vez ciertos presupuestos ("forma legal" de reclamar la intervención y competencia), sin los cuales el Tribunal Constitucional no puede admitir a tramitación un requerimiento, medio para ejercer la acción de inconstitucionalidad.

**2.3. Cuestiones de mera legalidad**

Luego, la sentencia se hace cargo del argumento de los abogados representantes del Senado de la República, en orden a que lo que el requerimiento en realidad pretende es que se traslade al ámbito jurisdiccional un conflicto eminentemente político, a saber, los procedimiento y negociaciones propias de la tramitación de la ley, cuestiones que son de mera legalidad y que no se deben ventilar ante el Tribunal Constitucional.

Ante este punto, la sentencia expone:

> VIGÉSIMO. Que, con todo, corresponde hacerse cargo de las apreciaciones vertidas en estos autos, en orden a que este requerimiento pretende trasladar a la esfera del Tribunal la decisión de una cuestión netamente política, vinculada a las vicisitudes ocurridas durante la negociación de cualquier proyecto de ley, donde, además, la intervención de esta Magistratura resultaría inoficiosa, pues la indicación presidencial referida al tope del beneficio postnatal parental puede ser repuesta en segundo trámite constitucional o en comisión mixta, e incluso puede ser objeto de veto, caso en el cual las Cámaras no podrán dividir la votación.
> En otras palabras, los abogados que solicitaron ser oídos en este proceso, en representación del Senado, han aducido también que el conflicto sometido a esta Magistratura se refiere a asuntos de técnica legislativa y a las decisiones asociadas al procedimiento legislativo o, eventualmente, al ejercicio de la prerrogativa del veto. Alegan que no hubo vicios procedimentales que vulneraran la Constitución, atendido que el proyecto de ley se inició por mensaje del Presidente de la República, por tratar de una materia de su iniciativa exclusiva, y asimismo se cumplió con acompañar el informe financiero de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, de modo que el hecho de haberse producido un rechazo con votación dividida del tope de 30 U.F., dejando subsistente el tope que contempla la actual legislación (66 U.F.), importa una cuestión de mera legalidad;

Luego decide la cuestión de la forma siguiente:

> VIGESIMOPRIMERO. Que la reseñada pretensión debe ser desestimada, toda vez que –y sin perjuicio de que no es posible presentar, ante

> este sentenciador, cuestiones de competencia o de jurisdicción– ella no se aviene con lo estatuido en nuestra Carta Fundamental. En efecto, el artículo 93, inciso primero, en su numeral 3°, prescribe que son atribuciones del Tribunal Constitucional: "*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten* ***durante*** *la tramitación de los proyectos de ley (...)*", por lo que resulta claro que el constituyente no ha constreñido la competencia del Tribunal Constitucional a un determinado período o instancia del proceso nomogenético de la ley ni ha establecido como requisito el que se hayan agotado las instancias al interior de dicho proceso para que pueda interponerse una cuestión de inconstitucionalidad;
> VIGESIMOSEGUNDO. Que, de esta manera, no es exigencia para interponer la cuestión de inconstitucionalidad de un proyecto de ley en tramitación, la circunstancia de que se agoten –eventualmente– las vías propias del proceso de formación y aprobación de la ley en las cámaras, puesto que el constituyente ha permitido en términos amplios su impugnación, tanto por el Presidente de la República como por parlamentarios, ya sea por vicios de forma o de fondo;

De esta forma, la sentencia considera que las cuestiones de constitucionalidad pueden producirse en cualquier etapa de la tramitación de un proyecto de ley y que las etapas de que se trata no son relevantes a efectos de determinar si el Tribunal Constitucional es o no competente para conocer del asunto sometido a su conocimiento. Además, no existe ningún requisito que exija que se hayan agotado los trámites legislativos para recurrir de inconstitucionalidad.

**2.4. Derecho a la iniciativa exclusiva**

En el apartado siguiente de la sentencia, se establece el elemento cuya dilucidación finalmente definirá el conflicto de constitucionalidad en uno u otro sentido. La sentencia señala que lo relevante, a efectos de estos autos, es determinar si el Congreso Nacional (Senado) ha invadido materias propias de la iniciativa exclusiva del Presidente; de ser así, se estaría ante una inconstitucionalidad.

> VIGESIMOCUARTO. Que, conforme se lleva explicado, lo que motiva este conflicto constitucional es la transformación del subsidio postnatal parental efectuada por el Senado, cuyo efecto en el proceso nomogenético, plasmado en el artículo 197 bis del proyecto de ley aprobado

en primer trámite, ha sido aumentar un gasto público al margen de la iniciativa del Presidente de la República. La situación descrita involucra una discrepancia entre los colegisladores respecto a lo preceptuado en el artículo 65 de la Carta Fundamental, referente a la legitimidad y extensión de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gastos originados en beneficios a funcionarios y trabajadores y de modificaciones a normas de seguridad social. Lo anterior envuelve, al mismo tiempo, una discrepancia respecto a las atribuciones que otorga la citada norma en esos tópicos al Congreso Nacional.

De esta manera, este sentenciador deberá resolver si la disposición aprobada por el Senado, vulnera o no el citado artículo 65, por cuanto importaría una extralimitación de sus facultades y la invasión de la iniciativa exclusiva que concede la Carta Fundamental al Jefe de Estado para aumentar gastos y establecer regulaciones en el ámbito de la seguridad social;

VIGESIMOQUINTO. Que para resolver la discrepancia planteada, conviene revisar la historia constitucional relativa a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a juicio del actual Mandatario aquí desconocida por el Senado, especialmente en lo referido a la administración financiera y presupuestaria, al aumento del gasto público, así como a la regulación de aquellas materias que son propias de la seguridad social o que inciden en ella.

Esto es así, a efectos de comprender el fundamento, sentido y alcance de dicha institución y, por consiguiente, de la disposición que hoy en día la consagra, esto es, el artículo 65 de la Constitución Política, que como se verá, no es sino continuadora de una tendencia histórico-institucional que comienza a configurarse desde la Carta de 1925 y, en especial, a partir del año 1943;

A continuación, la sentencia se explaya largamente sobre el origen histórico de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en un examen que comienza con el Reglamento Provisorio de 1812 y termina con la reforma constitucional de 2005.

Después de este detallado examen histórico, la sentencia se encuentra en condiciones de expresar claramente cuáles son las razones de existencia de la iniciativa exclusiva de ley, especialmente en las materias relacionadas con este caso: el gasto público y la seguridad social.

TRIGESIMONOVENO. Que los antecedentes anotados develan que la evolución del control del gasto público, que hoy queda reservado a las decisiones que adopte el Presidente de la República, se sustenta en similares fundamentos, los que, a lo largo del siglo XX, forjaron de manera progresiva la radicación de la iniciativa exclusiva en la más alta autoridad del Ejecutivo, en lo que se refiere a administración financiera, gasto y regulación de materias referidas o que incidan en la seguridad social. Específicamente, la razón de ello se ha encontrado en la necesidad de establecer un sistema coherente de gastos que permita al Presidente de la República dar cumplimiento a la política de financiamiento que considere adecuada para el cumplimiento de su programa de gobierno, en armonía con su calidad de jefe de gobierno y máximo jerarca de la administración y de responsable del manejo de las finanzas públicas, de conformidad a los establecido en los artículos 24 y 32, N° 20° de la Constitución Política.

A la vez que busca impedir, según la doctrina actual sobre finanzas públicas, que "*los parlamentos, en contacto más próximo a sus electores y cuyos miembros pueden ser reelegidos indefinidamente, se sientan presionados a la extrema generosidad en los gastos, especialmente en los que significan beneficios personales, como la creación de empleos rentados y el aumento de los sueldos. Este peligro es aun mayor, si a la presión del electorado se agrega que los parlamentarios no son responsables por sus actuaciones como tales (...)* Por esta causa, la Constitución Política establece limitaciones a la iniciativa parlamentaria en materia de gastos, en diversas normas, principalmente en relación con la aprobación del presupuesto y la formación de las leyes." (Hugo Araneda Dörr, "Finanzas Públicas", Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 61).

Las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar, asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que *"el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo 'el gobierno y la administración del Estado', quien es el Jefe de Estado: el Presidente de la República (art. 24)."* (Fermandois V., Arturo y García G., José: "Origen

del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva", en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297). Este punto adquiere particular relevancia tratándose de la Ley de Presupuestos, que contiene una estimación de los ingresos y gastos del sector público en un año determinado. La historia política y constitucional del país demuestra la importancia que tiene la discusión parlamentaria de esa ley al entrar en juego las atribuciones de ambos poderes colegisladores;

**2.5. Conflicto constitucional**

Luego de lo anterior, la sentencia entra de lleno en el "conflicto constitucional" planteado, para pronunciarse acerca de la invasión competencial que se habría producido respecto de la atribución o "derecho" de iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República, en lo referido al gasto público y a las normas de seguridad social.

> CUADRAGÉSIMO. Que, en la especie, la norma aprobada por el Senado, en primer trámite constitucional, que crea un subsidio postnatal parental, envuelve materias referidas al aumento del gasto público y al establecimiento o modificación de normas sobre seguridad social o que incidan en ellas, involucrando, a su vez la administración financiera o presupuestaria del Estado, tal como queda de manifiesto en los informes y sesiones constitutivas del debate parlamentario referido al subsidio en comento.
> Cabe precisar, además, que estas materias, tal como lo ha señalado este Tribunal en sus pronunciamientos, han sido reservadas por la Constitución a la iniciativa de ley exclusiva del Presidente de la República;

Luego, la sentencia expone cuales son las atribuciones del Presidente y del Congreso Nacional, definiendo la órbita de competencia de cada uno de ellos según lo preceptuado por la Constitución, especialmente en su artículo 65, a la luz de los antecedentes del presente caso.

> CUADRAGESIMOTERCERO. Que, de conformidad a las consideraciones consignadas precedentemente, referidas a la evolución histórica, ha quedado suficientemente demostrado que, en materia de gasto público

y de regulación de la seguridad social, diversas disposiciones constitucionales a partir del siglo XX y, hoy en día el artículo 65 de la Carta Fundamental, reservan exclusiva y excluyentemente al Presidente de la República la iniciativa de ley, es decir, la facultad para predeterminar las normas que sobre estas materias regirán a la sociedad.

A lo que cabe agregar que la facultad entregada a esa autoridad para hacer nacer una propuesta legal que involucre un nuevo gasto público, o un aumento del mismo y que, entre otras causas, como en la especie, puede derivar de beneficios que se enmarcan en el ámbito de la seguridad social, no se constriñe a la presentación del proyecto de ley, sino que se extiende a todo el proceso nomogenético. Lo anterior, desde que el inciso final del artículo 65 citado, a efectos de mantener y resguardar la iniciativa exclusiva descrita, sólo permite al Congreso "aceptar, disminuir o rechazar" los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, de donde se sigue que a los parlamentarios les está vedado aumentarlos, en cualquier instancia del proceso de formación de la ley;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que las atribuciones conferidas por la Constitución Política al Congreso Nacional se ejercen, como toda atribución entregada a órganos colegiados, a través del resultado que emane de las votaciones de sus integrantes. En la especie, el resultado de la votación del Senado, por la cual se modificó el tope del subsidio postnatal parental, repercute en un aumento del gasto público que demanda aquella prestación de seguridad social, propuesta por el Presidente de la República.

De esta manera, al innovar, creando un nuevo subsidio, distinto y más elevado que el propuesto en la correspondiente iniciativa presidencial, la Cámara Alta aparece ejerciendo una atribución que no le ha sido otorgada por el artículo 65 constitucional, comoquiera que la misma se encuentra radicada expresamente en el Presidente de la República, extralimitación que, por lo mismo, comporta una vulneración de dicha norma;

### 2.6. Potestades del Congreso Nacional

En el cuarto apartado de la sentencia, se examina cómo en el Senado, mediante el expediente de la votación dividida, se alteró el proyecto que originalmente había presentado el Presidente de la República, extrayendo las conclusiones de este examen. En primer lugar, se expone el proyecto original del mensaje del Presidente.

CUADRAGESIMOQUINTO. Que es indudable que al proyecto de ley en examen se introdujo una modificación por iniciativa parlamentaria, configurando aspectos básicos de un beneficio de seguridad social y aumentando el costo de la iniciativa.

Mediante el Mensaje N°611-358, que rola a fojas 51 y siguientes de esta causa, el Presidente de la República inició un proyecto de ley que, según expresa, "tiene por objeto extender el postnatal a seis meses, mediante la creación del permiso postnatal parental, y modificar el Código del Trabajo y otros cuerpos legales en las materias que indica", describiendo este nuevo beneficio como "un tiempo de descanso inmediato al período postnatal, del cual puede hacer uso la madre o el padre, a elección de la primera" precisando que el "permiso postnatal parental es de doce semanas, seis de las cuales la madre puede traspasar al padre" y que "durante este período la madre recibirá un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF". Añade el Mensaje, con relación a dicho monto, que: "Si bien el ideal es que este nuevo subsidio financie completamente las remuneraciones de todas las mujeres trabajadoras, en la práctica ello no es posible. Hay recursos escasos y que deben ser distribuidos de la mejor forma posible, evitando que la entrega de este nuevo subsidio incremente aun más la regresividad de los subsidios maternales. Debemos utilizar los recursos de todos los chilenos de la mejor forma posible, focalizándolos en aquellos que más lo necesitan.";

CUADRAGESIMOSEXTO. Que la configuración o diseño legal del nuevo beneficio de seguridad social que el Ejecutivo propone en el Mensaje, se plasma en el texto positivo en un nuevo artículo 197 bis que se propone agregar al Código del Trabajo, particularmente en su inciso primero, del siguiente tenor (fojas 70):

*"Art. 197 bis.- Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del periodo postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán*

*siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quién haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.".*
De este Mensaje se dio cuenta en sesión del Senado de 15 de marzo del presente año, siendo remitido, para primer informe a las Comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Salud Unidas y luego a la Comisión de Hacienda;

De esta exposición, la sentencia concluye cuales son los elementos que definen la norma del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, contenida en el proyecto del Presidente, siendo ellos los siguientes:

CUADRAGESIMOCTAVO. Que de estos antecedentes se concluye lo siguiente: a) El proyecto de ley propuesto en el Mensaje crea un nuevo beneficio de seguridad social hasta ahora inexistente; b) El nuevo beneficio se crea en un nuevo artículo 197 bis que se agrega al Código del Trabajo; c) El texto del nuevo artículo contiene en su inciso primero los parámetros o componentes que fijan el diseño del nuevo beneficio, y le confieren una fisonomía o configuración precisa; d) Uno de estos componentes es que el subsidio al que da derecho a las trabajadoras del sector privado tiene como límite la remuneración de la beneficiaria, con un máximo de 30 unidades de fomento, aplicándose igual tope a los funcionarios de la administración del Estado, y e) El financiamiento previsto para esta iniciativa está calculado sobre esta base;

Finalmente, se exponen los cambios que el mencionado proyecto sufrió en su trámite parlamentario en las comisiones unidas de Salud y Previsión Social del Senado, señalándose:

QUINCUAGÉSIMO. Que, de su simple lectura, puede concluirse que el nuevo texto aprobado en el primer trámite constitucional modificó sustancialmente el beneficio de seguridad social contenido en el Mensaje del Presidente de la República.

En efecto, mientras el beneficio propuesto en el Mensaje consultaba un límite de 30 unidades de fomento, tratándose tanto de trabajadores del sector público como del sector privado, el nuevo texto ha suprimido dicho límite. También suprimió la fuente de financiamiento permanente del beneficio;

De todo lo anterior, puede entonces concluirse que:

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que, en suma, con una modificación introducida al proyecto de ley por iniciativa parlamentaria, se configura un beneficio de seguridad social de características sustancialmente diferentes a las del propuesto por el Mensaje original, que, al suprimir los límites originales, establece mayores beneficios aplicables tanto a trabajadores del sector privado como público. Y adicionalmente, como es obvio, aumenta el costo del proyecto de ley, tal como consta del certificado que rola a fojas 82;

**2.7. División de la votación**

Complementando los argumentos anteriores, la sentencia se refiere al sentido que cabe asignársele a la solicitud de división de las votaciones en el Congreso Nacional en salas o comisiones. Destaca que, al poder provocar cambios en los proyectos, la división de las votaciones puede perfectamente ser considerada una indicación parlamentaria, aunque dichos mecanismos están perfectamente diferenciados en nuestro Derecho parlamentario. Por lo demás, en cualquier caso, el mecanismo formal utilizado es irrelevante, puesto que todo proyecto de ley puede modificarse y está fuera de discusión que dichas modificaciones no pueden contrariar la Constitución.

QUINCUAGESIMONOVENO. Que, de lo razonado en los considerandos precedentes puede concluirse que la expresión "indicación" es utilizada indistintamente con el sentido restringido o el sentido amplio que se han referido, por lo cual podría, sin mayor dificultad, atribuirse el carácter de "indicación" a la petición de dividir una proposición antes de empezar su votación, establecida en el artículo 164 del Reglamento del Senado;

SEXAGÉSIMO. Que, en definitiva, en lo que importa para esta sentencia, carece de toda relevancia si la proposición que dio origen a la

modificación del proyecto es denominada "indicación" o "petición de división de la votación", o si se tratara de cualquier otro dispositivo reglamentario apto para introducir una modificación pues, está fuera de discusión que todo proyecto de ley puede ser objeto de "adiciones o correcciones", que, como señala Silva Bascuñán al comentar el artículo 69 de la Constitución, *"pudieron llamarse posiblemente, de modo más comprensivo, adecuado y con alcance genérico 'enmiendas' o 'modificaciones', vocablos también muy exactos que se usan luego, respectivamente, en los incisos 1° y 2° del art. 68 (71), para significar la amplia voluntad del constituyente de permitir todo cambio que persiga alterar el texto de la iniciativa, que agregue o suprima un elemento, sustituya o varíe en cualquier forma el que figura en el mensaje, moción o texto en curso de aprobación."*(Tratado, Tomo VII, pág. 120);

SEXAGESIMOPRIMERO. Que siendo inconcuso que todo proyecto de ley puede ser modificado durante su proceso de formación, sea por sugerencia, proposición o indicación de un diputado o senador, o del Presidente de la República, resulta igualmente incuestionable que están prohibidas las modificaciones contrarias a la Constitución, y lo son no sólo aquellas ajenas a las ideas matrices o fundamentales del proyecto, sino toda modificación que infrinja la Carta Fundamental por cualquier otro motivo, formal, competencial o de fondo, materia que esta Magistratura ha abordado en numerosas ocasiones anteriores (Roles N°s 259, 410, 413, 560, 786, 1.005, entre otros)...

**2.8. Competencia derogada del Tribunal Constitucional**

Esta conclusión se ve reforzada, en la sentencia, citando el texto original del actual artículo 60 de la Constitución, resaltando así la importancia que esta le ha asignado a la limitación a las indicaciones que el Congreso Nacional puede realizar a los proyectos sometidos a su estudio:

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que, concluyendo esta reflexión conviene recordar que tal es la trascendencia que la Carta Fundamental atribuye a esta materia, que el texto original del inciso sexto del artículo 60 (57) de la Constitución, derogado en 1989, establecía que cesaría en el cargo de diputado o senador el parlamentario que, ejerciendo la función de presidente de la respectiva corporación o comisión, *"haya admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifiestamente con-*

*traria a la Constitución Política del Estado por el Tribunal Constitucional"*. Y agregaba que en igual sanción incurrirían *"el o los autores de la moción o indicación referida"*;

Pese a que la norma que se cita se encuentra derogada, el Tribunal extrae de ella, desde una lectura originalista, consecuencias respecto de la especial relevancia que tiene el tratamiento de las indicaciones que no se avienen con el texto constitucional.

SEXAGESIMOTERCERO. Que el origen de la disposición recordada en el considerando precedente fue descrito en sentencia de 26 de septiembre de 1997 (Rol N° 259. Considerandos 13° y 14°), de la siguiente manera:

*"13°. Que, el Consejo de Estado, en su Informe, repuso el texto de la Constitución de 1925, pero agregó un párrafo que contempló una drástica sanción para el evento del incumplimiento del mandato de la norma: 'Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto. El Presidente de la respectiva Corporación o Comisión y el o los autores de la indicación o corrección formulada en contravención a esta norma, sufrirán la sanción establecida en el artículo 57, inciso sexto, de la Constitución'. "Justificando el rigor de la medida propuesta, el Informe del Consejo puntualiza: 'La experiencia histórica chilena demuestra que el Parlamento desconoce el axioma según el cual, en materia de derecho público, las personas o corporaciones sólo pueden hacer lo que la Constitución o las leyes autorizan expresamente, por lo cual, si no se establecen sanciones, perdurará tan peligrosa y detestable corruptela'*;

*"14°. Que, la Junta de Gobierno dio su aprobación a la proposición del Consejo de Estado, y el texto quedó incluido en el proyecto sancionado por el plebiscito de 11 de septiembre de 1980.*

*"Cabe puntualizar que el inciso segundo del artículo 70, contenido en el anteproyecto de la Comisión de Estudio, no fue objeto de modificación alguna en el Consejo de Estado ni en la Junta de Gobierno.*

*Posteriormente, la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, suprimió el párrafo que contemplaba la sanción para el caso de contravenirse la norma;";*

SEXAGESIMOCUARTO. Que de la supresión de la norma constitucional aludida, en 1989, no puede extraerse conclusión alguna en el sentido de haberse relajado el rigor con que la Carta Fundamental prohíbe esta práctica, pues es obvio que se debió a motivos políticos de otro orden, propios de esa reforma, tendientes a facilitar el funcionamiento activo del Congreso Nacional, como de las demás instituciones democráticas. Como señala Silva Bascuñán (Tratado Tomo VI, pág. 334), siguiendo a Andrade G.: *"La ley de reforma constitucional 18.825, consecuencia del plebiscito de 30 de julio de 1989, derogó la disposición en análisis atendiendo, según el profesor Carlos Andrade, a su 'extrema rigurosidad* [...] *En realidad es una disposición que, por la sanción que implica, cesación en el cargo, paralizaría el trabajo parlamentario, tanto en la sala como en las reuniones de las comisiones legislativas"* (Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Editorial Jurídica de Chile, pág. 228)";

**2.9. Conclusiones de la sentencia**

Finalmente, después del análisis y la argumentación reseñados, la sentencia arriba a las conclusiones, que, a la luz de lo expuesto, evidentemente van en el sentido de estimar el requerimiento, declarando, en consecuencia, inconstitucional la norma aprobada por el Senado.

SEXAGESIMOQUINTO. Que, como aparece de las consideraciones expuestas, el Senado, al aprobar –en la forma como lo hizo– el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, alteró el proyecto presentado por el Presidente de la República, introduciendo a su respecto un aumento de beneficios al personal en servicio de la administración pública como también a trabajadores del sector privado, y modificó asimismo normas sobre seguridad social o que inciden en ella, materias todas en que, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos;

SEXAGESIMOSEXTO. Que los órganos del Estado, entre los cuales están las cámaras que integran el Congreso Nacional, deben someter su acción a la Constitución según lo prescribe el artículo 6°, inciso primero, de la Carta Fundamental, norma ésta que excluye todo comportamiento que entrañe una vulneración de los límites que la Constitución

les impone. De ahí resulta, en el caso que nos ocupa, la inconstitucionalidad del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo aprobado en primer trámite constitucional, pues, siendo por su contenido una disposición legal que corresponde a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, ésta no se ha ejercitado a su respecto, por lo que la norma aprobada por el Senado es inconstitucional y así se declarará.

## 3. Voto concurrente ministros Sr. Bertelsen Repetto y Sra. Peña Torres

Ambos ministros, compartiendo en su integridad los fundamentos del fallo que hemos reseñado, estiman que en las conclusiones del mismo debiera incluirse consideraciones relativas al efecto de la sentencia.

Plantean que, si bien el artículo 94 inciso 2° de la Constitución establece que las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales durante la tramitación del proyecto no podrán convertirse en ley, lo que impide que el artículo 197 bis del Código del Trabajo aprobado en el Senado siga tramitándose, nada impide que en el futuro se establezca un beneficio en los mismos términos, siempre y cuando esta norma sea de iniciativa del Presidente de la República, pudiendo el Congreso Nacional, en virtud del artículo 65 de la Constitución, solamente aceptarla, disminuirla o rechazarla.

## 4. Voto disidente de los ministros Sres. Viera-Gallo Quesney, Fernández Fredes, Carmona Santander y García Pino

Los ministros individualizados disienten del voto de mayoría y están por rechazar el requerimiento del Presidente de la República, expresándose en dos votos disidentes, el primero de ello suscrito por todos los ministros y el segundo, solamente por los ministros Fernández Fredes, Carmona Santander y García Pino.

### 4.1. Primera disidencia

**a. Cuestiones preliminares**

En primer lugar, el voto disidente se aboca a los antecedentes de la causa, examinando cuestiones preliminares que se consideran de relevancia.

Primero, se refiere a la necesaria deferencia que debe tener el Tribunal Constitucional con los otros órganos del Estado, señalando que no todos los

actos contrarios a la Constitución están dentro de su competencia (punto 6 de la disidencia).

Luego, señala que, como criterio interpretativo, debe considerarse el principio de la corrección funcional, es decir, no se deben alterar las funciones que la Constitución le ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales. Especial relevancia tienen a este respecto la deferencia razonada y la autorrestricción, tanto política como funcional (punto 7 de la disidencia).

A continuación, después de afirmar que el proceso de tramitación de la ley debe someterse a la Constitución, se señala que el control formal de constitucionalidad es excepcional, puesto que, en general, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución, es la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional la que regula la tramitación interna de los proyectos (punto 9 de la disidencia). Finalmente, en el mismo punto nueve, los disidentes señalan cuál es el papel del Tribunal Constitucional en el control formal de la tramitación de las leyes:

> Sólo compete al Tribunal Constitucional, en su calidad de órgano jurisdiccional –y no político–, conocer de infracciones a las normas constitucionales cuando se trate de vicios de relevancia jurídica que alteren la correcta manifestación de la voluntad normativa en alguna de las Cámaras. Al evaluar la naturaleza y la entidad de un vicio denunciado, el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración las características del proceso legislativo, el estado de desarrollo en que se encuentra y el carácter eminentemente político de sus deliberaciones;

En seguida, se sostiene que, para definir el presente conflicto, se hace necesario analizar los principios que rigen la formación de la ley, comentando estos principios y lo que implican en el iter legis:

> 16. Que el principio democrático garantiza el pluralismo en la formación de la ley, la aplicación de la regla de la mayoría (simple o calificada, según el caso) y la publicidad en la adopción de las decisiones (Biglino Campos, Paloma: Los vicios en el procedimiento legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 73);
> 17. Que, además, el proceso legislativo se rige por el principio de finalidad o pro-formación de la ley, que determina que todas sus etapas de deliberación y toma de decisiones por mayoría se dirigen a permitir la formación de la ley; el principio de impulso progresivo, conforme al cual una

> vez iniciada la discusión legislativa, el desarrollo y discusión posterior se impulsan con independencia de la voluntad de sus iniciadores; el principio de perfeccionamiento progresivo, conforme al cual todos los sujetos legitimados pueden intervenir en sucesivas etapas en la formación de la ley; el proyectos ley, sino diversas instancias sucesivas; el principio de la simple mayoría, conforme al cual la regla general es que las decisiones se adopten por mayoría y no se obstaculice la formación de la voluntad del legislador; el principio de control interno, que dispone que las propias Cámaras tienen la responsabilidad de controlar el respeto de las normas de procedimiento; y el principio de economía del derecho, conforme al cual el proceso legislativo debe orientarse a una utilización eficiente de los medios y actuaciones que prevé (Ministerio Secretaría General de la Presidencia: Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Tomo II, Santiago, 2000, p. 241 a 248);

A continuación, se recoge la referencia a la gravedad que deben tener los vicios de forma en la tramitación de un proyecto de ley para que estos ameriten la inconstitucionalidad del mismo proyecto.

Se señala, en primer lugar, que el proceso de formación de la ley es flexible, dada su naturaleza política, el necesario diálogo entre visiones contrapuestas y la búsqueda de las mejores soluciones (punto 18 de la disidencia).

Ya que los vicios graves que se produzcan durante la tramitación parlamentaria producen la nulidad, resulta necesario que su declaración sea excepcional y en los casos estrictamente contemplados en la Constitución, considerando los principios de conservación y economía del derecho (punto 19 de la disidencia).

Estos razonamientos deben completarse con una diferenciación entre los tipos de vicios que pueden producirse en el procedimiento y la finalidad de la norma:

> 21. Que de lo anterior se desprende que la evaluación de un vicio de procedimiento debe hacerse en relación a su trascendencia y atendiendo al propósito o finalidad de la norma procesal. Ello exige distinguir, por una parte, entre vicios consolidados o consumados y gérmenes de vicios que sólo se pueden concretar en etapas posteriores del debate de la ley; y, por otra parte, vicios insanables de aquellos que pueden ser reparados durante el desarrollo del proceso legislativo;

> 22. Que no procederá, en consecuencia, declarar la nulidad de una actuación si se han cumplido los fines de la regulación o se han eliminado los efectos que se estimaban contrarios a dicha finalidad o existe pendiente la posibilidad de que ello ocurra.

Al tenor de esta descripción base, el voto disidente argumenta: cuando estamos ante un vicio que puede subsanarse, los efectos del mismo no pueden considerarse atentatorios a la finalidad de la norma sino hasta que no es posible subsanar el vicio, lo cual solo se da con el fin del debate parlamentario.

> 24. Que, como se ha señalado, un vicio se subsana o convalida si en una actuación posterior se corrige la infracción. Una infracción a una regla del procedimiento puede ser subsanada, ya sea por sanación, es decir, por el cese de sus consecuencias negativas, o por subsanación, esto es, por la corrección del vicio en cuanto tal (Palacios Torres, Alfonso: Concepto y control del procedimiento legislativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 301). Ello puede ocurrir en la misma Cámara donde se originó la posible infracción o bien en la Cámara revisora, cuyo criterio debe ser refrendado por la Cámara de origen cuando conoce del proyecto en tercer trámite constitucional, o resolverlo en definitiva en la Comisión Mixta destinada a lograr un consenso frente a las discrepancias de criterio entre ambas Cámaras.
> En consecuencia, para analizar la alegación de haberse producido un germen de vicio de procedimiento es necesario que éste se haya concretado irreversiblemente en el proceso legislativo y sus efectos no puedan ser reparados, lo que por regla general sólo puede verificarse una vez concluida la discusión del proyecto de ley por parte del Congreso Nacional;

**b. Pronunciamiento sobre el fondo**

Primeramente, al pronunciarse sobre el fondo de lo debatido, el voto disidente cita el contexto en que se aprobó la norma, describiendo como se dio el proceso de división de la votación que dio origen a la norma finalmente impugnada (número 25 de la disidencia).

Se señala que todos aquellos llamados a intervenir en la tramitación de la ley lo hicieron o tuvieron oportunidad de hacerlo, y que, quienes pudieron im-

pedir la división de la votación, no lo hicieron. Enmendar aquello no es tarea del Tribunal Constitucional (número 27 de la disidencia).

Luego, los disidentes vuelven sobre la distinción entre los tipos de vicios de la norma, señalando:

> 29. Que la expresión "cuestiones sobre constitucionalidad" exige, en primer lugar, que se indique con precisión cuál es el vicio que se invoca (STC Rol N°23, C. 4°); y, en segundo lugar, que se trate efectivamente de un vicio consolidado que no admite sanación, es decir, que sus efectos sean irreparables.
> 30. Que ante vicios de forma reparables que repercuten en el contenido de las normas, la "cuestión de constitucionalidad" sólo se produce al final del proceso legislativo, cuando concluye lo que el Título II de la Ley del Congreso llama "la tramitación interna de los proyectos de ley". Sólo entonces, en casos como el sometido a conocimiento de esta Magistratura, queda configurada una infracción constitucional.
> El posible saneamiento o corrección de un vicio procesal inhibe la intervención del Tribunal Constitucional; lo contrario implicaría que éste asuma un rol activo en el debate legislativo que no le es propio, pudiendo lesionar la autonomía del Parlamento;

Por lo tanto, tratándose de vicios reparables, no corresponde al Tribunal pronunciarse, ya que ello solo es procedente una vez que se suscite una cuestión de constitucionalidad, la que no se produce sino hasta que termina el trámite legislativo (número 31 de la disidencia).

Finalmente se concluye que, en el presente caso, existe solamente un vicio reparable y que, por lo tanto, corresponde rechazar el requerimiento.

> 34. Que, en el presente caso, el proceso legislativo se encuentra en pleno desarrollo, por lo que no es posible dar cuenta de un vicio irreversible, atendido lo cual no se ha producido una cuestión de constitucionalidad propiamente tal;

Para terminar, la disidencia explica la razón para considerar que no se ha producido un vicio irrevocable.

Expone que lo que se cuestiona en el requerimiento no es el acto mismo sino que sus efectos, considerando que jamás puede desconocerse el derecho

de los parlamentarios a pedir la división de la votación (número 35 de la disidencia).

Señala que, atendiendo el estado de tramitación legislativa, el efecto producido no tiene aún efecto irrevocable, existiendo muchas posibilidades de enmienda:

> 36. Que, en el presente caso, la infracción alegada corresponde a un posible vicio de forma, sobre las preceptos constitucionales referidos a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que tendría como resultado una norma que, de ser refrendada por la Cámara revisora, contravendría la regulación constitucional que prohíbe al Congreso Nacional aumentar el gasto público propuesto por aquél (artículo 65 de la Constitución Política).
> Si el Congreso despachara la norma tal cual la aprobó el Senado, entonces el Ejecutivo podría escoger entre formular un veto aditivo o sustitutivo o plantear un requerimiento ante el Tribunal Constitucional a la luz de lo dispuesto por el artículo 65, inciso final, de la Constitución. Esta última opción puede ser también realizada si el veto no cumple su propósito al insistir el Congreso en su criterio.
> El Presidente también podría, en última instancia, recurrir a la facultad contemplada en el artículo 67, inciso final, de la Constitución reduciendo proporcionalmente los gastos en relación a los recursos contemplados en el proyecto de ley. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si perdiera un eventual requerimiento ante el Tribunal;

Finalmente, en apoyo a que el vicio aún no se configura, se sostiene que la norma del artículo 65 de la Constitución prohíbe al Congreso Nacional aumentar el gasto, pero no a una de las Cámaras, por lo que no es posible tomar un resultado provisorio como si fuese definitivo.

> 38. Que la prohibición del artículo 65, inciso final, se refiere inequívocamente al Congreso Nacional y no a una de sus Cámaras o comisiones legislativas. Tal precepto señala: "el Congreso Nacional sólo podrá…". Dicho artículo alude al Congreso Nacional, lo que da cuenta de que sólo se entenderá configurado el vicio una vez que ambas cámaras se hayan pronunciado, lo que no ha ocurrido en autos.
> No es posible invocar un resultado provisional como si fuese definitivo.

> En el presente caso, como lo han expresado públicamente varios ministros del Gobierno, existe voluntad de buscar acuerdos en la Cámara de Diputados, es decir, están contestes respecto del carácter provisorio de la norma aprobada por el Senado;

En virtud de todas estas consideraciones, los ministros disidentes consideran que el requerimiento del Presidente de la República debe ser rechazado, dado que no existe una cuestión de constitucionalidad propiamente tal que habilite una intervención del Tribunal.

**4.2. Segunda disidencia**

Ahora bien, los ministros Sres. Fernández Fredes, Carmona Santander y García Pino estuvieron por rechazar el requerimiento, considerando que el Senado no había incurrido en ninguna inconstitucionalidad, por los siguientes motivos.

**a. Criterios de interpretación**

En primer lugar, los disidentes exponen criterios interpretativos que consideran especialmente importantes, aun cuando algunos de ellos ya fueron expuestos en la primera disidencia.

El primer criterio interpretativo se relaciona con el hecho que la potestad legislativa corresponde al Congreso Nacional, aun cuando el Presidente de la República concurre a la formación de la ley, incluso con "derecho" de iniciativa exclusiva. La potestad de pronunciamiento afirmativo, negativo o modificativo es privativa del Congreso Nacional (punto 4 de la disidencia).

El segundo criterio tiene que ver con que el Congreso Nacional posee plenas facultades para aprobar, rechazar o modificar un proyecto de ley sometida a su aprobación y solo de forma excepcional se limita esa función, lo que, en tanto excepción, debe interpretarse y aplicarse restrictivamente (punto 5 de la disidencia).

En tercer lugar, las relaciones entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República deben interpretarse a la luz del principio de corrección funcional, respetando el sistema de frenos y contrapesos diseñado por la Constitución (punto 6 de la disidencia). A propósito de esto, se afirma más adelante:

> [...]Ahora bien, en 1997, esta Magistratura le entregó un poder al Presidente de la República (el de modificar el presupuesto por decreto), considerando que estábamos en presencia de la ejecución presupuestaria. Sin embargo, en la presente cuestión, lo que está en juego es el ejercicio de una facultad propiamente legislativa: la de aprobar o rechazar los proyectos de ley; (punto 8 de la disidencia).
> 9. Que este Tribunal no puede, entonces, obviar este precedente, pues implicó entregarle un poder al Ejecutivo durante la ejecución del presupuesto. Por lo mismo, dar otro paso más en ese mismo sentido, esta vez en materia de gasto público, nuevamente sobre la base de una interpretación, significa desbalancear nuestro sistema de equilibrios de atribuciones que diseña la Constitución. Mientras la ejecución del presupuesto está en la esfera del Presidente de la República, pues a él corresponde "cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley (artículo 32 N° 20, Constitución), la de aprobar o rechazar un gasto está en la esfera de atribuciones del Congreso, por mucho que ese gasto haya sido propuesto por el Presidente;

En cuarto lugar, la disidencia se refiere a la interpretación histórica de la Constitución, señalando:

> 10. Que, en cuarto lugar, la interpretación de la Constitución en materia de potestades financieras no puede realizarse estáticamente y descontextualizada de la realidad en que opera (STC Rol 1867/2010).
> En efecto, los motivos que tuvo el constituyente para restar potestades al Congreso en 1943, en 1970 y en 1980, deben ser revisados en el año 2011, pues el país y el contexto constitucional han cambiado.

Luego de analizar las diferencias económicas, sociales y jurídicas entre el presente y épocas anteriores, se concluye que el robustecimiento de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República ha generado que el Congreso Nacional ya no importe un riesgo de mayor gasto, estando ese riesgo limitado al Presidente y siendo el Congreso Nacional su principal mecanismo de control (punto 12 de la disidencia).

Cómo último criterio interpretativo, se señala que el procedimiento de formación de la ley se regula en la Constitución, en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y en el Reglamento de las Cámaras. Ello es

relevante porque la infracción al reglamento no genera cuestión de constitucionalidad. Los disidentes se explayan en este punto:

> 13. Que un último criterio de interpretación radica en que la tramitación de los proyectos de ley tiene tres niveles de regulaciones. Uno lo diseña la Constitución (artículos 65 y siguientes). Otro nivel se lo encarga la Constitución a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso (artículos 55, inciso final, y 74, inciso segundo). El tercer nivel lo abordan los reglamentos de cada cámara, a los que, por mandato de la Ley Orgánica del Congreso, les corresponde regular el funcionamiento interno de las Corporaciones (artículo 4°, Ley N° 18.918).
> El asunto no es menor, porque, por una parte, la facultad de dividir un proyecto de ley al momento de votarlo, no está regulada ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, sino que en el reglamento de cada corporación. Por la otra, porque este Tribunal considera que no puede conocer de la inconstitucionalidad de reglamentos (STC Rol 1216/2008) y su infracción no genera una cuestión de constitucionalidad (STC Rol 1216/2008);

**b. Ausencia de inconstitucionalidad**

Al analizar la inconstitucionalidad de las actuaciones del Senado y de las normas que de ella han derivado, la disidencia señalan que la división de la votación es una actuación perfectamente legítima y que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOCCN) solamente la prohíbe en circunstancias excepcionales (punto 15 de la disidencia).

Agrega que el Tribunal Constitucional ha ordenado dividir votaciones en casos prohibidos por la LOCCN, como, por ejemplo, en los informes de comisión mixta, que incluyen materias de quórum calificado y quórum simple, en donde se ordenó votar por separado unas y otras (punto 16 de la disidencia).

**b.1. No hubo indicación**

Los disidentes consideran que no hay inconstitucionalidad, puesto que no hubo ninguna indicación que se orientara a alterar el proyecto de ley sometido a examen.

> 17. Que, en segundo lugar, no hubo indicación de ninguna naturaleza destinada a aumentar el gasto. Sólo hubo una división de la votación.

Recordemos que indicación es una proposición mediante la cual se insta por una adición, supresión, modificación o corrección de cualquier naturaleza (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 122).
En el mismo sentido se ha expresado esta Magistratura, para quien la indicación es una adición o corrección que los órganos colegisladores pueden introducir a un proyecto de ley durante su tramitación (STC Roles 259/1997, 719/2007, 786/2007).
Tampoco cabe la división de la votación en el concepto amplio de indicación que el artículo 131 del Reglamento del Senado establece, en relación a las indicaciones que pueden formularse durante las discusiones de los proyectos;

**b.2. Rechazo parcial**

Para la disidencia, no habiendo indicación, debe entenderse que hubo en el caso de autos un rechazo parcial de la ley, cuestión que es totalmente posible y que no implica inconstitucionalidad. Esto es así por varios motivos:

22. Que, en primer lugar, lo es porque la Constitución no distingue cuando otorga la facultad al Congreso. Las facultades que éste tiene comprenden la de aceptar o rechazar, de modo total o parcial, lo que se le someta.
En segundo lugar, porque la Constitución reconoce que el Congreso puede rechazar todo un proyecto en general, en cuyo caso no puede renovarse sino después de un año (artículo 68). Si puede, en consecuencia, rechazarlo en su globalidad, creemos que puede perfectamente aprobarlo parcialmente.
En tercer lugar, porque la Constitución permite que el Congreso pueda disminuir lo propuesto por el Presidente. La disminución es una forma de rechazo parcial a un proyecto.
En cuarto lugar, porque si lo que se restringe es la facultad de aumentar, al establecerse sólo la de disminuir, recobran plenitud las otras facultades que la Constitución entrega al Congreso Nacional. Es decir, la de aprobar o rechazar total o parcialmente un proyecto de ley.
En quinto lugar, porque no pueden interpretarse las facultades del Congreso a la luz de las facultades del Presidente de la República de iniciativa exclusiva sobre ciertas materias de ley. Es de la esencia de

un órgano deliberativo, decisorio y de alta representatividad, pronunciarse en plenitud respecto de lo que se somete a su consideración. Nuestro régimen político es representativo (artículo 5°, Constitución). Por lo mismo, el Congreso actúa como un órgano representante de la soberanía popular al aprobar o rechazar las iniciativas que se someten a su consideración.

Por tanto, una facultad es la de tener el monopolio para presentar ciertos asuntos de ley a discusión del Congreso, y otra es la garantía de la aprobación de la iniciativa tal cual se presentó. Así como la iniciativa exclusiva implica la prohibición para el Congreso de proponer estas materias para ser discutidas, la facultad de aprobación o rechazo que tiene el Congreso excluye al Ejecutivo de esa materia, porque es un asunto que cae en la esfera de atribuciones propias del Congreso;

**b.3. No se buscó aumentar el gasto**

La sentencia, a continuación, expone los motivos que los legisladores expresaron para realizar la votación dividida del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo. En el número 25 de la disidencia, se exponen dos razones: que la norma constituía un acto discriminatorio contra las mujeres con ingresos superiores a 30 UF y que era un retroceso en materia de derechos de seguridad social. Concluye la disidencia que los motivos que se tuvieron a la vista estaban relacionados con la ponderación de los derechos.

La relevancia de este examen es expuesta en el número 28:

> 28. Que todo lo anterior es importante por la doctrina de este Tribunal respecto del efecto central y del efecto colateral que debe guiar el análisis de una iniciativa que pueda implicar gasto.
>
> Dicho test fue establecido en la sentencia Rol N° 786. Conforme a ella, hay que hacer un distingo: uno es el efecto central de una indicación y otro es el efecto colateral que pueda implicar. Cuando el efecto central no busca el mayor gasto público, pero el efecto colateral es que sí lo produce, no hay ninguna inconstitucionalidad;

Siendo un posible aumento de gastos un efecto solamente colateral, no cabría la declaración de inconstitucionalidad.

A continuación, la disidencia se hace cargo del argumento que señala que

la actuación del Senado habría privado de fuente de financiamiento al nuevo postnatal parental, al eliminar la referencia al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía.

Los disidentes señalan que esto no es efectivo, por las razones siguientes:

> 33. Que la supresión de la referencia al Fondo no implicó vulnerar la norma de indicar la fuente de los recursos necesarios para atender el gasto.
> En primer lugar, porque el proyecto que fue despachado al Senado, contiene un artículo cuarto, que indica que el mayor gasto fiscal que represente la ley durante el año 2011, será financiado con cargo a los recursos de la Partida Presupuestaria del Tesoro Público de la Ley de Presupuestos del sector público vigente. Tiene el proyecto, por tanto, una fuente genérica: la Ley de Presupuestos.
> En segundo lugar, porque tiene una fuente específica. En efecto, la referencia que hacía el proyecto al Fondo no era necesaria, dado que la Ley N° 18.418, del año 1985, estableció que el pago de los subsidios que se otorguen por reposos maternales y permiso por enfermedad del hijo menor de un año, son de cargo del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía. Por lo mismo, el pago de estos subsidios se hace con cargo a este Fondo porque así lo ordena la Ley N° 18.418. El proyecto sólo reiteraba lo anterior.
> En tercer lugar, porque las normas del proyecto de ley que quedaron subsistentes en el artículo 197 bis, remiten al artículo 198 que se incorpora al Código del Trabajo. Este, a su vez, convoca al D.F.L. N° 44 de 1978, que establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. Y este D.F.L. remite al D.F.L. N° 150, que norma el Fondo Único de Prestaciones. Tanto es así, que el artículo 2° del proyecto modifica el D.F.L. N° 44 para incorporar al artículo 197 bis en su texto;

Finalmente, la disidencia se hace cargo del argumento que señala que la nueva norma, emanada del Senado, genera un mayor gasto, cuestión que sería de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, señalando:

> 35. Que, en tercer lugar, en relación al eventual mayor gasto que el rechazo parcial del proyecto habría significado, cabe señalar lo siguiente.

> Desde luego, de acuerdo al D.F.L. N° 150 recién citado, el Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía opera sobre la base de un programa anual que es aprobado por decreto supremo del Ministerio de Hacienda y del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. En dicho programa se contiene el presupuesto de ingresos y gastos y debe consultar las reservas presupuestarias que se estimen necesarias (artículo 23, D.F.L. N° 150/1981, Trabajo). Para tal efecto, todas las instituciones pagadoras del beneficio deben preparar presupuestos y programas particulares (artículo 24, D.F.L. N° 150/1981, Trabajo). Por lo tanto, el presupuesto del Fondo se determina por un decreto del Ministerio de Hacienda.
>
> La autoridad financiera, en consecuencia, tiene la facultad para programar dicho gasto;

Luego, se indica que la regulación del gasto en la ley no es realizada por el artículo 197 bis sino que por el nuevo artículo 198 del Código del Trabajo, el que no fue modificado por el Senado (número 36 de la disidencia). A su vez, el artículo 198 utiliza, para la regulación de este gasto, una referencia a los artículos 197 bis y al DFL 44.

Conclusión de todo lo anterior es lo siguiente:

> 38. Que la consecuencia de lo anterior no es que se genere automáticamente un mayor gasto. Una lectura apresurada de sólo el artículo 197 bis, podría permitir una conclusión en tal sentido. Si se eliminó el tope para dicho cálculo, el subsidio carece de él.
>
> Sin embargo, el artículo 197 bis nunca estableció las remuneraciones bases para calcular el subsidio. Eso lo hizo siempre el artículo 198. Esa es la norma que establece el pago del subsidio.
>
> Al desaparecer en el artículo 197 bis un referente central para el cálculo del subsidio, la consecuencia no es que este quedó sin tope y que, por tanto, se aumentó el gasto, sino que el artículo 198 no se puede aplicar;

En consecuencia, la modificación del Senado no genera un mayor gasto, sino que simplemente priva al nuevo artículo 198 de uno de sus presupuestos de aplicación. Pero, al no tratarse de una ley vigente sino de un proyecto de ley, no es necesaria una interpretación que subsane el vacío producido, puesto

que ello es labor del legislador en lo que resta de trámite de formación de la ley (número 39 de la disidencia), no siendo evidentemente este un problema de constitucionalidad.

Finalmente, se ofrece una conclusión general de la disidencia, señalándose, de acuerdo a lo anteriormente expresado:

> 41. Que, así las cosas, nunca se materializará un eventual mayor gasto, pues la norma tal como quedó despachada por el Senado, no puede producir efectos, al estar incompleta;

Por todas estas razones, los ministros disidentes consideran que el requerimiento debe ser desestimado.

## 5. Conclusiones generales del comentario

Desde una perspectiva general, claramente este conflicto debe ser situado dentro de las competencias atributivas que poseen los órganos colegisladores que reconoce nuestra Constitución, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional, y cuyas actuaciones deben circunscribirse al importante procedimiento de elaboración de las leyes. Este tiene como eje central el Parlamento, que esencialmente es una instancia deliberativa y representativa que toma decisiones mayoritarias. Además,[4] no se debe pasar por alto que lo que cualifica a la ley en el sistema de fuentes es su procedimiento de elaboración, ya que en esta perspectiva la democracia es, sobre todo, un procedimiento cuyo actor esencial es el Parlamento. Ello sin olvidar que la democracia es también un principio estructural-material del sistema constitucional chileno (artículos 4° y 19 N° 15, inciso 6°, de la Carta Fundamental).

En el procedimiento deliberativo de elaboración de la ley que regula la actual Carta, y aquí radica el problema central que ha debido abordar la sentencia en comento, es necesario ponderar cuál es el grado y oportunidad de intervención que se le permite al Presidente de la República en este procedimiento democrático; tanto en su calidad de colegislador con iniciativa exclusiva (por ende, es él quien inicia con su voluntad de dirección política, originaria y no definitiva, tal procedimiento) como de eventual legitimante activo para recurrir al Tribunal Constitucional durante la tramitación de los proyectos de ley.

4 Biglino Campos, Paloma, "Los vicios formales y vicios materiales de la ley", ejemplar mecanografiado inédito, Valladolid, 1999.

Esto, sin lugar a dudas, genera conflictos competenciales con un alto contenido jurídico-político, pues, además de la impulsión política que posee el Poder Ejecutivo en este campo, el procedimiento deliberativo que debe liderar el Congreso Nacional, como ya se ha dicho, lleva implícita una de las categorías políticas más relevantes en la forma de ley: el principio democrático.

De ahí que la solución de este asunto no debería haber discurrido solamente dentro de la esfera del sistema de reglas constitucionales (como un mero control atributivo-formal), sino que también debiera haber integrado en su argumentación el rol directriz que juega la democracia deliberativa, como principio estructural, dentro del procedimiento de elaboración de la ley (como un control, más bien, atributivo-material). En efecto, las reglas competenciales de los órganos colegisladores debieron haberse interpretado progresivamente a la luz del principio democrático-deliberativo que encarna el procedimiento de elaboración de la ley, precisando, de esta forma, el rol que le cabe a cada uno de los órganos colegisladores y los grados de intervención y protagonismo que fijan las limitaciones preestablecidas en nuestro sistema constitucional. No debió prevalecer, como ha ocurrido en definitiva, la voluntad inicial del Poder Ejecutivo, cercenando la toma de decisión mayoritaria de una Cámara del Congreso Nacional (Senado) e impidiendo la deliberación ulterior de la otra Cámara (Diputados). Dicho en otros términos, esta vía de control no ha permitido el desarrollo deliberativo posterior con independencia de la voluntad política inicial que había impulsado el Mensaje presidencial.

Con esta sentencia *el Tribunal Constitucional ha creado una limitación* (lo que se contrapone a los presupuestos básicos de la teoría del control jurídico, cual es, que solo verifica limitaciones preestablecidas y nunca puede ser una limitación en sí misma), afectando esencialmente la deliberación democrática, y entrando, de paso, en el campo de la discusión política de fondo que estaba implícita en este asunto del postnatal: la legítima posibilidad del Congreso Nacional de deliberar en torno al gasto social en Chile, asunto altamente contingente y de un profundo contenido político-democrático, obviamente ajeno a la esfera atributiva de un órgano jurisdiccional que debe llevar a cabo un genuino control jurídico.

Ahora bien, en un plano más específico y en concordancia con la conclusión anterior, se debe indicar que el Tribunal, en el auto de admisión a trámite del requerimiento, haciendo uso exorbitante del principio pro-requirente, obvia los defectos y las pretensiones procesales del requerimiento. La mencionada resolución señala:

> 6° Que del examen del requerimiento interpuesto y de los antecedentes que a él se acompañan permite concluir que este cumple con los requisitos establecidos en las disposiciones legales citadas y en las demás pertinentes de la mencionada ley orgánica constitucional para ser admitido a tramitación.

Sin embargo, el requerimiento y sus pretensiones procesales contienen defectos que devienen en la falta de presupuestos procesales básicos, cuestión que determina la imposibilidad de que el mismo sea conocido por el Tribunal.

En efecto, falta un presupuesto procesal básico del control de normas: un conflicto constitucional que, por la naturaleza del control: preventivo, facultativo y abstracto, es un conflicto trabado entre un acto estatal denominado proyecto de ley y su contenido preceptivo, y una norma precisa de la Constitución. Como bien indica el Tribunal Constitucional:

> "[...] las cuestiones de constitucionalidad han sido entendidas por este tribunal como "*un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o en el seno mismo del segundo* (STC Rol 23/1984 de 26 de Septiembre, considerando 4° letra a)"[5]

El conflicto constitucional es un conflicto de normas: normas-prenormas legales o disposiciones de un tratado –todas infraconstitucionales– y la Constitución. Además, el conflicto debe trabarse sobre normas determinadas en razón de vicios de inconstitucionalidad material, formal o competencial. Es decir, la infracción del Derecho de la Constitución, en cuanto fuente de fuentes y ley suprema, opera en razón de la materia o contenido dogmático (normas de principio iusfundamentales) infingido por las normas infraconstitucionales, la forma o las reglas procedimentales (normas iusfundamentales de organización y funcionamiento) de formación de estas normas infraconstitucionales, o la competencia o la delimitación competencial realizada por normas iusfundamentales del ámbito de la potestad normativa que se expresa en estas normas infraconstitucionales.

El requerimiento de inconstitucionalidad impugna "actuaciones", por lo

5 Tribunal Constitucional, Rol 1504/2009 del 3 de noviembre de 2009.

que falla el presupuesto procesal básico de la competencia estipulado en el número 3 del artículo 93 de la Constitución, no resultando posible identificar "cuestiones sobre constitucionalidad" en las que intervenga una parte preceptiva de un proyecto de ley en tramitación.

Cabe legítimamente preguntarse qué pretende la requirente: ¿qué el TC instruya al Senado para que repita la votación del pasado 19 de mayo? ¿Qué el TC declare que las actuaciones de senadores u órganos del Senado han infringido la Constitución?

Por otra parte, en su considerando decimoséptimo, la sentencia hace una interpretación amplia de su competencia en materias constitucionales, señalando que la Constitución radicó en el Tribunal Constitucional la solución de los conflictos constitucionales, por lo que, de acuerdo al espíritu de la Carta, no puede sustraerse del conocimiento de este asunto, ligando el argumento al principio de inexcusabilidad.

Este razonamiento falla en dos aspectos. En primer lugar, no cualquier conflicto constitucional cabe dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional. El control de constitucionalidad en nuestro país descansa en un complejo sistema de garantías jurídicas, políticas y sociales, empleando la clásica distinción que Jellinek nos hereda (*Teoría general del Estado*, p. 591). Con la reforma constitucional de 2005, el control jurisdiccional de constitucionalidad de normas se concentra en el Tribunal Constitucional, subsistiendo otros controles jurídicos que importan, de modo directo o indirecto, un enjuiciamiento de constitucionalidad de normas, como ocurre con los controles de juridicidad que Contraloría General de la República hace respecto de DFL y actos administrativos. Conceptualmente, estos controles jurídicos de constitucionalidad están residenciados en órganos letrados independientes y es un control objetivado; los órganos encargados de ejercerlo no han de ser "limitadores" sino verificadores de limitaciones preestablecidas: "[...] órganos que no mandan sino que frenan [...]".[6] Cuestión de máxima esencialidad, como ya se ha dicho, en todo control jurídico.

En este mismo contexto, los controles políticos de constitucionalidad encomendados a órganos políticos siguen operando normalmente en una lógica de un Estado de Derecho. En la especie, sostenemos que la decisión sobre la admisibilidad, ya sea de proyectos de ley, de mociones o mensajes, o de indicaciones, incluidas las proposiciones, es un tipo específico de control de cons-

6 Aragón, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", en *REDC*, 17, (SEC) 1986.

titucionalidad político residenciado en los órganos unipersonales (Presidente de la Corporación, Presidente de la Comisión de que se trate), sin perjuicio de la revisión por el órgano asambleario (sala) o por el órgano colegiado (comisión). En la especie, la discusión producida en torno a la "división de la votación" en el Senado, que fue objeto de impugnación, resulta preceptivamente en un ejemplo de control político, al igual que los demás ejemplos que cita el requerimiento.

De este modo, el control político de constitucionalidad es un complemento necesario e indispensable del control jurisdiccional, especialmente relevante cuando un acto estatal (Reglamento Parlamentario) está excluido de este último tipo de control.

Por ende, toda controversia derivada de la aplicación de una regla o norma del reglamento camaral es una controversia directamente reglamentaria e indirectamente legal y constitucional, según sea el caso, que se resuelve conforme a sus propias reglas y que posee mecanismos de control de constitucionalidad políticos. Así, por lo demás, lo ha resuelto el propio Tribunal Constitucional:

> Decimocuarto.- Que solo resta por señalar, para dilucidar la cuestión que se nos ha sometido, que la controversia dice relación con la aplicación del artículo 25 del Reglamento de la Cámara en relación con la declaración de admisibilidad de un proyecto que tiene por objeto reformarlo.
>
> En consecuencia, es a todas luces evidente que lo planteado a este Tribunal es un problema que se refiere a dicho reglamento, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 56, inciso segundo de la Carta Fundamental, y no se está en presencia, por lo tanto, de una cuestión de constitucionalidad.[7]

Tiene razón la sentencia al afirmar que su competencia está definida, principalmente, por la existencia de conflictos de constitucionalidad, pero falla al olvidar que no todos los conflictos de constitucionalidad son de su competencia.

El requerimiento de inconstitucionalidad hace tabula rasa de la competencia del Tribunal Constitucional en general y de la competencia del control de

7 Tribunal Constitucional, Rol 1216/2008, del 30 de octubre de 2008.

normas taxativamente singularizadas en los números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 16 del artículo 93 de la Constitución.

En términos simples, el requerimiento de inconstitucionalidad impugna las "actuaciones ejecutadas por el H. Senado", consistentes en "dividir la votación" de un artículo de un proyecto de ley, lo que equivale a impugnar la constitucionalidad de un dispositivo consagrado en el artículo 164 del Reglamento del Senado de la República y en el artículo 146 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido contundente en destacar que el reglamento camaral es no justiciable y su impugnación acarrea la falta de un presupuesto procesal y, por ende, la falta de competencia:

> Quinto.- Que las atribuciones de este Tribunal están taxativamente indicadas en el artículo 93 de la Carta Fundamental, de modo tal que solo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre las materias que estén contenidas en los dieciséis numerales que dicha disposición contiene, entre las cuales no se encuentra el resolver acerca de la eventual inconstitucionalidad planteada por los actores respecto de la declaración de admisibilidad de un proyecto de modificación del Reglamento de la Corporación, efectuada por el Presidente de la Cámara de Diputados;
>
> Sexto.- Que, más aun, el señalado precepto de la Constitución, en su N° 3°, que es el invocado por los requirentes, solo autoriza a esta Magistratura para resolver "las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del congreso".
>
> Queda claro, por lo tanto, que en cumplimiento de la misión primordial que le corresponde de velar por la supremacía constitucional, la competencia del Tribunal está circunscrita, de acuerdo con lo que dispone dicha norma que sirve de fundamento al requerimiento, a resolver problemas de constitucionalidad en relación con los cuerpos normativos que en ella se indican, mas no aquellos surgidos por la aplicación de los reglamentos de las Cámaras por sus propias autoridades.[8]

8 Ibíd.

Ilustra lo antes expuesto la circunstancia de que el Poder Constituyente derivado, al refundar el Tribunal Constitucional, excluyese el reglamento parlamentario como un acto estatal susceptible de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Asimismo, la apelación al principio de inexcusabilidad que realiza en sus considerandos decimosexto a decimonoveno resulta improcedente, ya que faltan elementos o presupuestos básicos para que el principio tenga aplicación, a saber, que el Tribunal sea llamado a intervenir en la "forma legal" y en negocios de su competencia.

El Tribunal utiliza el principio de inexcusabilidad para afirmar su propia competencia y la corrección del requerimiento, cuando en realidad estos son dos presupuestos necesarios de aplicación de la inexcusabilidad, sin que pueda justificarse la existencia de una cosa utilizando como fundamento aquello que requiere de esa cosa para existir.

En efecto, el artículo 76 inciso 2° de la Constitución, que consagra el principio de inexcusabilidad como un principio del "Poder Judicial", dispone:

> Reclamada su intervención *en forma legal y en negocios de su competencia*, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.[9]

Similar tenor tiene el inciso 2° del artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Pero ninguna de estas normas resuelve el problema planteado en autos respecto de la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del requerimiento.

La sentencia afirma su competencia para conocer del asunto utilizando como fundamento el principio de inexcusabilidad. Sin embargo, es precisamente el debate en torno a la existencia de la competencia el que determinará en definitiva si procede o no la aplicación del principio de inexcusabildad, y no a la inversa. Además (como se desprende de los considerando decimoséptimo y decimoctavo), utilizar como doctrina jurisprudencial, para reafirmar su competencia en este asunto, la sentencia Rol N° 591 no sería del todo pertinente: dicha sentencia fue muy criticada por la doctrina en su momento por haber ampliado el Tribunal Constitucional, por vía interpretativa, su esfera competencial a otros actos normativos no mencionados en el artículo 93.

9 Destacado de los autores.

Estos son problemas del requerimiento (y, por extensión, de la sentencia que lo acoge, pero que nacen en la forma de interponer el mismo), el que es objeto de una verdadera operación de salvataje por la sentencia. El Tribunal a este respecto plantea:

> DECIMOCUARTO. Que si bien la competencia específica del Tribunal Constitucional respecto de la atribución que se comenta dice relación con "*proyectos de ley*", no cabe duda que el contenido normativo que se impugna tiene su origen en una acción u omisión de uno de los órganos colegisladores que ha dado como resultado una determinada preceptiva que, en cualquier fase de la tramitación del proyecto de ley de que se trata, pueda estimarse contraria a la Ley Suprema;
> DECIMOQUINTO. Que, desde el punto de vista explicado, los términos en que el requerimiento haya sido redactado, no tienen incidencia en la determinación de la competencia específica del Tribunal Constitucional para zanjar una cuestión de constitucionalidad cuando el mismo expresa, inequívocamente, un desacuerdo entre los órganos colegisladores respecto de la conformidad de un determinado proyecto de ley con la Carta Fundamental, como ocurre en el presente caso.
> Efectivamente, a la luz de los antecedentes que conforman el presente proceso, a estos sentenciadores les resulta claro que, en la especie, se ha planteado una cuestión de constitucionalidad, de aquellas a que se refiere el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, y cuya resolución se encuentra, por ende, dentro de la esfera competencial que el Constituyente ha asignado a este Tribunal;

Ahora bien, sabemos de la existencia del principio iura novit curia y del artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC), que faculta al Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de una norma cuestionada por fundamentos diversos a los alegados. Sin embargo, la sentencia va mucho más allá de la aplicación de la preceptiva anterior.

Tanto para la aplicación del principio iura novit curia, como del artículo 69 de la LOCTC, es necesario, nuevamente, que el Tribunal sea competente; además, la forma en que el requerimiento esté redactado y las pretensiones procesales que contenga no son tan irrelevantes como afirma la sentencia.

Si bien existe la facultad del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad por motivos diferentes a los alegados en el requerimiento,

esta facultad no puede extenderse de modo tal que se falle ampliando indebidamente su competencia y más allá de lo pedido por la parte requirente. Ello es simplemente extrapetita, lo que está más allá de la competencia, incluso, del Tribunal Constitucional.

Por lo demás, el artículo 69 en modo alguno establece que los conflictos constitucionales dejen de ser conflictos de normas, otra cuestión debatida. Como se ha afirmado antes, el control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional es un control de normas y, en el requerimiento, lo impugnado es una "actuación" del Senado, no una norma.

Este es un defecto del requerimiento que lo priva de los presupuestos procesales necesarios y que no puede desaparecer con el argumento que, constatado un conflicto de constitucionalidad, la redacción del requerimiento es irrelevante, ya que cualquier principio o norma que se aplique no puede derivar en que el Tribunal termine fallando lo que a su criterio debió reclamarse y no sobre lo reclamado por el requirente.

Existe, finalmente, una dura conclusión: el proyecto de ley de "postnatal parental" fue finalmente aprobado por el Congreso Nacional y promulgado por el Presidente de la República con fecha 6 de octubre de 2011 (Ley N° 20.545 del 17 de octubre de 2011 que modifica normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental) y de la negociación resultó la extensión del permiso a 6 meses y con cobertura universal de 66 UF, con flexibilidades. Es decir, la decisión del Tribunal Constitucional, velando por los "fueros" del Gobierno en cuanto colegislador, es una victoria gubernamental "pírrica", se dirá testimonial, pero lo cierto es que, como ya se ha dicho, el conflicto planteado ante el Senado era propio del ámbito de la política, excedía la competencia de esta Judicatura, y se resolvió en el campo de la deliberación democrática en el Congreso Nacional. Pero, en el camino, el Tribunal Constitucional emerge como un auxilio "ortopédico" de un presidencialismo minoritario.

Esa politización intencionada del Tribunal Constitucional y aceptada por este, a nuestro juicio, es un mal camino, que puede terminar deslegitimando a la Judicatura. El primer síntoma de ello se observa cuando se habla de un Tribunal "empatado" o de una "mayoría en bloque", cuando se desarma el lábil empate.

Con todo, esta politización aceptada por el Tribunal nos retorna a una cuestión basal antes planteada y que pasa por la autocomprensión de esta Judicatura de sí misma: un "guardián" e intérprete supremo de la Constitución que

decide pretorianamente acerca de su propia competencia y que es creador de su Derecho material, o un "tribunal", de origen político pero de integración letrada, especializada, independiente e imparcial y con una competencia tasada.

Esta basal cuestión de autocomprensión es crucial para la legitimidad e inserción contramayoritaria del Tribunal Constitucional en nuestra democracia constitucional.

## 6. Post scriptum

### 6.1. Retorno del Tribunal Constitucional a su doctrina jurisprudencial

Con fecha 9 de diciembre de 2011, se dictó una sentencia interlocutoria, por parte del Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2136/2011, que recayó sobre requerimiento de 43 diputados respecto de "actuaciones" del Senado en la tramitación de la Ley de Presupuestos del Sector Público. Agregamos un breve comentario de esta sentencia a este trabajo por estimar que se trata de un retorno de esta Judicatura a su doctrina jurisprudencial tradicional y a un enfoque adecuado de los conflictos constitucionales (conflicto de normas), de su competencia de control de constitucionalidad preventivo, abstracto y facultativo de normas (no "actuaciones") y de las limitaciones del principio pro requirente (relevantes para la "forma legal", uno de los presupuestos del principio de inexcusabilidad).

Mediante la sentencia interlocutoria comentada, dictada en la etapa procedimental de admisión, no se acoge a tramitación el requerimiento por no cumplir con los requisitos que la ley y la Constitución contemplan para que el Tribunal Constitucional ejerza el control de constitucionalidad preventivo, abstracto y facultativo durante la tramitación de un proyecto de ley.

En primer lugar, se señalan las "condiciones" o presupuestos de la competencia del N° 3° del artículo 93 de la Constitución y que singulariza el inciso 1° del artículo 63 de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, los que deben concurrir para ejercer el control de constitucionalidad preventivo, abstracto y facultativo durante la tramitación de proyectos de ley.

> 9°. Que sobre el particular, este Tribunal ha señalado que:
> "*Las condiciones esenciales que deben concurrir copulativamente para que el Tribunal pueda ejercer la atribución que se le confiere, son las siguientes:*
> *a) Que se suscite una cuestión de constitucionalidad, esto es, un desacuerdo,*

*una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o en el seno mismo del segundo. El artículo 82 inciso 4° y la disposición vigésima segunda transitoria señalan, taxativamente, quiénes están legitimados para formular el requerimiento;*

*b) Que la desigual interpretación de las normas constitucionales, en el caso en estudio, se produzca en relación a un proyecto de ley o a una o más de sus disposiciones;*

*c) Que la discrepancia que se suscite sobre la preceptiva constitucional en relación a las normas de un proyecto de ley* ***sea precisa y concreta****. Esta condición delimita la competencia del Tribunal para resolver el asunto sometido a su consideración y adquiere especial relevancia, si se recuerda que la acción sólo puede ser deducida por titulares nominativamente señalados por la Carta Fundamental y que el Tribunal no puede actuar de oficio, debiendo ajustar su resolución estrictamente al "objeto pedido" en el requerimiento, y*

*d) Que la cuestión de constitucionalidad se suscite "durante la tramitación del proyecto de ley". En consecuencia, el período en que puede formularse el requerimiento, durante el proceso de formación de la ley, se extiende desde el momento en que el proyecto respectivo ha iniciado su tramitación legislativa y hasta aquel en que se ha "producido la sanción expresa, tácita o forzada de la ley, es decir, ya aprobada por el Presidente o transcurrido el plazo para observarla o comunicado por la Cámara de origen el resultado de las observaciones que se hubieren formulado" (Silva B. Alejandro, El Tribunal Constitucional, Estudio contenido en la obra "La Reforma Constitucional de 1970", pág. 249)* (Rol 23/1984, considerando 4°)*;*

A continuación, se expresa que este control solamente puede extenderse a disposiciones del proyecto de ley (control de normas, no de "actuaciones"), debiendo fundarse en forma precisa el requerimiento y los vicios de inconstitucionalidad que motivan la impugnación.

10°. Que, del mismo modo, se ha sentenciado que, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 93, N° 3, de la Constitución Política para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, el Tribunal Constitucional tiene únicamente competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad que contenga el requerimiento respectivo, la que sólo pue-

de afectar a disposiciones incluidas en dicho proyecto, sin que pueda esta Magistratura, con motivo del ejercicio de su atribución de control preventivo de constitucionalidad, extender el examen, de conformidad con la Carta Fundamental, a preceptos legales vigentes. Es necesario, por consiguiente, pues de ello depende la competencia específica del Tribunal en el caso sometido a su conocimiento, *"que el requerimiento contenga no sólo una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta, sino sobre todo que señale en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada y el vicio o vicios de inconstitucionalidad que afectarían a los preceptos legales contenidos en el proyecto de ley que se impugna"*. Así, la exigencia de formular de modo preciso la cuestión de constitucionalidad y los vicios de inconstitucionalidad aducidos, sean de forma o de fondo, requiere *"que los reproches tengan por objeto el o los preceptos legales del proyecto considerados en sí mismos, pues la finalidad que persigue el control preventivo de constitucionalidad es evitar la introducción en el ordenamiento jurídico de disposiciones inconstitucionales"* (Rol 1292/2009)"

Luego, se señala que el requerimiento no cumple con la exigencia de contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, toda vez que estos no se precisan claramente.

11°. Que, en el caso de autos, de la simple lectura del escrito se desprende que éste no cumple con la exigencia indicada de contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo;
12°. Que, justamente, no se precisa con meridiana claridad y de manera circunstanciada, los hechos acaecidos en el hemiciclo en ambas Cámaras y que sirven de sustento al cuestionamiento de constitucionalidad del proyecto de ley de presupuesto y, de igual forma, cuál es la norma de esta última que de manera específica se cuestiona como contraria a la Carta Fundamental. Así, sólo se alude a un supuesto *"acuerdo reglamentario"*, que habría autorizado la incorporación mediante una enmienda de la Secretaría y del Ministerio de Hacienda del *"programa impugnado"* (fojas 2 vta.). Del mismo modo, se da por sentado que la Mesa del Senado habría aceptado por *"vía administrativa un ajuste de las asignaciones de un programa rechazado a otro programa dentro de la Partida del*

*Tesoro Público"* (fojas 3) o que *"mediante un acuerdo reglamentario"* dicha Mesa habría efectuado *"en el trámite legislativo de la ley de presupuesto una consolidación de los agregados por parte del Ministerio de Hacienda y la Secretaría, sin votar formalmente una indicación del Presidente de la República"* (fojas 4);

13°. Que, de esta forma, no se satisfacen las exigencias contenidas en el inciso primero del artículo 63 de la Ley N° 17.997 para admitir a tramitación el requerimiento y que son esenciales para que se configure con certeza la competencia específica de esta Magistratura en el caso concreto sometido a su conocimiento, y para que los órganos constitucionales interesados puedan formular sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimen necesarios;

Por otro lado, la resolución considera que no se cumple con el imperativo de señalar de manera precisa el conflicto de constitucionalidad que se plantea.

14°. Que, por otra parte, el requerimiento no cumple con el imperativo de señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas, según exige el mismo inciso primero del artículo 63 de la Ley N° 17.997;

[...]

16°. Que, como ha podido observarse, se citan, como infringidos, por la actuación del Senado que se impugna, los artículos 65 y 67 de la Constitución Política.

El artículo 65 alude a los órganos que poseen iniciativa de ley y a las exigencias que debe cumplir aquella que proviene de los parlamentarios (inciso primero); a la Cámara específica en que deben originarse determinados proyectos de ley (incisos segundo y tercero); a las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (incisos cuarto y quinto) y a los límites que en relación con éstas se imponen al Congreso Nacional (inciso sexto).

Respecto de la norma referida, el requerimiento sostiene que "(...) *se entiende que los órganos facultados para dar inicio a la discusión de*

*un proyecto de ley pueden, por regla general, hacerlo respecto de la generalidad de las materias propias de ley, luego como excepción a la regla general anteriormente citada su inciso tercero dispone un régimen especial para ciertas materias: "Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división político-administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63"* Luego cita normas del Decreto Ley N° 1263, sobre Administración Financiera del Estado, para explicar el alcance de ésta (fojas 3 vta.).

En consecuencia, de la mera cita de las normas recordadas no es posible a este Tribunal inferir, con claridad, cuál es el vicio de constitucionalidad específico que se imputa a la actuación del Senado cuestionada en esta oportunidad. Si se afirma que dicha actuación consistió en una *"modificación de la Ley de Presupuestos"* que habría requerido ser introducida por el Presidente de la República, en ejercicio de su iniciativa exclusiva de ley, resultaba imprescindible explicar pormenorizadamente por qué se trata de una modificación de esa naturaleza. Con mayor razón, cuando a fojas 2 y 3 del requerimiento se transcribe parte del debate sostenido en la Comisión Mixta, durante la tramitación del proyecto de ley en cuestión, donde la Directora de Presupuestos, señora Rossana Costa, sostiene que "(...) *entendemos –y es una pregunta que le formulamos a la Sala- que,* ***al caerse el Fondo*** (se refiere al Fondo de Educación que había sido rechazado)***, al final de la sesión se autorizará a la Secretaría para consolidar los agregados",*** añadiendo, más adelante, que: "***De la misma manera se mueve el Programa Aporte Fiscal Libre en el Capítulo 01, del Fisco. ¿Qué significa eso? Que hay movimientos desde el Tesoro Público hacia el Ministerio de Educación. Eso es gasto para el Tesoro Público e ingresos para dicha Secretaría de Estado.***"

La sola transcripción de las citas indicadas permitiría pensar que la consolidación de los agregados de que se trata es sólo una forma de equilibrar ingresos y gastos dentro del proyecto de Ley de Presupuestos, pues, como lo ha sostenido este Tribunal, *"en la Ley de Presupuestos –que es una ley especial– "se delinean los ingresos y gastos de los órganos del Estado para un año calendario"* (Rol 1867/2010, consid. 26°).

> Por lo tanto, el vicio de constitucionalidad imputado en relación al artículo 65 de la Carta Fundamental no resulta precisado si no se indica, en forma clara e inequívoca, por qué se está frente a una *"modificación"* del presupuesto y no sólo frente a un mero ajuste contable en su estructura;

Sostiene la sentencia que no se indica la forma en que se ha transgredido la norma constitucional, no bastando el solo hecho de invocarla:

> 18°. Que, sobre la base de la norma reproducida precedentemente, el vicio de inconstitucionalidad consistiría, a juicio de los diputados requirentes, en que *"al autorizar el H. Senado, mediante un acuerdo reglamentario efectuar en el trámite legislativo de la ley de prepuesto* (sic) *una consolidación de los agregados por parte del Ministerio de Hacienda y la Secretaría, sin votar formalmente una indicación del Presidente de la República, dejo* (sic) *sin efecto el artículo* (sic) *65 y 67 de la Constitución Política contraviniendo los propios criterios hermenéuticos de este Excmo. Tribunal (...)."* (Fojas 4).
>
> En otras palabras, no se indica, en forma clara y precisa, de qué forma el Congreso Nacional habría vulnerado los límites que le impone el artículo 67 de la Carta Fundamental en la etapa de aprobación de la Ley de Presupuestos, ya sea porque la actuación del Senado implica aumentar o disminuir la estimación de los ingresos en ella contenidos, o porque reduce los gastos contenidos en el proyecto, o porque ha aprobado nuevos gastos sin indicar su fuente de financiamiento. Ciertamente este tipo de limitaciones impuestas por la Ley Suprema son mucho más precisas que la exigencia de proceder por iniciativa exclusiva del Presidente de la República, según lo exige su artículo 65. Así, de la lectura del requerimiento, no resulta posible comprender el alcance del vicio de inconstitucionalidad vinculado al artículo 67 de la Carta Fundamental, incumpliéndose la exigencia de precisión impuesta por el artículo 63, inciso primero, de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura;

Finalmente, se considera insuficiente la identificación de la norma que ha transgredido el ordenamiento constitucional dentro de la Ley de Presupuestos del Sector Público.

19°. Que, finalmente, el ya mencionado artículo 63 de la Ley N° 17.997 exige, en su inciso primero, que se indiquen las normas que se estiman transgredidas.

Respecto de esta exigencia, el requerimiento también adolece de falta de precisión. En efecto, a fojas 1 solicita que se "*declare en definitiva inconstitucional las modificaciones efectuadas en el programa 05 de la partida N° 50 del Tesoro Público*". En la parte petitoria, (fojas 4 vuelta), se solicita "*se declare la inconstitucionalidad de las actuaciones de esta rama del Congreso Nacional* (Senado) *a objeto que sea eliminada* (sic) *por ser contraria a la Constitución las enmiendas a las asignaciones previstas en el programa 05 del capítulo 01 de la Partida 50 referida a aporte fiscal libre, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Constitución Política.*"

Si se consulta el proyecto de Ley de Presupuestos que, como ha sostenido este Tribunal, es "*un solo todo que no admite división en diversas partes que la hagan perder su unidad*" (Rol 4/1972, consid. 14), podrá observarse que la Partida 50, Capítulo 01, Programa 05, que corresponde a *"Tesoro Público-Fisco-Aporte Fiscal Libre",* comprende una gran variedad de ítems, partiendo por el que corresponde a la Presidencia de la República, siguiendo con el del Congreso Nacional, el del Poder Judicial, el de la Contraloría General de la República y el que corresponde a los diversos Ministerios.

En consecuencia, la identificación de la parte del proyecto de ley de presupuesto, en la forma consignada en el requerimiento, resulta del todo insuficiente para que esta Magistratura pueda identificar, sin ambigüedades, la norma que es objeto del reproche de constitucionalidad;

Por todas las razones antes reseñadas, el Tribunal Constitucional decide no acoger a tramitación el requerimiento interpuesto.

**6.2. Voto disidente de los ministros señores Vodanovic Schnake, Carmona Santander y Viera-Gallo Quesney**

Los ministros disidentes consideran que el requerimiento de autos debió haber sido acogido a tramitación puesto que sí cumple con los requisitos legales y constitucionales del contencioso constitucional.

Parten los disidentes señalando las particularidades de la Ley de Presupuestos:

2. Que, sin embargo, antes de entrar a señalar la manera en que se cumplen estos requisitos, hay que tener en cuenta lo siguiente.

En primer lugar, que el requerimiento recae sobre aspectos de la Ley de Presupuestos. Esta ley tiene características especiales en nuestro ordenamiento constitucional, entre otras razones, porque el Congreso la debe despachar "*dentro de los sesenta días contados desde su presentación*". Dicho plazo se vencía el 29 de noviembre del presente año. Ese día se comunicó al Ejecutivo su aprobación. De acuerdo a lo establecido en las sentencias roles 1655/2010 y 1867/2010, los parlamentarios requirentes tienen un plazo de cinco días contado desde dicho oficio para presentar su escrito ante el Tribunal Constitucional. Los parlamentarios presentaron su requerimiento el viernes 2 de diciembre, a las 14:00 horas. Tuvieron apenas tres días para prepararlo. Si bien los hechos ocurrieron en el Senado el día viernes 24 de noviembre, se dio cuenta en la Cámara del oficio de comunicación con lo resuelto en la Cámara Alta, el mismo 29. Tal situación debe ser considerada por esta Magistratura al momento de evaluar el presente requerimiento para efectos de su admisión a trámite.

La variable de apresuramiento para formular los cuestionamientos ante este Tribunal ha sido considerada en sede de inaplicabilidad. Así, se ha considerado que contar con 48 horas de plazo para recurrir de inaplicabilidad "*no se sostiene en derecho*" (STC Rol 1502/2010). Consideramos que el breve lapso que tuvieron los requirentes para su elaboración, explica que hayan ido a la médula del planteamiento, evitando razonamientos anexos o innecesarios, o dando por entendido que sus argumentaciones debían ser complementadas con las actas e informes acompañados.

En segundo lugar, consideramos que hay que separar la dificultad que en sí tiene el problema planteado, con la formulación del requerimiento. Este no puede ser más claro que lo que el asunto objetado es. En este sentido, este Tribunal ha considerado que en los requerimientos no deben existir fórmulas sacramentales, con el fin de "*una más genuina y transparente forma de expresar las diversas razones por las cuales*" los requirentes formulan su objeción (STC Rol 259/97). Y que en algunas ocasiones los requerimientos plantean el desafío de una "*debida y completa comprensión*"; pero que tal proceder no merece un reparo formal (STC Rol 259/97).

En tercer lugar, este Tribunal ha emitido pronunciamientos previos sobre la Ley de Presupuestos (STC 1/1972; 254/1997; 1867/2010) y sobre la iniciativa exclusiva de ley del Ejecutivo (1867/2010; 2025/2011). Tie-

ne, por tanto, los elementos necesarios para comprender una objeción de constitucionalidad en la materia.

En cuarto lugar, estamos llamados a emitir un juicio sobre la admisión a trámite, no sobre el fondo de lo objetado. Para los requirentes se produjo un vicio producto de una modificación en el Presupuesto sin indicación del Presidente de la República. Si esa modificación alegada es un *"ajuste contable"*, es un asunto que puede despejarse escuchando al Ejecutivo. Por ahora, lo dicho por los requirentes, el hecho de que el origen del presente cuestionamiento tuvo su punto de partida en una indicación del Ejecutivo, que buscaba ser lo que se terminó llevando a cabo mediante un mecanismo administrativo, y lo dicho por la Directora de Presupuestos en las Actas acompañadas, son suficientes para entender que hay un conflicto de constitucionalidad sobre la naturaleza de dichos ajustes. No escapa a estos disidentes el que el presupuesto es un proyecto de ley cuyas modificaciones requieren indicaciones. Una cosa es la necesidad de esas indicaciones y otra los efectos contables que éstas produzcan. Mientras el presupuesto esté en tramitación, los cambios que se le introduzcan deben ser tratados como todo proyecto de ley. Distinto es lo que sucede una vez que esté en ejecución. Ahí nuestro ordenamiento jurídico (artículo 4° de la Ley de Presupuestos y artículos 26 y 26 bis del D.L. N° 1.263) distingue entre modificaciones que requieren ley y modificaciones que se hacen administrativamente. Dicho distingo fue validado por esta Magistratura (STC 254/1997).

Finalmente, los parlamentarios requirentes no objetan la iniciativa exclusiva del Presidente. No enfocan la objeción planteando que la materia es propia del Congreso. Reconocen que es un asunto propio del Gobierno. Pero les preocupa que se siente un mal precedente, y asuntos que deben ser formulados vía indicación del Ejecutivo, terminen quedando en el espacio de los acuerdos del Congreso y no del Ejecutivo (fjs. 13 vta.). El asunto debatido consiste, por tanto, en si en la presente situación el Presidente de la República debe o no ejercer sus facultades;

Luego, los disidentes señalan que se han cumplido con todos los requisitos para admitir a trámite el requerimiento interpuesto.

5. Que, en tercer lugar, se cumplen todos los requisitos del artículo 63 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Por de pronto, hay una exposición clara de los hechos que le sirven de apoyo. En efecto, el requerimiento relata circunstanciadamente cómo en el Senado, el viernes 24, a raíz de la indicación 467 del Ejecutivo, de la Partida Tesoro Público, se suscitó un debate sobre si ésta era o no admisible, dado que se incrementaba una asignación del Fondo de Educación, y éste había sido rechazado. En el Acta de la Sesión del Senado se indica que para salvar el punto, a sugerencia del Senador Zaldívar, se propuso que "*el Ministro y la Directora de Presupuestos hicieran la corrección en Secretaría*". El Vicepresidente del Senado, Senador Letelier, recabó el acuerdo de la Sala del Senado, para que la adecuación la hiciera *"el Ministerio de Hacienda en coordinación con la Secretaría*". Así se acordó. (Fjs. 12).

Durante la discusión en la Cámara de Diputados, el Diputado Carlos Montes sostuvo que "*nos llegó el informe del Senado sin que mediara ningún tipo de indicación por parte del Ejecutivo*". Es decir, se hicieron transferencias sin indicaciones. De ahí que formulara "*reparo de constitucionalidad sobre el trato que tuvo el Fondo de Educación en el Senado*". Para explicar y justificar lo actuado en el Senado, intervienen el Diputado Ernesto Silva y la Directora de Presupuestos.

El primero afirma: "*lo que se hizo fue proceder a corregir el hecho que los aportes en parte fueran desde el Fondo de Educación y en parte del aporte Fiscal Libre, para destinarlos ahora a todos como aporte fiscal libre. No podría darse el absurdo que por rechazarse el Fondo de Educación y, al mismo tiempo, aprobarse la Partida Ministerio de Educación y sus Recursos, se entendiera de esa forma rechazada la Partida*".

La Directora de Presupuestos, por su parte, sostuvo lo siguiente: "*sólo quiero señalar que no fue un acuerdo que dejara esto en manos administrativas. Dado que estaban aprobadas todas las indicaciones que suplementaban el gasto en la Partida Ministerio de Educación, se entendían todas aprobadas. Por lo tanto, lo único que estaba rechazado era la forma de financiarlo. El Senado acordó, en forma unánime, que esas platas quedaran en el Tesoro Público y que se financiaran a partir de esa vía, respetando la votación del gasto en Educación*";

Los disidentes consideran que se han identificado suficientemente tanto el vicio que se alega como las normas que se consideran transgredidas, exponiéndolo de la siguiente forma.

6. Que, enseguida, está claramente individualizado el vicio que se alega. No se discute que se pueda financiar un mayor gasto del Ministerio de Educación vía Tesoro Público. Lo que se objetó fue que la reasignación respectiva, producto de las vicisitudes del Fondo de Educación, se tuviera que hacer por una indicación del Ejecutivo, no por vía administrativa. Al no existir dicha indicación, firmada por el Presidente de la República, se habría incurrido en un vicio. Por eso, en el requerimiento se afirma: "*el presente requerimiento no se funda en una infracción legal o reglamentaria, sino en una tramitación legislativa efectuada contra la Constitución, pues la mesa del H. Senado, al aceptar vía administrativa un ajuste de las asignaciones de un programa rechazado a otro programa, dentro de la Partida del Tesoro Público, infringió el artículo 65, y el propio artículo 67 de la Constitución Política. En efecto, durante la tramitación del proyecto el H. Senado actuó contra la Constitución al aprobar una modificación a un programa de ley de presupuestos sin formalmente votar la indicación respectiva.*"(Fjs. 03). En otras palabras, a juicio de los requirentes, se introdujeron modificaciones en el Presupuesto, en materias de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, sin que se presentara ninguna indicación (Fjs. 02);

7. Que, asimismo, se señalan las normas transgredidas. En efecto, se solicita, en la parte petitoria del escrito, que se declare la inconstitucionalidad de las enmiendas introducidas, por vulnerar lo dispuesto en los "*artículos 65 y 67 de la Constitución Política*";

Finalmente, se resume lo cuestionado por los diputados requirentes, concluyendo que los requisitos que impone la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se cumplen plenamente.

9. Que, en definitiva, lo que se cuestiona es que ciertos gastos del Ministerio de Educación sean financiados a partir de sumas contenidas en la Partida Tesoro Público, tanto en el Fondo de Educación, como en aporte fiscal libre. Sin embargo, producto de los cambios producidos durante la tramitación legislativa del Fondo de la Educación, por vía administrativa, sin indicación de ninguna especie del Ejecutivo, sino por un mero acuerdo entre el Ministerio de Hacienda y la Secretaría del Senado, se transfirieron los recursos que estaban en dicho Fondo al aporte fiscal libre. Eso, a juicio de los parlamentarios requirentes, no se

puede hacer por acuerdo administrativo, sino que por indicación, por ser una materia de ley de iniciativa exclusiva del Ejecutivo;
10. Que no nos parece, en consecuencia, que no se cumplan los requisitos de los artículos 61, 62 y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional;"

Por lo anterior, los ministros disidentes consideran que debió haber sido acogido a tramitación el requerimiento, desde el momento en que se cumplen todos los requisitos legales y constitucionales para ello.

# UN COMENTARIO LIBRE A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL POSTNATAL: REFLEXIONES ACERCA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES[1]

*Alberto Coddou Mc Manus*[2]

**Resumen**

El presente artículo busca mejorar la calidad del debate en torno a la consideración de la (mejor) teoría política subyacente a los estándares de evaluación que utiliza el Tribunal Constitucional. Dado este objetivo, y a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley del subsidio postnatal, se hace un análisis de la discusión presidencialismo-parlamentarismo, y una reflexión acerca de la falta de discusión filosófica sobre las reglas y principios que gobiernan el procedimiento de formación de las leyes. Todo ello, teniendo como base una apreciación crítica del modo en que el principio de separación de poderes juega un rol determinante en la solución de los conflictos del ejercicio del poder.

## 1. Introducción

Con fecha 20 de Junio de 2011, el Tribunal Constitucional (TC) dictó la sentencia relativa al proyecto de ley que creó el permiso postnatal parental (en adelante, la sentencia del postnatal), declarando la inconstitucionalidad de la actuación del Senado de modificar un artículo a través de su atribución de dividir la votación de un mismo artículo.[3] En un fallo dividido, la mayoría estuvo por acoger el requerimiento presentado por el presidente de la República, con un voto de disidencia suscrito por cuatro ministros.[4]

1 Agradezco los valiosos comentarios de Valeria Lübbert y Juan Pablo González.

2 Abogado, Universidad de Chile, LL.M. New York University, profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales, y de Derecho Internacional Público, Universidad de Valparaíso.

3 Tribunal Constitucional, Rol 2025-2011, sentencia de fecha 20 de julio de 2011.

4 En realidad, se trata de dos votos de disidencia. El primero sostiene que no habría un vicio de forma consolidado y que al TC no le correspondería intervenir; para el segundo, en cambio, no habría vicio alguno. Se hará alusión a uno u otro según el caso.

Para algunos, la división partisana del voto de los ministros del Tribunal Constitucional representa un atentado al Estado de Derecho, en tanto la norma que garantiza la iniciativa exclusiva en materias de gasto público sería una regla jurídico-constitucional incontrovertible.[5] Para una editorial del Diario El Mercurio, las reglas constitucionales no deben interpretarse en base a principios o enfoques cuando hay una regulación expresa y un tenor claro, como en el caso en estudio. De ahí la acusación que lanzaron en contra de los abogados nombrados por el Senado para contestar el requerimiento presidencial: "todo esto indica que juristas eruditos pueden argumentar a favor de cualquier decisión que por razones políticas interese adoptar, lo cual afecta la percepción de la ciencia del derecho constitucional, disciplina indispensable en una democracia de calidad".[6]

Para otros,[7] entre quienes me encuentro, las posibilidades de determinar el sentido y el alcance de los preceptos constitucionales están abiertas a formas, enfoques y aproximaciones que deben hacerse cargo del trasfondo que anima la interpretación constitucional: el debate acerca de los asuntos del poder, acerca no solo de los límites de las atribuciones de los diferentes poderes del Estado, sino acerca del modo en que estos dialogan, sus relaciones, y las posibilidades de resolver conflictos políticos de la mejor manera.

En ese contexto, la sentencia que me propongo comentar está en directa relación con el modo en que entendemos la doctrina de la separación de poderes, en tanto esta representa no solo la expresión concreta de órganos, potestades, limitaciones y formas legales,[8] sino una dimensión vital de nuestra teoría política. Del mismo modo, la sentencia pone en evidencia la discusión acerca de la legitimidad y las implicancias que un régimen político como el presidencialismo ostenta.

La sentencia fue objeto de diversos análisis, tanto a nivel político como académico. Sin embargo, pocos de ellos han destacado la importancia política de los argumentos contenidos en el fallo, que va más allá del campo de

5 *El Mercurio*, "El TC y la Supremacía Constitucional", 20 de julio de 2011, página A2.

6 Ibíd.

7 Gargarella, Roberto, "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional", en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, (Abeledo Perrot) 2008.

8 El principio de separación de poderes, presentado por Bodin, sufre de cambios con la democracia y se nos presenta como una doctrina de separación de poderes que va más allá de la mera separación de funciones asignadas a distintos órganos. Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, (Oxford University Press) 2010, p. 452. En este artículo se ocupará 'doctrina' y 'principio' de separación de poderes de manera indistinta.

una estricta dogmática constitucional. Por ello, este artículo buscará destacar dos cuestiones de especial relevancia que surgen como reflexiones a partir de la sentencia: primero, la discusión acerca del régimen presidencialista imperante en Chile; y, segundo, el modo de entender y aplicar el principio de separación de poderes como un enfoque particular en el razonamiento constitucional. Estas reflexiones, a mi entender, surgen como un paso previo a la dogmática, en tanto asumen la inevitable naturaleza política del derecho constitucional y de los textos constitucionales. Y, en ello, ayudan en la labor de construir la legitimidad de un Tribunal que funciona al interior de una comunidad dogmática con poca capacidad de autocrítica. Además, generan la posibilidad de reflexionar acerca de la salud y estabilidad de nuestro ordenamiento constitucional, pues una de las claves para el éxito de las constituciones –como los casos del Reino Unido y Estados Unidos–, es la capacidad de lograr un cierto balance entre continuidad y cambio. Para ello, sin embargo, las doctrinas constitucionales en ambos países han desarrollado diversas ideas que permiten solucionar los problemas constitucionales que se pueden producir entre los diversos poderes del Estado. Sin perjuicio de que ambos países posean regímenes políticos distintos (presidencialismo-parlamentarismo), el modo de entender la constitución a través de controles, entendimientos y desarrollos políticos ha permitido extraer valiosas lecciones para sistemas constitucionales como el nuestro, tan carentes de buena doctrina constitucional.

### 1.1 Metodología

Mi método consiste en analizar la teoría política subyacente a nuestra Constitución y, en específico, al modo en que esta fue entendida por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento.[9] En otras palabras, no busco hacer un trabajo dogmático de reconstrucción racional que me permita calificar deónticamente la "actuación" del Congreso[10] que se impugnó ante el TC.[11] Antes bien, busco entregar razones que le permitan al Tribunal Constitucional considerar seriamente la (mejor) teoría política subyacente a sus estándares de evaluación.

9 Atria, Fernando, *Los peligros de la Constitución*, (Universidad Diego Portales) 1997, p. 22.

10 Usaré las palabras Congreso y Parlamento de manera indistinta, a pesar de que es frecuente hacer distinciones en el uso de estos términos según el régimen político.

11 Para un análisis detallado de la sentencia, que explica los dilemas jurídico-constitucionales a los que se vio enfrentado el TC, puede verse el artículo de Francisco Zúñiga y Kamel Cazor, en este mismo anuario. Para un análisis de la misma basado en las infracciones al principio constitucional de igualdad, véase el artículo de Amaya Alvez Marín contenido en este anuario.

Para una mejor comprensión de la estructura del artículo, en lo que sigue presentaré algunas ideas relevantes acerca del debate presidencialismo-parlamentarismo que se exponen como un excurso del análisis del fallo (2); posteriormente, presentaré algunas ideas acerca del modo en que el principio-doctrina de separación de poderes debiera ser entendido y su impacto en el razonamiento judicial del TC (3); por último, se entregarán algunas reflexiones finales (4).

## 2. Excurso: El debate entre presidencialismo y parlamentarismo hoy

Más allá de la continuidad institucional del presidencialismo en Chile, vigente desde la Constitución de 1925, la realidad nos muestra que las relaciones entre los distintos poderes han cambiado drásticamente hasta la fecha. A pesar de estos cambios, la discusión sigue basada en estereotipos que poco ayudan a una adecuada comprensión de los problemas. En ello, la ciencia política ha sido vital en lograr una mejor descripción de los diferentes sistemas.

En el contexto de los regímenes presidencialistas latinoamericanos, los primeros estudios relativos a la actividad de las legislaturas de la región las caracterizaban como "instituciones secundarias que solo daban legitimidad democrática al actuar del Ejecutivo (*rubber stamp legislatures*)".[12] Para Griffith, los regímenes presidenciales conllevan el hecho de que los parlamentos "deben ser vistos como foros en los que los poderes contendientes [...] debaten los problemas diarios o los asuntos de su elección. El Parlamento ha de ser visto no como un cuerpo gobernante sino como un foro de debates".[13] En el escenario actual, y al igual como los estados han cedido parte de su soberanía normativa a centros de producción normativa que se encuentran más allá de sus fronteras, los parlamentos han cedido parte de sus competencias –de manera consciente o no– a los poderes ejecutivos y a los jueces.[14]

La evidencia de los estudios acerca del rol y la función de los parlamentos alrededor del mundo, sugiere lo siguiente:

12 Aninat, Cristóbal, "Balance de poderes legislativos en Chile. ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?", en *Política*, 47, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile) 2006, p. 128.

13 Griffith, J. A. G., *Parliament. Functions, Practices and Procedures*, (Sweet and Maxwell) 1989.

14 Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", En *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: Teoría del Estado*, (Trotta) 2004, p. 169.

- En la mayoría de los países, la mayor parte de los proyectos de ley **presentados** al parlamento son textos preparados por el gobierno;
- La mayoría de los proyectos que presenta el gobierno son **aprobados** por el parlamento;
- Las leyes que los grupos parlamentarios **aprueban**, y que tienen su origen en iniciativas de los grupos parlamentarios, son una excepción.[15]

En otras palabras, parece un hecho indesmentible que las políticas públicas dejaron de elaborarse en los parlamentos. La mayor parte del diseño de las políticas públicas sucede al interior de las agencias administrativas y de los ministerios encargados de la elaboración y posterior implementación de las políticas. A diferencia de lo que sucedía en otra era, los parlamentarios ya no solucionan los problemas cotidianos o los desafíos que pudiere exigir una ley como aquella que obliga a los fabricantes de automóviles a mantener una separación de cuatro centímetros entre el freno y el embriague. Dada la complejidad del mundo moderno y la necesidad de establecer un marco coherente en el diseño, evaluación y ejecución de las políticas, parece existir un consenso en que los parlamentos deben ser únicamente foros de debate o cuerpos de control de la actividad del poder ejecutivo: ya no sería el Congreso el lugar predilecto en el que se diseñan y desarrollan las leyes.

El caso chileno no dista de la descripción realizada por los estudios comparados. El presidencialismo chileno y sus expresiones institucionales concretas dan cuenta de un poder ejecutivo con amplios poderes para controlar la agenda y el procedimiento legislativo, aun cuando no cuente con poderes unilaterales para cambiar el status quo. En términos de Shugart, Carey y Mainwaring, las actuales condiciones del presidencialismo en Chile (un presidente sin mayoría política en el Congreso) lo constituyen en un ejemplo predilecto del presidencialismo reactivo, en que el presidente puede preservar el *status quo*, a pesar de los esfuerzos del Congreso por cambiarlo.[16] Así, por ejemplo, a través de la iniciativa legislativa exclusiva en materias de política económica, el presidente puede negarse a reformar un asunto por su propia voluntad.

15 Para un ejemplo de estos datos, véase Observatorio Parlamentario, Balance Anual al Poder Legislativo Año 2011.

16 Shugart, Matthew y Carey, John, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, (Cambridge University Press) 1992; Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, (Cambridge University Press) 1997. El año que cubre este anuario (2011), nos muestra un presidente que llega al poder con una coalición política (Alianza por Chile) que no cuenta con mayoría en el Congreso.

Para muchos autores, los regímenes presidenciales están plagados de defectos que lo hacen poco aconsejable. Por ejemplo, Arend Lijphart ha destacado profusamente el hecho de que, dado que el Poder Legislativo y el Ejecutivo son elegidos popularmente, surge la posibilidad de graves conflictos entre poderes que podrían expresar preferencias políticas diferentes.[17] Otro de los defectos del presidencialismo, destacado por Nino, apunta a una excesiva personalización del poder, en que la falta de liderazgo presidencial se transforma en una debilidad de todo el sistema.[18] Del mismo modo, algunos autores destacan la dificultad de modificar el *status quo*, el inmovilismo o el bloqueo político cuando los dos poderes se encuentran enfrentados.

Para otros autores, en cambio, "no se logra comprender cómo un país que en las comparaciones regionales es considerado como uno de los más presidencialistas, incluso con un presidencialismo exagerado, es el país que exhibe el sistema político más cooperativo de la región con una trayectoria de presidentes moderados desde 1990".[19]

Más allá de estas visiones contrastantes, la discusión sobre el presidencialismo y el parlamentarismo sigue siendo relevante solo en tanto ha ido paulatinamente cambiando de foco con respecto a la discusión sobre el régimen adecuado de gobierno. Si hasta hace quince años el parámetro de estudio era el de la estabilidad de los sistemas, hoy la discusión está centrada en el tipo de políticas y resultados que uno u otro régimen tienden a producir.[20] En otras palabras, la discusión ha dejado de estar centrada en indicadores que hagan caso omiso de los resultados que estos sistemas generan en el grado de desarrollo humano de una sociedad. En ese sentido, el presidencialismo chileno no parece estar tan alejado de las predicciones de estudios interdisciplinarios entre la economía y la ciencia política. Para Persson y Tabellini, los regímenes presidenciales suelen estar acompañados de gobiernos de menor tamaño y proveer menor cantidad de bienes públicos que los sistemas parlamentarios. En concreto, los regímenes presidenciales tienden a mostrar peor distribución del ingreso y menor provisión de bienes que sirvan a toda la co-

17 Lijphart, Arend, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations", En *The Failure of Presidential Democracy* (John Hopkins University Press) 1994, p. 100.

18 Nino, Carlos Santiago, "Presidentialism vs. Parliamentarism", En *Presidencialismo y parlamentarismo*, (Eudeba) 1998.

19 Aninat, op. cit. p. 129.

20 Alegre, Marcelo, "Una democracia sin presidentes", En Teoría y crítica del Derecho Constitucional, (Abeledo Perrot), 2008, p. 47.

munidad política. Después de años trabajando en la diferencia que ostentan ambos regímenes de gobierno en relación a la política económica, los autores llegaron a la siguiente conclusión: "nuestros resultados sugieren que ambos regímenes políticos están asociados con resultados de políticas económicas muy distintas. La separación de poderes entre un poder ejecutivo y el congreso produce gobiernos de menor tamaño, con menor gasto y menor redistribución, así como un gasto ineficiente en bienes públicos [...] por su parte, en regímenes parlamentarios, la cohesión legislativa lleva a un gobierno más grande, con mayores cargas tributarias y mayor gasto, así como un mayor gasto general en bienes públicos y redistribución, beneficiando a un mayor número de votantes".[21]

Quizás, para muchos, el presidencialismo chileno sea un ejemplo de estabilidad y de conformación de consensos, una excepción al sombrío panorama del presidencialismo que muestra la ciencia política.[22] Sin embargo, la exitosa historia de la práctica del presidencialismo chileno no puede obviar que, para funcionar, ha debido recurrir a formas antidemocráticas de funcionamiento que poco hacen por respetar el ideal de autogobierno. En palabras de Marcelo Alegre, para funcionar eficazmente (para evitar parálisis y bloqueos), el presidencialismo ha debido recurrir a "factores que son cuestionables desde una perspectiva democrática, como sistemas electorales no proporcionales y, tal vez, intolerablemente amplias delegaciones de facultades legislativas al Ejecutivo".[23]

Del mismo modo, y desde la perspectiva de la política económica, el Congreso al que se le quitaron las atribuciones en el diseño de las políticas públicas es muy distinto del Congreso de hoy: si antes se trataba de un congreso relativamente pequeño, sin preparación especializada y con poca dedicación exclusiva, hoy en día las cosas han cambiado. Lo que primero llama la atención es el tamaño y la capacidad técnica del Congreso de hoy en cuestiones de política económica. El Congreso ya no está compuesto solamente por los congresistas y sus secretarias: cuentan con un equipo técnico permanente y temporal, además de un sinnúmero de posibilidades de consultar a la ciudadanía y a los expertos en determinadas materias.

21 Persson, T. y Tabellini, G., *Political Economics,* (MIT Press) 2000, p. 252.

22 Véanse Aninat, op. cit. y Alegre, op. cit.

23 Alegre, op. cit., p. 65.

En el segundo de los votos disidentes del fallo en estudio, algunos ministros sostuvieron no solo que el vicio de forma alegado por los requirentes no se había perfeccionado, cuestión que discutiremos más adelante, sino que no existía vicio alguno. Para ello explicitaron sus criterios interpretativos, entre los cuales se encontraba la necesidad de una interpretación constitucional de las potestades financieras del presidente que se hiciera cargo de la realidad del Chile de hoy (*interpretación no desapegada del contexto*). Según ellos, las razones que en su tiempo hicieron prudente restarle atribuciones al Congreso en materia de gasto público, por el peligro que ello implicaba, ya no se justifican. De ahí que "la amenaza al uso eficiente y focalizado del gasto ya no son los parlamentarios. El presidente tiene una serie de incentivos para gastar más, en un contexto de bonanza económica".[24]

De acuerdo a lo que hemos observado, el caso del postnatal representa una puesta a prueba de un régimen presidencialista que ha sabido, hasta el momento, manejar las tensiones, e incluso recibir algunas loas. Un caso particular no nos permite hacer una inferencia general, pero el actual balance de fuerzas políticas entre los distintos poderes nos permite avizorar problemas para el futuro. Los proyectos de ley que tengan como fundamento la focalización de los recursos (idea predominante de la derecha) chocarán con la idea de sistemas universales de prestaciones públicas, que algunos sectores de la oposición comienzan tímidamente a defender. Y suponemos que el proyecto de ley del postnatal no fue ni será el primero ni el último en poner en tensión estas diferencias.

Por todo ello, la discusión sobre el régimen político será importante tanto para la necesidad de fortalecer la democracia como para la discusión acerca del tipo de política económica que queremos para nuestro país.

## 3. Una reflexión filosófica acerca del principio de separación de poderes y su relación con la argumentación constitucional

Cómo entender las constituciones y quiénes son los principales actores llamados a leerla son dos cuestiones a considerar cuando relfexionamos sobre la doctrina de la separación de poderes. Por ello, una reflexión tal no está ajena a las discusiones sobre el concepto de *constitución*, el rol y el fundamento del parlamento, y el modo en que las cortes deben solucionar los problemas en-

24 Tribunal Constitucional, Rol 2025-2011, sentencia de fecha 20 de julio de 2011, segundo voto de disidencia, criterios interpretativos (2).

tre los otros dos poderes tradicionales. En lo que sigue, intentaré presentar, primero, un concepto de constitución que se haga cargo de estos problemas; segundo, una reflexión acerca del rol de los congresos y del procedimiento de formación de las leyes; y, por último, un análisis del modo en que la doctrina de la separación de poderes debió influir en el razonamiento judicial de la sentencia bajo análisis.

Quizás el sistema político inglés no sea un buen ejemplo para estudiar la relación que puede tener el concepto de constitución con la doctrina de la separación de poderes, pues para algunos autores no tiene relevancia alguna un sistema en el que se habla de fusiones antes que de separaciones de poderes.[25] El ejemplo más patente de ello es que cada uno de los ministros del *poder ejecutivo inglés* debe ser necesariamente miembro de una de las dos cámaras del parlamento. De todos modos, el concepto de constitución que han desarrollado con el tiempo parece ser de extrema utilidad para lo que quiero exponer aquí.

En la doctrina constitucional inglesa, la clasificación más importante no radica en si estamos frente a una constitución escrita o no; antes bien, lo más importante es distinguir si acaso estamos frente a una constitución política o legal. La primera es aquella en que quienes ejercen el poder político (el gobierno) están sujetos a rendir cuentas en base medios e instituciones políticas (por ejemplo, a través de interpelaciones o comisiones formadas en el parlamento); del mismo modo, se espera que sea el propio Parlamento el que gatille los mecanismos de control, esperando que las cosas se resuelvan al interior de los comités, en la discusión en sala, etc. Por su parte, la constitución jurídica es aquella que imagina que la principal manera a través de la cual se puede exigir al gobierno rendir cuentas la constituyen las acciones judiciales. En otras palabras, si a alguien no le gusta lo que hace el gobierno u otro organismo políticamente representativo, entonces debe recurrir a las cortes por alguna forma de revisión judicial.[26]

De este modo, las constituciones (políticas) escritas, como la nuestra, no son códigos completos que sean capaces de responder a todas las preguntas constitucionales que un determinado Estado requiere hacerse cuando dos de sus poderes se enfrentan por un problema de delimitación de competencias.

25 Tomkins, Adam, *Public Law*, (Clarendon Law Series) 2003.

26 Ibíd., pp. 18-19.

En efecto, como señala Adam Tomkins, ninguna constitución podría cumplir algo así.[27]

Por su parte, la comprensión de los fundamentos y del rol que cumplen los congresos resulta vital para entender el modo en que debemos considerar la separación de poderes y sus implicancias en el razonamiento constitucional. Y en ello debemos superar un retraso filosófico importante, pues no hay algo así como un modelo de legislatura ideal o tipo, tal como existe un *juez Hércules* que permite la reflexión sobre la corrección de la actividad de adjudicación. Como señala Waldron, "en la teoría del derecho, no hay nada acerca de las legislaturas o de la legislación que sea remotamente comparable con la discusión acerca de la decisión judicial".[28] Peor aun, la actividad legislativa se nos presenta al imaginario colectivo moderno como mera transacción de intereses, negociación de posiciones y pago de favores o beneficios, antes que como un modo de adopción de decisiones basadas en el diálogo sincero. En otras palabras, hemos desarrollado una imagen idealizada de la función judicial a la par de una baja reputación de las legislaturas.[29] La baja producción académica en temas de filosofía y derecho parlamentario es una evidencia de aquello.

En esta sección pretendo precisar el significado del proceso de legislar como aquel en que "los representantes de la comunidad política se juntan para determinar solemne y explícitamente acerca de esquemas y medidas comunes que se puedan erigir en nombre de todos, y [que] lo hacen de un modo que reconoce abiertamente y respeta (antes que concilia) las inevitables diferencias de opinión y principios entre ellos".[30] Se trata de un proceso a través del cual se crean, cambian y extinguen las normas jurídicas a través de un diálogo transparente, respetando las diferencias. Y ello marca una distancia importante con la noción de Derecho que durante mucho tiempo pervivió en la tradición anglosajona, sustentada por la opinión de diversos teóricos que sostenían que el Derecho no debía quedar entregado a la planificación racional pues debía ser nada más que el reflejo de la interacción espontánea de la sociedad. De ahí la preferencia de muchos por el derecho creado por los jueces o por la evolución lenta de principios que buscaran consolidación jurídica a través del desarrollo de la moral social de una comunidad. En otras palabras,

27 Ibíd., p. 9.

28 Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, (Cambridge University Press) 1999, p. 2.

29 Ibíd.

30 Ibíd.

se pensó que la *intervención legislativa* no debía quedar entregada al Congreso, pues siempre se corría el riesgo de intervenir las dinámicas espontáneas en una sociedad (en tanto fuentes de las pautas de comportamiento debidas).

Hoy en día, resulta difícil sostener que el cambio de las reglas jurídicas no constituye parte importante de lo que hace un Congreso. El propio Hart, en su *Concepto de Derecho*, argumentó que la actividad de cambiar las reglas del juego, la susceptibilidad de que las normas sean cambiadas, es una de las cosas que distingue al derecho de la moral.[31] La aprobación del nuevo subsidio postnatal parental (o maternal) buscaba justamente aquello para lo cual sirven las legislaturas en tanto expresión de los cambios que deliberadamente queremos hacer en nuestra comunidad política. La legislación es una práctica capaz de fomentar nuevas prácticas que contradigan los antiguos hábitos inherentes en la moralidad social, por los cuales se pensaba que el padre que se dedicaba a los hijos en desmedro de su trabajo estaba obrando como un mal padre. Por eso, Waldron caracteriza a la legislación como aquella "práctica capaz de fomentar nuevas prácticas, de enfatizar nuevos métodos, y de contribuir explícitamente al florecimiento de nuevas virtudes implícitas".[32] Se trata, en pocas palabras, de eliminar el machismo soterrado en nuestra sociedad, que por años ha ido evolucionando, estableciendo reglas sociales que, al parecer, solo pueden derrotarse a través de leyes. Amarrar el progreso legislativo al cambio lento y gradual de las prácticas sociales supone adherir a la visión hayekiana del derecho según la cual las reglas jurídicas deben ser concebidas como implícitas en las prácticas de una sociedad libre, las que solo deben cambiar de manera gradual y espontánea antes que planificadas y orquestadas por un legislador racional. Por ello, se dice en doctrina, Hayek diferencia el Derecho de la legislación.[33] Y es que a los juristas les complica el hecho de que la legislación, a diferencia del derecho, sea demasiado humana, faltando a la promesa del "gobierno de las leyes y no de los hombres".[34]

El problema, como dijimos antes, es que en este debate existe poca reflexión acerca del fundamento y el rol de los congresos. Así, por ejemplo,

31 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, (Abeledo Perrot) 2009.

32 Waldron, op. cit., p. 21.

33 Hayek, Friedrich, Law, *Legislation and Liberty*, Vol. I, (University of Chicago Press) 1973.

34 Por todos, Adams, John, *Constitution of the State of Massachusetts*, Primera parte, art. XXX.

la crítica a este derecho (hayekiano) evolucionado a través de las prácticas es una crítica interna que se hace al nivel de la actividad de los jueces –como la que realizan los estudios críticos del derecho al *common law*–, pero pocas veces se presta atención al rol que juegan los representantes en el parlamento. Como diría Joseph Raz, el trabajo de los políticos podría ser descrito como un "razonamiento pre-jurídico", que debe ser caracterizado como algo de poco interés o relevancia para la filosofía del derecho.[35]

En lo que sigue, avanzaré algunas reflexiones relevantes acerca del fundamento y el rol de las legislaturas, y de los procesos de formación de las leyes, que nos servirán para una mejor comprensión del modo en que la doctrina de la separación de poderes debiera influir en el razonamiento de los jueces constitucionales.

Para Jeremy Waldron, "los Congresos no solo se juntan y votan, también deliberan. Son también lugares en que aireamos nuestros desacuerdos acerca de las cuestiones más importantes que enfrentamos como comunidad, y muchas de las reglas más bizantinas acerca del proceso de formación de las leyes conciernen al debate: quién puede hablar y cuándo, quién puede exigir una réplica de quién, cuánto deben durar los debates antes de que se emita un voto, cómo los debates pueden conducirse a un final, y así".[36] De ahí que la pregunta relevante consista en dilucidar cuáles son los valores y principios que sirven de trasfondo a estas reglas. Por ello, "el proceso legislativo –como cualquier proceso político– debe entenderse no solo en referencia a las reglas secundarias que lo regulan y lo gobiernan, sino también en referencia a la relación entre esas reglas y valores y principios más profundos que explica por qué los aspectos de este proceso que están regulados por reglas nos importan".[37] En otras palabras, debemos preguntarnos seriamente por los principios que gobiernan las "reglas secundarias" del proceso de formación de la ley. Y estos principios (que pueden ser no-escritos, como decía Dworkin) no solo complementan lo que las reglas no dicen (o hacen), sino que también explican por qué tenemos las reglas que tenemos en el proceso de formación de las leyes. Se puede graficar este punto comparándolo con la pregunta que se hacen los *procesalistas* cuando intentan explicar las reglas procesales en virtud de principios más profundos que gobiernan el desarrollo de un proce-

35 Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM) 1986.

36 Waldron, Jeremy, "Legislating with Integrity", en *Fordham Law Review*, 72, 2003, p. 383.

37 Ibíd., p. 376.

dimiento judicial. Por ello, no es de ningún modo absurdo o poco plausible el sostener que las conductas exigidas por las reglas del proceso de formación de las leyes deban entenderse por referencia a los principios que las explican, tal como hacemos en los procedimientos judiciales.

Con ello en mente, podemos sostener que las legislaturas existen explícitamente para legislar, aunque realicen un sinnúmero de otras funciones, como debatir o discutir ideas, aprobar nombramientos, controlar a las agencias administrativas, etc. Sin embargo, la razón de ser de los parlamentos, en virtud de la cual evaluamos la actividad parlamentaria, es la producción legislativa. En base a esta idea, entendemos que, cuando las leyes cambian, ello debiera ocurrir de manera transparente, teniendo todos los argumentos en el debate, escuchando a todas las voces. Y eso, creemos, ocurre de mejor manera en el Senado o en la Cámara que al interior de una oficina dependiente del Ministerio de Hacienda de la que poco y nada conocemos. Solamente en base a un proceso público y transparente en virtud del cual las leyes cambian, las personas pueden entender que las leyes "son suyas". De ahí que el proceso legislativo, o las reglas sobre la formación de la ley, deban siempre entenderse como realización, como ejercicio de autogobierno.

Una de las características más relevantes de nuestros modernos Congresos es su tamaño, en tanto pensamos que de este modo se asegura la posibilidad de escuchar muchas voces disidentes, a diferencia de las cortes. En estas últimas, ubicamos a un *puñado de individuos* relativamente homogéneo en cuanto a sus capacidades, a diferencia de lo que hacemos en los Congresos, en donde esperamos que la diversidad sea un valor a proteger por sí mismo. Del mismo modo, resguardamos el sentido del debate no solo porque los disidentes importan en tanto sus voces puedan ser ejercicios de libertad de expresión; nos importa el debate porque a través del mismo las propuestas originales, que gozaban de mayor apoyo político, pueden terminar, después de la deliberación, siendo desechadas.

Las cuestiones que se debaten en el Congreso, por tanto, son cuestiones en las que esperamos haya desacuerdo y en las que cualquier propuesta, por persuasiva que parezca, se encuentra abierta a ser contradicha por otros. La deliberación, en este sentido, mejora la calidad de nuestro procedimiento legislativo, en tanto permite la participación de otros sujetos que no participaron de la redacción original de una propuesta.

Por ello, si las conductas de los miembros de los poderes co-legisladores deben ser evaluadas teniendo estos principios en mente, debemos ir un poco más allá de la letra de los preceptos constitucionales. En este sentido, el *princi-*

*pio de integridad* en la legislación, lo que ella implica para nuestra democracia, debe ser una materia de consideración para los jueces, y sobre todo para los jueces constitucionales, encargados de resolver las cuestiones de constitucionalidad que enfrenten a los poderes co-legisladores.

Por otra parte, debemos recordar que los parlamentos son instituciones mayoritarias porque sus decisiones las adoptan por la mayoría de sus miembros, después de haber deliberado (esperamos) profusamente los asuntos. En un sentido, ello no los hace tan diferentes de las cortes que, después de escuchar a las partes en conflicto y deliberar al respecto, adoptan una decisión mayoritaria en virtud del conteo de votos de los jueces colegiados o ministros.[38] De aquí surge, por tanto, una pregunta obvia: ¿por qué el Tribunal Constitucional termina decidiendo un asunto político a través de un procedimiento similar al que realizan los parlamentos? Se recordará que la votación final del fallo en estudio fue de 5 a 4, lo que puede erosionar la legitimidad del Tribunal Constitucional (en tanto tribunal) ante la opinión pública. Por ello, una primera reflexión es lograr que las cortes realicen una suerte de examen autocrítico acerca del rol y de la función que cumplen en una democracia deliberativa.

Uno de los mejores esfuerzos por entender la relevancia política del principio de separación de poderes y su implicancia en la argumentación constitucional ha sido desarrollado por Robert Post y Reva Siegel. Para ellos, un modelo policéntrico de interpretación constitucional impide que el argumento de la separación de poderes deje a la rama judicial como la única y definitiva intérprete del texto constitucional. Antes bien, y basado en el rol que cumple el congreso estadounidense en el ejercicio de sus poderes bajo la sección n° 5 de la enmienda décimo cuarta, este modelo supone dos cosas: que el congreso no viola el principio de separación de poderes cuando desarrolla legislativamente los derechos contenidos en la Constitución de una manera diferente al entendimiento tradicional de la Suprema Corte; y que la acción del Congreso no obliga a la Corte, de modo que esta última es libre de invalidar legislación que desarrolla derechos de una manera contraria a la Constitución.[39]

38 Waldron, Jeremy, "Deliberación, desacuerdo y votación", en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, (Gedisa) 2008.

39 Post, Robert y Siegel, Reva, "Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act", en *Yale Law Journal*, 112, (Yale University) 2003, 1947. Este modelo ha sido aplicado al análisis de casos famosos en la jurisprudencia norteamericana, como *Nevada Department of Human Resources vs. Hibbs*. En este, la cuestión jurídica a resolver era si acaso del derecho de ausentarse temporal y justificadamente del trabajo (creado a través de la *Family and Medical Leave Act* de 1993) para el cuidado de un pariente enfermo es una "ley apropiada" para cumplir con la cláusula de igual protección de la enmienda 14°.

Puesto de un modo más general, la cuestión es si el derecho constitucional debe mantenerse aislado de la política. Para Post y Siegel, debemos evitar esta aislación en tanto ella desconoce la naturaleza del derecho constitucional, el cual requiere de formas de legitimación democrática que no pueden ser confinadas a momentos excepcionales en que el texto constitucional es ratificado. Para ellos, la Constitución de Estados Unidos no es solo una limitación de la voluntad popular, sino su expresión más perfecta. En este sentido, las cuestiones de derecho constitucional implican cuestiones profundas acerca de la identidad nacional que no pueden ser meramente resueltas conforme a dictámenes judiciales. En ese contexto, la entrega de controles políticos de constitucionalidad, como aquellos que se entregan a los foros políticos, constituye un valor fundamental.

Por ello, debe existir un diálogo entre el derecho constitucional y la cultura constitucional de una nación. Tanto el poder ejecutivo como las cortes y el congreso poseen diferentes perspectivas institucionales, propósitos y atribuciones que determinan el modo en que dialogan con la cultura constitucional de una nación. La responsividad democrática del Congreso, a ratos, ha manifestado o expresado cambios en el modo en que el pueblo entiende la Constitución a través de la legislación, basándose en interpretaciones divergentes a las cortes.

Desde otra perspectiva, quizás la reflexión del derecho público del Reino Unido pueda ayudar a encontrar formas de solucionar este problema. Según Adam Tomkins, si "la Constitución no es enteramente jurídica [...] el derecho público, por tanto, no se refiere exclusivamente al Derecho. Así como está basada en ideas de filosofía política (como todas las constituciones), la constitución inglesa también se fundamenta en una serie de fuentes políticas (esto es, fuentes no jurídicas). Y a ello le llamamos convenciones constitucionales, que son reglas no jurídicas, no vinculantes, de comportamiento constitucional".[40] Así, las convenciones constitucionales serían reglas de comportamiento constitucional no porque exista una sanción que se siga ante la constatación de un desvío, sino por la fuerza normativa que ella produce en los sujetos normados.

¿Cuál sería, entonces, la hipotética regla de comportamiento constitucional para el presente caso bajo análisis? Las siguientes preguntas pueden arrojar luz sobre este asunto. ¿Quiso el constituyente que, en efecto, *cualquier* medida que tuviera como efecto un aumento del gasto público pudiera ser impug-

40 Tomkins, op. cit., p. 10.

nada por el presidente en tanto invade las competencias sujetas a la iniciativa exclusiva? ¿Parece sensato constatar la sobreinclusividad del artículo 65 de la Constitución y hacer caso omiso de su letra para intentar cumplir con otras normas o valores de la Constitución? ¿Es distinto el proceso constitucional de otros procesos en tanto resulta difícil establecer de manera definitiva la calificación deóntica de una conducta cuando hay dos poderes con legitimidad para reclamar competencia sobre el caso? La búsqueda de una convención constitucional, de una pauta adecuada de comportamiento constitucional por parte de los actores relevantes nos lleva, al menos, a sacar algunas conclusiones: no cualquier conflicto nos debe guiar a recurrir a un tribunal que determine de manera definitiva quien está obrando correctamente y de acuerdo con el texto constitucional. El ejercicio de la actividad política implica tomarse en serio las instituciones parlamentarias, necesariamente abiertas, dinámicas y flexibles.

Para un enfoque de análisis de la sentencia del postnatal, resulta vital comprender la naturaleza de las llamadas *cuestiones de constitucionalidad*, entregadas al conocimiento del TC en virtud del artículo 93 n°3 de la Constitución. Las características procesales de las cuestiones de constitucionalidad reafirman la necesidad de proteger y no entorpecer el proceso legislativo. Así, por ejemplo, se evita la suspensión del procedimiento legislativo por el hecho de admitirse a tramitación una cuestión de constitucionalidad, con el objeto de que el problema se solucione al interior del foro legislativo. Por otra parte, el plazo para resolver estas cuestiones es de diez días desde que se declara la admisibilidad, para que no existan dilaciones. Estas características procesales dan cuenta de la valoración del procedimiento legislativo como máxima expresión de la democracia.

Quizás algunas de las cuestiones de constitucionalidad sobre vicios de forma, más allá de representar un enfrentamiento entre dos poderes del Estado, poco puedan decir acerca de la resolución concreta de un conflicto: si acaso el Poder Ejecutivo puede seguir insistiendo en el tope de 33 UF o si el Senado –es decir, la mayoría de sus miembros– está obligado a desechar la idea de un tope de 66 UF o de un rechazo parcial del artículo en cuestión. A lo más, la decisión de la cuestión de constitucionalidad puede declarar que un determinado ámbito de competencia se ha visto invadido y, por tanto, declarar que se ha violado la regla general del artículo 7° de la Constitución.[41] En otras

41 Ilustrativo de este problema es que, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de una actuación del Senado, el voto de mayoría no haya ordenado retrotraer el procedimiento legislativo a un momento anterior a la ocurrencia del vicio (y haber ordenado, por tanto, una nueva votación). En concreto, la

palabras, sin perjuicio de ser un control contencioso, la solución definitiva de la *cuestión de constitucionalidad* dependerá de las relaciones entre las fuerzas políticas. Tal como sucedió en este caso, poco tiempo después de emitida la sentencia del TC, el Congreso aprobó el proyecto en conflicto con el tope que habían propuesto originalmente los senadores de la Concertación (quienes habían propuesto la división del artículo en conflicto para su votación).

En la evaluación de los vicios de forma, el Tribunal Constitucional debiera adoptar un modelo policéntrico, considerando la particular relación de los principios que informan el procedimiento de formación de las leyes y su relación con el texto constitucional. Tal como señala Lübbert, "a diferencia de lo que ocurre con los vicios de fondo, referidos al contenido de una norma, respecto de los vicios de forma no basta enjuiciar en abstracto la juridicidad de una norma contrastando su contenido con la [Constitución], sino que se requiere analizar el contexto general del procedimiento en el cual se han producido los vicios y la trascendencia de éstos en la formación de la ley".[42]

Haciendo una analogía con las reglas relativas a la nulidad procesal, se puede sostener que el principio de conservación evita la *nulidad legislativa* cuando, a pesar de haberse cometido algunos vicios, ello permite (o quizás, exige) conservar otro valor jurídico-constitucional de mayor importancia, como el principio democrático. A pesar de que la actividad parlamentaria se debe llevar de acuerdo a las reglas del proceso de formación de la ley, el enfoque adecuado para tratar estos casos implica necesariamente la consideración del principio democrático como principio de mayor valor. En otras palabras, no toda infracción a un precepto constitucional sobre procedimiento legislativo se traduce de manera automática en la anulación de los actos afectados por la infracción.

La parte introductoria de los votos de minoría de la sentencia del postnatal se hace cargo de varios de estos argumentos.[43] En las cuestiones preliminares, los ministros disidentes se hacen cargo del rol que debiera jugar el TC en una democracia como la nuestra. De este modo, parten por anunciar que el TC no es el guardián supremo de la Constitución, sosteniendo que la in-

parte resolutiva de la sentencia se contradice con la parte considerativa del voto de mayoría. Agradezco esta idea a la profesora Valeria Lübbert.

42 Lübbert, Valeria, "Control constitucional provocado del procedimiento legislativo", en *Hemiciclo*, 2, (Academia Parlamentaria) 2010, p. 35.

43 Tribunal Constitucional, rol 2025-2011, sentencia de fecha 20 de julio de 2011, cuestiones preliminares (II). Si bien hay dos votos de minoría distintos, tienen una misma parte relativa a las cuestiones preliminares y un mismo pronunciamiento sobre el fondo.

terpretación constitucional debiera enmarcarse en una *sociedad abierta a sus intérpretes constitucionales*. Con ello como base, invocan el *principio de la corrección funcional* como un criterio interpretativo decisivo en la determinación de las potestades concurrentes de formación de la ley. De acuerdo a este último, el órgano adjudicador debe otorgar una deferencia razonada a los órganos legislativos, observando una autocontención prudente y funcional. En virtud de todo ello, si bien el TC ejerce un control jurídico y no político, "al evaluar la naturaleza y la entidad de un vicio denunciado, el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración las características del proceso legislativo, el estado de desarrollo en que se encuentra y el carácter eminentemente político de sus deliberaciones".[44] En ese contexto, el voto disidente realiza un análisis detallado de los principios que rigen el procedimiento de formación de la ley, que explican el sentido de las reglas del mismo. Así, por ejemplo, la regla que prohíbe presentar mociones parlamentarias por más de diez diputados o cinco senadores busca fomentar el debate, evitando que las propuestas de ley vengan como consensos arreglados de antemano por las fuerzas políticas. Acorde con ello, se sostuvo "que ante vicios de forma reparables que repercuten en el contenido de las normas, la 'cuestión de constitucionalidad' solo se produce al final del proceso legislativo, cuando concluye lo que el Título II de la Ley del Congreso llama 'la tramitación interna de los proyectos de ley'".[45] Ante la posibilidad de que sea el propio proceso legislativo el que solucione los eventuales vicios de forma de un proyecto de ley, ante el posible saneamiento o corrección de un vicio procesal, el TC debiera inhibirse de intervenir. En palabras del voto disidente, "lo contrario implicaría que éste asuma un rol activo en el debate legislativo que no le es propio, pudiendo lesionar la autonomía del Parlamento".[46]

Con posterioridad al fallo del postnatal (específicamente, en enero de 2012), el TC dictó una sentencia acerca de una cuestión de constitucionalidad promovida con respecto al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.[47] En esa sentencia, que rechaza acoger a tramitación el requerimiento, uno de los votos concurrentes se hace cargo de los principios del proceso legislativo y del modo de entender la Constitución presentado

44 Ibíd.

45 Ibíd., pronunciamiento sobre el fondo (III).

46 Ibíd.

47 Tribunal Constitucional, Rol 2160-2012, sentencia de fecha 12 de enero de 2012.

aquí. En efecto, señala, citando a Patricio Zapata, que "el requerimiento [...] no es, desde la perspectiva finalista, un instrumento para suscitar, promover o 'fabricar' nuevos conflictos, sino que un procedimiento para resolver aquellos que ya existen y respecto de los cuales han fracasado las instancias de conciliación jurídica o política de que dispone el legislador" y "el requerimiento [...] no constituye una alternativa o recurso del que se pueda echar mano en todo momento y sin previo aviso o preparación. Se trata, por el contrario, de una instancia resolutoria de carácter subsidiario y que procede solo cuando el conflicto se ha exteriorizado y no ha encontrado otro cauce de solución".[48] En la cuestión de constitucionalidad del caso del postnatal, faltaba aún un eventual tercer trámite constitucional en el Senado, una posible comisión mixta y eventual veto presidencial, todas etapas en las cuales se podría haber corregido el vicio alegado en el requerimiento de la Presidencia.[49]

## 4. Conclusión

A modo de ejercicio de reflexión libre sobre la sentencia bajo análisis, podemos concluir que el modo en que se concibe nuestro texto constitucional no debe estar alejado del modo en que entendemos el rol y el fundamento del congreso, la relevancia del poder ejecutivo en el proceso de formación de la ley y la actividad de controlar judicialmente la constitución. Todo ello, en vistas a encontrar la mejor manera de solucionar los problemas que puedan producirse al interior de regímenes presidenciales como el nuestro. Paralela a esto debe correr la discusión acerca de si el presidencialismo o el parlamentarismo cumplen de mejor manera con nuestro ideal de autogobierno y con nuestras demandas sociales.

48 Zapata, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Biblioteca Americana) 1994, pp. 174 y 175.

49 Sin perjuicio de ello, el voto disidente comentado menciona, en su pronunciamiento sobre el fondo, otros argumentos de texto que son relevantes para el asunto.

# EL POST-NATAL PARENTAL CREADO POR LA LEY 20.545: ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL A LA LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD

*Amaya Alvez Marín*[1]

**Resumen**

El moderno Estado Democrático Constitucional reconoce que el poder político ejercido por el Ejecutivo y el Congreso Nacional debe estar sujeto a limitaciones. Un modo concreto de limitación de este es el catálogo de derechos y libertades fundamentales. Una consecuencia directa de lo anterior es que los Tribunales de Justicia tienen la facultad de realizar un escrutinio constitucional para establecer si los poderes políticos han cumplido con los requerimientos substantivos en la limitación de derechos constitucionales de los ciudadanos. El desafío, por tanto, es analizar con qué instrumentos cuentan los jueces constitucionales para ocuparse de los naturales desacuerdos en torno a los derechos fundamentales, teniendo como trasfondo los requerimientos de una democracia constitucional. Este trabajo propone utilizar el principio de proporcionalidad o ponderación como mecanismo de adjudicación en el caso de una colisión de derechos constitucionales. El caso concreto que se propone analizar es aquel relativo a la aplicación de lo dispuesto por la Ley 20.545, que instauró el descanso postnatal parental el año 2011y que impuso limitaciones a la garantía de igualdad respecto de jóvenes trabajadoras madres del sector público (artículo 6).Se intenta demostrar que una normativa que fuera presentada como un gran logro en materia laboral no supera el escrutinio constitucional de la ponderación al establecer una limitación desproporcionada a la garantía constitucional de igualdad.[2]

1 Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; PhD in Law, Universidad de York, Canadá; LL.M. in Law, Universidad de Toronto, Canadá; email: aalvez@udec.cl. Agradezco sinceramente a Patricio Mella Cabrera, profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Concepción, los comentarios substantivos formulados a este trabajo.

2 Creemos que también se afecta en este caso la garantía de integridad física y psíquica del hijo recién nacido (artículo 19 N°1 de la Constitución de 1980) y el derecho de propiedad privada sobre bienes

## 1. El principio de igualdad y no discriminación en la dogmática constitucional chilena

La igualdad, como principio general, es un concepto muy debatido dada su maleabilidad y su uso como ideal político. Existen numerosas controversias relativas a la noción de igualdad, la relación existente entre justicia e igualdad, los requerimientos materiales y el modo de medir su logro, y su ubicación como parte de una teoría de la justicia.[3] La igualdad, junto con la libertad, es presentada en la doctrina política occidental actual como el sustento de un sistema democrático constitucional. Es quizás relevante que la primera frase con que se inicia la Constitución de 1980 no esté ajena a polémica al consagrar que: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]": en la tradición liberal republicana, lo que se perseguía históricamente era terminar con la concesión de privilegios basados en la cuna, rango social y, en general, las condiciones en que no intervenga la voluntad de los individuos. Sin embargo, libertad e igualdad pueden estar en tensión, pues a mayor libertad la obtención de la igualdad es menor y viceversa: cuanto más aumenta la igualdad, más disminuye la libertad.[4] Por ello se habla de una paradoja entre libertad e igualdad, que exige distinguir entre igualdad formal y material.En esta perspectiva, los diversos significados y acepciones de igualdad dicen más bien relación con un concepto de justicia social que con una equiparación matemática en lo que constituye un complejo entramado de principios.

En la doctrina nacional, estas ideas no han sido ampliamente debatidas. Al parecer, la separación entre derecho y política, impensable en la doctrina comparada en materia constitucional, ha impedido que se debata, en torno al modelo creado en la Constitución de 1980, las implicancias del régimen político bajo el cual se redactó la Carta Fundamental y el modo en que el catálogo de derechos fundamentales fue impuesto a la población chilena. Este consenso forzado, desde el punto de vista de los derechos constitucionales consagrados en el texto, así como el modo de interpretarlos, no ha sido objeto de un debate amplio en nuestro país.[5]

---

incorporales de la funcionaria pública (artículo 19 N° 24, Constitución de 1980), pero, con el objeto de resaltar el efecto discriminatorio, hemos aislado el tratamiento del principio de igualdad en este trabajo.

3 Gosepath, Stefan, "Equality", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, URL = http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/ [visitado 10/3/2012]

4 Leibholz, Gerhard, "Die Gleichheit vor dem Gesetz", (C. H. Beck) primera edición, 1925, 1959, p. 16.

5 Un intento por debatir este consenso forzado en materia de derechos constitucionales lo constituye: Alvez Marín, Amaya, "Forcing Consensus: Challenges for Rights-Based Constitutionalism in Chile",

Humberto Nogueira describe la igualdad ante la ley, la denominada igualdad formal, haciendo una referencia histórica al modo en que la garantía había sido interpretada entendiendo por ella "igualdad en el contenido de la ley en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna."[6] Esta aplicación mecánica de la ley resultó ser insuficiente al no considerar el contexto social, económico o cultural de la norma jurídica. Durante el siglo XX, y especialmente tras los horrores de ambas Guerras Mundiales, nació un nuevo modo de entender el derecho desde una perspectiva constitucional. En esta nueva concepción, la igualdad adquirió un matiz substantivo, se transformó en igualdad por la ley (en que se intenta subsanar desigualdades fácticas) y en la ley dentro del marco constitucional, lo que exige un análisis relacional.

Vinculado a lo anterior está el nacimiento del principio de no discriminación, rechazando aquello que se consideraba natural en otra época: los hombres son libres en dignidad y derechos y por ello no son aceptables diferencias arbitrarias. Esto genera la dificultad de definir qué debemos entender por diferencia arbitraria. Para Nogueira se trata de un verdadero principio de *ius cogens*, entendido como "la prohibición de toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados".[7] Interesantemente, Nogueira propuso en 2006 –antes de que el Tribunal Constitucional chileno utilizara por primera vez el principio de proporcionalidad– que esta era la vía para resolver las infracciones de la igualdad ante la ley.

Las Igualdades, en concepto del profesor Hernán Molina Guaita, requieren diferenciar la igualdad de la identidad. Lo perseguido no es la homologación sino un padrón común, no obstante las diferencias naturales entre individuos.[8] Para el profesor Molina, la Carta Fundamental Chilena de 1980 no solo consagra la igualdad jurídica, al indicar, como señalé anteriormente, que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", sino que también consagra el deseo de una igualdad substantiva y material, al señalar como deber del Estado "asegurar el derecho de las personas de participar con

---

en Harvey, Colin y Schwartz, Alex (eds.), *Rights in Divided Societies*, (Hart Publishing), en preparación, 2012.

6 Nogueira, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", en *AFDUCD*, 10, 2006, p. 804.

7 Ibíd., p. 806.

8 Molina, Hernán, *Derecho Constitucional*, Novena edición, (Legal Publishing) 2009, p. 262.

igualdad de oportunidades en la vida nacional" (Artículo 1 inciso primero y final, respectivamente).

El análisis de igualdad en Chile se ha restringido a la denominada igualdad formal en que normativamente se trata igual a aquello que es igual. Esto solo es una aplicación específica de una regla de racionalidad, ya que es irracional, por ser inconsistente, tratar de modo diverso casos iguales sin una razón suficiente. Para algunos existe en esta idea un principio moral básico de justicia. La igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución significa, para Molina, normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en análogas situaciones de hecho. Se restringe, por tanto, la garantía solamente a la idea de igualdad formal. Para el autor en comento esto es requerido por el valor de certeza o seguridad jurídica.[9] Esta igualdad meramente formal ha sido puesta en tela de juicio y considerada una incompleta y muy deficiente comprensión de la garantía. El ex ministro del Tribunal Constitucional Enrique Navarro, a propósito de un caso en que se discutía un caso de igualdad ante las cargas públicas, denominó la igualdad formal, en que solamente se establece que a similitud de situación debe haber similitud de tratamiento, una concepción "primitiva" de la igualdad y llamó a reinterpretarla.[10]

En otra perspectiva, el profesor Francisco Zúñiga Urbina, aborda la igualdad relativa, un tipo de igualdad diversa de lo meramente formal: puede ocurrir que las circunstancias fácticas aconsejen un tratamiento desigual, por considerarse a las personas diferentes en aspectos relevantes. Para ello, Zúñiga Urbina se basa en el concepto de discriminación, en su sentido descriptivo y prescriptivo-normativo, consagrado en la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 2.[11]Señala que el término discriminación es usado en la Constitución de un modo neutro y por ello es necesario indicar en un determinado contexto normativo qué discriminación es considerada irrazonable o no justificada entre personas. Por ello, para Zúñiga, "el concepto de discriminación es dependiente del concepto de igualdad, al igual que el principio de no discriminación es dependiente y garantista del principio de igualdad. El principio de no discriminación no es un derecho humano aislado, sino el

9 Ibíd., p. 263.

10 Tribunal Constitucional, Rol 1254 de fecha 29 de julio de 2009, considerando 47.

11 Zúñiga, Francisco, "Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional (Discriminación por género y edad)", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* (Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval) 2002, pp. 237-260.

corolario garantista del derecho a la igual protección ante la ley, un corolario de naturaleza principista-garantista que determina el campo de aplicación de la igualdad, sin añadir al catálogo ningún nuevo derecho humano".[12]

Según este autor, la Constitución de 1980 usa el término discriminación de modo ambivalente: por una parte, en su acepción positiva, se refiere a un trato diferenciado (artículo 19 N° 2 y 22) y, por otra, en su acepción negativa, implica un trato irrazonable o arbitrario (artículo 19 N° 16 inc. 2 y 109 inc. Final). La crítica formulada por la doctrina radica en que este uso ambivalente del texto constitucional no ha sido suplido completamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema. Zúñiga invita a estudiar el amplio reconocimiento que tanto el principio de igualdad como el de no discriminación tienen en el Derecho Internacional.[13]

La igualdad se entiende hoy en día como un parámetro mínimo de vida social, para lo cual, a partir de un principio prima facie de igualdad (según la teoría de Robert Alexy), cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos, decisiones que serán adoptadas por los representantes políticos (Ejecutivo y Congreso Nacional) y también por los Tribunales de Justicia.[14] Zúñiga recalca que la trilogía compuesta por el principio de igualdad, los derechos de igualdad y garantías, y el principio de no discriminación arbitraria y de discriminación compensatoria o inversa, se relaciona con la democracia constitucional en la medida en que busca fortalecer el pluralismo social y la tolerancia, notas esenciales del orden democrático contemporáneo.[15]

En cambio, para Humberto Nogueira lo central es la aceptación de la dignidad humana como fundamento último de la igualdad, entendida como "un valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros

12 Ibíd., p. 242.

13 Una estupenda obra que aborda una aplicación concreta es: Gauché Marchetti, Ximena, *Sexualidad diversa y discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (Editorial Académica Española) 2011.

14 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2 edición, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2007.

15 Zúñiga Urbina, op. cit., pp. 257-258.

fines."[16] Es sin duda relevante la búsqueda de una fundamentación substantiva para la igualdad. Eso sí, Nogueira no se refiere mayormente a la vaguedad de la noción de dignidad humana y, por lo mismo, la posibilidad de manipularla para mantener el "status quo."[17] Al adjudicar un caso concreto para el paradigma de la igualdad, lo que en realidad se está haciendo es reevaluar la actual distribución de beneficios y cargas. Se dará vida a una verdadera teoría de la igualdad a través de la fuerza normativa del catálogo de derechos y libertades, lo que es una tarea altamente compleja ya que implica construir a través de la jurisprudencia los fundamentos substantivos de la igualdad.

Jorge Correa Sutil, en cambio, centra su análisis en la búsqueda de un estándar para dotar de un mayor contenido objetivo a la garantía de igualdad consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980. Es interesante que este ex magistrado del Tribunal Constitucional chileno acepte los desafíos planteados por la textura abierta de la Constitución y reconozca que la jurisprudencia ha dotado solo parcialmente de densidad a las palabras del texto constitucional en materia de igualdad.[18]

Su análisis arranca de un dato estadístico: 26 sentencias del Tribunal Constitucional dictadas durante 2010 fueron falladas sobre la base de la garantía de la igualdad. Para Correa Sutil, el balance de la actividad del Tribunal Constitucional en 2010 es relevante, toda vez que se cumplen 5 años de la nueva era en materia de justicia constitucional en Chile, en que los individuos –mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad– pueden recurrir directamente al Tribunal Constitucional. La doctrina ha criticado la conformación de una jurisprudencia tautológica. Para Correa Sutil "en materia de igualdad, ella es vacía o carente de significado, permanece en un nivel de generalidad (cuando no es viciosa repetición de inútiles argumentos) que no pasa de ser un velo tras el cual se esconde un arbitrio judicial que se impone al legislador."[19] El mayor aporte de Correa Sutil es proponer un test para definir si una conducta sujeta a escrutinio constitucional ha sido o no arbitraria, construyendo sin decirlo expresamente un test para la igualdad, como paso previo a efectuar un análisis de proporcionalidad.

16 Nogueira, op. cit., p. 801.

17 Esta visión crítica de la dignidad humana como fundamento de la igualdad ha sido desarrollada entre otros por Reaume, Denisse, "The Relevance of Relevance to Equality Rights", en *Queen's Law Journal*, Vol. 31, 696, 2006. Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=1182629

18 Correa, Jorge , "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?", en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales) 2011, pp. 96-126.

19 Ibíd., p. 101.

## 2. La Ley 20.545 que crea el postnatal parental como limitación al principio de igualdad

En Chile, en 2011, solamente el 47% de mujeres profesionales tenía un empleo.[20] Esta estadística refleja las dificultades de la inserción laboral femenina, determinada en parte por su doble rol de trabajadora y madre. Supuestamente, la Ley 20.545 venía a mitigar este problema permitiendo a las madres permanecer con sus hijos y amamantarlos durante un lapso mayor de tiempo. Así se entiende la emotiva celebración el jueves 29 de septiembre de 2011 de la Ministra del Sernam, Carolina Schmidt, a propósito de la aprobación en el Congreso Nacional del proyecto postnatal parental: "¡Por fin ha nacido el niño! Ha sido un proceso largo, duro, difícil, como todas las cosas que valen la pena en la vida".[21] Por lo demás, esta materia constituía una promesa de campaña del Presidente Sebastián Piñera para las madres y los padres trabajadores de nuestro país.

La publicación de la Ley N°20.545 en el Diario Oficial el pasado 17 de octubre instauró el permiso postnatal parental mediante la modificación del Código del Trabajo, incorporando el artículo 197 bis que establece un descanso de 12 semanas a continuación del periodo post natal. La historia fidedigna de la ley indica claramente que el bien jurídico protegido es la familia, considerada el núcleo fundamental de la sociedad.[22]

El Ejecutivo preparó largamente este proyecto a través de la denominada "Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad" que, en su informe, señaló entre sus objetivos: (1) establecer un periodo de recuperación posterior al parto para la madre, 9 semanas de reposo y cuidados, lo que incluye lograr la recuperación física de los órganos reproductivos, la adecuación psicosocial a su nueva condición de madre y la identificación precoz de complicaciones derivadas del embarazo y parto; (2) atender los requerimientos del recién nacido para su mayor desarrollo psicosocial como desde un punto de vista nutricional y físico; y (3) garantizar el apego y la lactancia materna tanto para el desarrollo físico como intelectual del menor. El informe muestra evi-

20 Instituto Nacional de Estadísticas, Situación laboral de las mujeres ocupadas y las brechas salariales que inciden en la estructura ocupacional chilena, Análisis de Género y Mercado del Trabajo, diciembre 2011 en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/estudios_y_documentos/documentostrabajo/situacion_laboral_mujeres.pdf.

21 Noticia disponible en http://site.rengocity.cl/2011/09/29/aprobacion-del-postnatal-"demostramos-que-somos-capaces-de-cumplir-la-palabra-empenada"[visitada marzo 22, 2012]

22 Mensaje 611-358 del Ejecutivo con que se da inicio a esta iniciativa legal, disponible en www.bcn.cl

dencia que los niños alimentados con leche materna son evaluados por especialistas en el área como más sanos, al estar más protegidos contra enfermedades como diarrea, neumonía, sobrepeso y diabetes, entre otras, y teniendo mayores niveles de inteligencia.[23]

> Los argumentos esgrimidos en este trabajo buscan plantear que la implementación del descanso postnatal parental ha significado una afectación desproporcionada de las garantías constitucionales de jóvenes profesionales del sector público, concretamente, de juezas de la República, lo que en buena medida ha impedido la obtención de los objetivos centrales de la Ley 20.545. La expresión desproporcionada equivale, en este contexto, a arbitraria. Así lo ha entendido la obra clásica del profesor Eduardo Soto Kloss al señalar: "El recurso de protección [arbitrario significa que] la idea en las operaciones debe ser racional, proporcionado, equilibrado, justo. Lo razonable, pues, significa lo conforme a razón, un uso proporcionado de los medios para obtener un fin, proporción del actuar con el fin de conseguir o lograr".[24]
>
> En el caso concreto que comentaremos en este trabajo, jóvenes profesionales del sector público decidieron hacer uso del post natal parental ilusionadas de hacer efectivos los objetivos perseguidos por la nueva normativa legal. Sin embargo, les fue informado por el órgano pagador del subsidio legal que, por aplicación de lo dispuesto en el articulo 6 de la Ley 20.545,"durante los meses siguientes y estando con permiso post natal parental se le pagará con un tope de 66 UF menos las cotizaciones previsionales y el impuesto único a la renta mensual, pasando a obtener un tercio de sus emolumentos mensuales, aproximadamente."[25]

---

23 Comisión Asesora Presidencial "Mujer, Trabajo y Maternidad", Informe final, documento disponible en www.sernam.cl.

24 Soto, Eduardo, *El recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile) 1982, pp. 188-189.

25 Artículo 6: "Las y los funcionarios del sector público a que se refiere el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso postnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis del referido Código. A este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978.
A este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N° l, del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda, suscrito además por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, determinará la forma y el procedimiento en que la funcionaria podrá hacer uso del derecho a reincorporarse a sus funciones durante el goce de este permiso. Además, establecerá los criterios que el Servicio o Institución em-

> Como consecuencia de lo anterior, además, se les rebajó el bono anual por cumplimiento de las metas de gestión, ya que no se consideraron como trabajados los días con descanso postnatal parental, produciendo una rebaja en el monto del bono de aproximadamente un tercio. A efectos de contextualizar la problemática debatida en el trabajo, podemos indicar que un total de 214 permisos se han cursado por parte de la Corporación Administrativa del Poder Judicial desde la entrada en vigencia de la Ley en el Poder Judicial, 22 funcionarias han renunciado y solamente 6 de ellos han sido traspasados al padre.[26]

Se debe destacar que el entonces Presidente de la Excma. Corte Suprema don Milton Juica Arancibia reconoció una "colisión entre el derecho esencial del goce a la remuneración total y las normas que establece el postnatal parental", proponiendo como solución a esta colisión la renuncia al beneficio.[27] Creemos que esta solución administrativa –la renuncia del descanso post natal parental para mantener los emolumentos de las personas afectadas– violenta el sentido explícito de la Ley 20.545 y transforma en letra muerta una reivindicación laboral de muchas mujeres que persigue el apego, la lactancia materna y los beneficios que se derivan de esta. Por lo demás, el "descanso postnatal parental" ha sido presentado por la Superintendencia de Seguridad Social al impartir instrucciones a los organismos administradores del régimen de subsidios por incapacidad laboral, en el punto 1.1, como un "beneficio irrenunciable".[28] Un derecho laboral irrenunciable no puede estar asociado en un caso en concreto a la disminución temporal de la remuneración, salvo que exista una ley expropiatoria, pues el salario de un funcionario público constituye un bien incorporal

---

pleadora deberán utilizar para determinar la jornada que le corresponderá cumplir. Para ello podrá considerar la escala de remuneraciones y el grado que ella detente, entre otros factores.
Las normas de este artículo serán aplicables a los funcionarios del sector público que hagan uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.
Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, las y los funcionarios continuarán percibiendo la asignación de zona a que se refiere el decreto ley N° 249, de 1973, y sus normas complementarias, así como las bonificaciones especiales que benefician a zonas extremas del país, establecidas en el artículo 3° de la ley N° 20.198, el artículo 13 de la ley N° 20.212, el artículo 3° de la ley N° 20.250, el artículo 30 de la ley N° 20.313 y el artículo 12 de la ley N° 20.374. El pago de estas remuneraciones corresponderá al Servicio o Institución empleadora."

26 Informe sobre aplicación de la Ley 20.545, "Permiso postnatal parental en el poder judicial", Corporación Administrativa del Poder Judicial, Departamento de Recursos Humanos, Subdepartamento de Personal, 2012 [copia en poder de la autora].

27 OF. N° 6 RH, circular N° 218, de fecha 18 de noviembre de 2011, de Milton Juica Arancibia en su calidad de Presidente de la Excma. Corte Suprema a Sres. Presidentes Iltmas. Cortes de Apelaciones, p. 1.

28 Superintendencia de Seguridad Social , circular 2.777 de fecha 18 de octubre de 2011.

sobre el cual existe un derecho de propiedad garantizado por la Constitución de 1980. Da cuenta de la impropiedad de la renuncia el que las instituciones de salud hayan generado el subsidio legal incluso a aquellas 22 funcionarias que renunciaron siguiendo la solución ofrecida por la circular N° 218, a pesar de que la Corporación Administrativa del Poder Judicial haya informado de la renuncia de las funcionarias al beneficio.[29]

Complementariamente, se debe considerar –aplicando a tal efecto el artículo 5° inciso segundo de la Constitución de 1980– que los derechos constitucionales garantizados en nuestro ordenamiento jurídico no solo están constituidos por el catálogo formal del artículo 19, sino que también por los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.[30] En tal sentido, en el caso de las funcionarias judiciales, proponer como solución administrativa la renuncia del post natal para mantener el sueldo contradice normas básicas de interpretación en materia de derechos constitucionales en el ámbito internacional, tales como el "principio de progresividad", referido a la constante evolución y progreso de los derechos que incorporan condiciones favorables a los ordenamientos jurídicos internos. Diversos tratados internacionales ratificados por Chile contienen este principio. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 26, lo consagra y luego, en el artículo 29 b), señala que "ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda ser reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera Estado Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados."[31] Esta característica de la interpretación "pro homine" lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, esto es, la norma que mejor garantice el derecho e indica que una vez otorgado un beneficio no puede restringirse o limitarse sin una justificación substantiva.[32]

29 Informe sobre aplicación de la Ley 20.545, op. cit .

30 Nogueira, Humberto, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, 1, 2003.

31 Convención Americana sobre Derechos Humanos, texto disponible en: http://www.cidh.org

32 Esta norma está contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 29 c) y 29 d).

## 4. La proporcionalidad como mecanismo de resolución de la colisión de derechos en el caso concreto de la Ley 20.545

Postulamos que la metodología adecuada para resolver esta colisión de derechos fundamentales con un interés general es el denominado principio de proporcionalidad. Esta metodología de adjudicación en materia de derechos fundamentales no es desconocida en nuestro país: (1) tiene recepción en la doctrina: por ejemplo, en opinión de Humberto Nogueira Alcalá, se deriva de las reglas del estado de derecho y de la garantía de no afectación del contenido esencial de los derechos consagrada en el artículo 19 N°26 en nuestro ordenamiento jurídico[33]; (2)ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en la resolución de numerosos casos[34]; (3) el legislador ha adoptado expresamente la metodología de la proporcionalidad en el procedimiento de tutela laboral en los artículos 485 y siguientes del Código de Trabajo, que en la parte pertinente indica: "se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando se limita el pleno ejercicio de aquellos de forma [...] arbitraria o desproporcionada [...]".

La ley de la ponderación señala que, "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".[35] Una labor básica en todo análisis de proporcionalidad es establecer cómo se configura la colisión entre derechos constitucionales o entre derechos y principios de interés general.[36] En el caso que examinamos, la colisión de normas se produce entre el interés general de "regular el gasto público" y la garantía de la igualdad; debemos establecer el grado de afectación y de satisfacción de las garantías involucradas.

33 Nogueira, op. cit., nota 5, p. 801.

34 El Tribunal Constitucional chileno, a partir de 2006, ha utilizado consistentemente la ponderación o proporcionalidad. Solo a modo de ejemplos: la decisión Rol 546 de fecha 17 de noviembre de 2006, la decisión Rol 825 de fecha 5 de marzo de 2008, la decisión Rol 976 de fecha 26 de junio de 2008, la decisión Rol 1254 de fecha 29 de julio de 2009, la decisión Rol 1345 de fecha 25 de mayo de 2009 y la decisión Rol 1710 de fecha 6 de agosto de 2010; fueron adoptadas mediante el uso de la proporcionalidad como mecanismo de adjudicación.

35 Alexy, op. cit., p. 92 y ss.

36 Nogueira, Humberto, "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (UNAM y CECOCH) 2010.

### 4.1. Afectación de la garantía de igualdad ante la ley

El artículo 19 N° 2 de la Constitución establece la garantía de la igualdad ante la ley. En el caso de autos, sostenemos que la Ley 20.545, su reglamento respectivo y lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, a través de la circular O.F. 6 RH N°218, produce una diferenciación arbitraria o no razonable que no cumple con los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia constitucional para ser considerada tolerable.[37]

Primer criterio: el trato diverso solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes.[38] Se considera, en este sentido, lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma son tratados de manera distinta a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. El Tribunal Constitucional ha determinado que, para poder dimensionar esta situación, se requiere una ponderación en el sentido de un examen de proporcionalidad.[39] La diferencia establecida por la ley debe basarse en criterios objetivos, no pudiendo el trato diferenciado basarse en características subjetivas adscritas, como edad, sexo, raza o condición social. En opinión del propio Tribunal Constitucional, esta diferenciación resultaría inaceptable.[40] En el caso de autos, la diferenciación está basada en la condición social de la madre, sin que durante la tramitación del proyecto se hayan dado razones de cómo los requerimientos del hijo(a) se distinguen de acuerdo a la condición social de la madre.

Segundo criterio: para que la diferencia no sea arbitraria, no puede fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados. Históricamente han existido grupos en la sociedad a los cuales la ley ha tratado de modo diverso. Con el objeto de terminar con las diferenciaciones basadas en prejuicios, algunos ordenamientos jurídicos han creado las denominadas "categorías sospechosas", esto es, diferencias creadas por ley sobre grupos considerados históricamente vulnerables, como las mujeres o minorías étnicas o sexuales, respecto a las cuales la ley debe cumplir con

37 Tomo estos criterios de lo propuesto para la jurisprudencia constitucional chilena por Correa Sutil, op. cit., aun cuando mi trabajo de campo es la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense en la materia a través de los casos emblemáticos: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1989 SCC (1247); *Law v. Canada*, 1999 SCC (1260); y, R. v. *Kapp* SCC 2008 (1278).

38 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1414 con fecha 14 de septiembre de 2010, considerando 16 .

39 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1307 de fecha 20 de enero de 2011, considerando 15 .

40 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 977 de fecha 8 de enero de 2008, considerando 10.

un examen especialmente exigente para ser considerada constitucional. Un modo concreto de trabajar esta situación son las acciones positivas, conceptualizadas por José Ignacio Casas como: "el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios"[41] y recogidas expresamente en el derecho comparado en la Carta de Derechos y Libertades Canadienses aprobada en 1982 en el artículo 15 inc. 2: "el inciso (1) no se opone a cualquier ley, programa o actividad que tenga por objeto la mejora de las condiciones de los individuos o grupos desfavorecidos como los que se encuentran en desventaja debido a su raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o estado mental o discapacidad física."[42] Así lo ha recogido, parcialmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno al indicar que "no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona, o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo".[43]

Además de la discriminación directa basada en la condición social de la madre, se produciría una discriminación laboral indirecta basada en la condición de mujer de las juezas, al no permitirse el goce íntegro de la remuneración en caso de hacer uso del permiso parental, máxime tratándose de una disposición "que mejora los derechos", lo que sitúa a las personas de sexo femenino –las únicas que pueden estar embarazadas, naturalmente– dentro del Poder Judicial en una situación de desventaja particular respecto a las personas de sexo masculino. Tal disposición no puede justificarse objetivamente toda vez que, con anterioridad, pese a haber existido un tope, el pago de las remuneraciones se realizaba en forma íntegra. A la mujer trabajadora que se embaraza se la castiga con una merma en sus ingresos de aproximadamente un 66%. En opinión de Eduardo Caamaño, se está frente a una "discriminación laboral indirecta, cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado (cual es el caso de la ley de descanso post natal parental que da la opción de cuidado al padre

41 Citado por González Martín, N., "Acciones positivas: Orígenes, conceptualización y perspectivas", en Torre Martínez, C. de la (coord.), *Derecho a la no discriminación,* (Ediciones Conapred) 2006, p. 345.

42 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11.

43 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1414 de fecha 14 de septiembre de 2010, considerando 15 .

o madre), en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo".[44]

## 4.2. ¿Cuál interés general colisiona con la garantía constitucional de la igualdad?

El interés público que colisiona con la garantía de igualdad antes expuesta es el del Poder Ejecutivo de limitar el gasto fiscal y está directamente vinculado al tope legal del subsidio en 66 UF. Es relevante destacar que este subsidio no se origina en la prestación de los servicios del trabajador, sino que es una manifestación del desarrollo de un beneficio por parte del Estado en materia de seguridad social. Justamente, la existencia de un tope legal para el subsidio y su carácter discriminador fue lo que suscitó una ardua discusión en la votación del proyecto de ley sobre descanso post natal parental en el Senado.[45]

Asimismo, la condición del gasto público como limitación a garantías constitucionales ya ha sido debatida en el Tribunal Constitucional. Así, el ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, en voto disidente, expresó con claridad: "La recaudación e inversión de las rentas públicas constituye una atribución exclusiva del Ejecutivo, que no configura un valor o principio de carácter constitucional, y que, si se concreta desnaturalizadamente en una disposición legal, jamás puede tener preponderancia sobre los derechos esenciales de las personas que reconoce expresamente la Constitución".[46]

Fue también el interés en mantener el gasto fiscal limitado y controlado lo que llevó al Poder Ejecutivo a interponer un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, fallado en causa Rol 2025-11, en que la litis estaba centrada en la facultad legislativa exclusiva de limitación del gasto fiscal radicada en el Poder Ejecutivo y la carencia de esta facultad por parte de la cámaras del Congreso Nacional.[47] Comentarios formulados a la sentencia del Tribunal Cons-

44 Caamaño Rojo, Eduardo, "La discriminación laboral indirecta", en *Revista de Derecho*, vol. xii, (Universidad Austral de Chile) 2001, p. 72.

45 Historia fidedigna de la ley disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional, historia de la Ley 20.545, disponible en www.bcn.cl.

46 Tribunal Constitucional, Rol 790-07 de fecha 11 de diciembre de 2007, considerando 7, voto disidente del Ministro Vodanovic.

47 Tribunal Constitucional, sentencia Rol No 2025-11 de fecha 20 de julio de 2010, se pronuncia respecto de un requerimiento del Presidente de la República para que se declare la inconstitucionalidad de la actuación del Senado, basado en los artículos 6, 7 y 65 de la Constitución de 1980.

titucional aludieron a una "responsabilidad fiscal reforzada".[48] La situación planteada en este trabajo corresponde a la aplicación de la Ley 20.545 a un grupo de funcionarias públicas madres y los efectos concretos en la disminución de sus emolumentos impuesta por el artículo 6 de la ley 20.545.[49]

## 5. Análisis de proporcionalidad o ponderación como modo de resolver la colisión

Consideramos grave el grado de afectación de las funcionarias públicas respecto de la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación, ya que se basa en la condición social de la madre (una categoría considerada sospechosa "per se") realizando un tratamiento dispar entre quienes perciben una remuneración superior a 66 UF versus aquellas personas que perciben una remuneración menor a dicho tope, a pesar de que la fundamentación de la ley, cual es el apego madre-hijo y los beneficios de la lactancia de libre demanda, no depende en caso alguno de esos factores. La norma tiene un efecto perverso en aquella minoría de mujeres que ha logrado cierto éxito profesional, pues, a mayor remuneración, mayor será el porcentaje que no será cubierto por el subsidio legal. Por ello, la mujer deberá seguir optando entre mantener su empleo o ser madre, lo cual constituye una verdadera negación de los supuestos que dieron cabida a la Ley 20.545. Este trabajo desarrolla la tesis de que quienes se han visto forzadas a renunciar al descanso postnatal parental lo han hecho por las desproporcionadas limitaciones económicas que la implementación impone a las funcionarias. Una prueba concreta de ello es que, de las 22 renuncias al permiso, todas corresponden a cargos cuyas remuneraciones son superiores a 66 UF (juez, relator, consejero técnico y secretario).[50]

Lo que sostenemos, apoyado en la opinión por ahora minoritaria del ministro Vodanovic en la causa Rol 790-07 ante el Tribunal Constitucional, es que la limitación del gasto fiscal tiene una relevancia leve, aun cuando se considere un interés general, sin consagración expresa en la Constitución y no se puede considerar jerárquicamente superior a derechos fundamentales. A modo de ejemplo, podría indicarse las causas en que se condena al Estado

48 Fallos Públicos N° 18, agosto de 2011, disponible en www.lyd.org.

49 Corresponde, por lo demás, a acciones constitucionales de protección y a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional, pendientes ante la Corte Suprema y Tribunal Constitucional respectivamente.

50 Informe sobre aplicación de la Ley 20.545, op. cit.

a indemnizar el daño moral tomando como base la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución de 1980 y en las cuales el Fisco de Chile no puede excusarse de cumplir so pretexto de no tener los fondos o no haber una partida al efecto en la Ley de Presupuestos de la Nación.

Una vez fijada la colisión, es necesario revisar las etapas de la proporcionalidad, a partir del supuesto de que no existen derechos absolutos que siempre prevalezcan sobre otros; en cada colisión es necesario llevar a cabo una ponderación de los derechos constitucionales en juego para establecer cuál de ellos, basado en las circunstancias del caso, prevalecerá en el caso concreto.[51]

**Primero:** el examen de idoneidad persigue establecer si la medida restrictiva de derechos fundamentales constituye un medio adecuado para el logro de la finalidad de la ley. La Ley 20.545 tuvo por objeto cumplir el deseo de la sociedad chilena de fomentar la familia en sus diversas especies, el apego a los hijos, el amamantamiento con todos los beneficios de salud que ello conlleva y el cuidado personal de los hijos.[52] La finalidad de limitar el gasto público es solo una finalidad menor respecto del declarado objetivo principal. Por lo mismo, el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal no conduce a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. La obtención de una remuneración íntegra, que permita hacer efectivos los objetivos de la ley, se limitó solo a ciertas madres, aquellas que perciban una remuneración menor a 66 UF.

**Segundo:** el examen de necesidad analiza si la medida adoptada es la más adecuada a la finalidad perseguida o si esta podría reemplazarse por otra que cumpla la misma finalidad pero que limite en menor medida los derechos constitucionales afectados. La necesidad requiere que las diferencias hechas por el legislador resulten adecuadas y necesarias para alcanzar el fin lícito que se proponen. Se indica que no aprueban el test de necesidad aquellas medidas que establecen medidas dañinas que puedan razonablemente evitarse por caminos alternativos. En el caso de autos, el tema de la limitación del gasto fiscal es sin duda relevante, pero estimamos que el establecimiento de este límite provoca que la finalidad perseguida por la Ley 20.545 se incumpla. El Tribunal Constitucional ha invocado a su homólogo español indicando que "para que

51 Alvez Marín, Amaya y Campos Díaz, Manuel, "El principio de proporcionalidad como mecanismo de adjudicación constitucional, Su uso en el derecho comparado", en Estado de Derecho y derechos fundamentales de los ciudadanos: Las Convenciones Europea y Americana sobre los Derechos Humanos, *European Public Law Series*, Vol. xciii (Esperia Publications) 2009, pp. 319-330.

52 Historia fidedigna de la Ley 20.545 disponible en www.bcn.cl.

la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que ella persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos."[53] Para las funcionarias públicas tratadas es este caso, los objetivos de la ley –garantizar el mejor cuidado de sus hijos y la protección de la maternidad, y facilitar la conciliación entre familia y trabajo– se cumplen a costa de obtener un tercio de sus emolumentos mensuales; creemos que la diferencia establecida es dañina y la finalidad perseguida puede lograrse por medios alternativos.

**Tercero:** el examen de proporcionalidad en sentido estricto se focaliza en realizar una ponderación, desde el derecho constitucional, de las ventajas e inconvenientes de la aprobación del acto estatal limitativo de los derechos constitucionales y el bien que se lograría respecto del bien común o interés público. Respecto de esta situación, el Tribunal Constitucional ha indicado que "el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que puede considerarse proporcionales."[54] Todas estas razones antes planteadas nos llevan a sostener la irrefutable privación y perturbación de la garantía constitucional de igualdad de las funcionarias públicas en aras de proteger un interés general de rango infraconstitucional.

## 6. Reflexión final

El mandato constitucional de examinar la legislación implica aceptar la superioridad jerárquica de la Carta Fundamental. No estamos ajenos, en cuanto miembros de la comunidad jurídica, a las dificultades que esta tarea implica, incluyendo la textura abierta del texto constitucional, la necesidad de interpretación más allá de la mera exégesis y el deber de conocer y aplicar los tratados de derechos humanos que han sido ratificados por Chile. Sin embargo, creemos haber ofrecido una argumentación contundente relativa al principio de

53 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1584 de fecha 15 de junio de 2010, considerando 20.

54 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 790 de fecha 11 de diciembre de 2007, considerando 22 .

proporcionalidad y la necesidad de buscar una salida menos exigente que esté a la altura de los requerimientos de nuestra justicia constitucional.

Creemos que el espíritu de la Carta Fundamental y de las garantías constitucionales invocadas es considerar una solución a la colisión de derechos fundamentales –que, por lo demás, está expresamente reconocida– mediante la aplicación de un examen de proporcionalidad.

Así, en el caso de las funcionarias del Poder Judicial, el tope al subsidio legal establecido por la Ley 20.545, que instaura el post-natal parental, está sujeto a una limitación desproporcionada, arbitraria y, por lo mismo, inconstitucional.

# OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

# RECURSO DE PROTECCIÓN, CONFLICTOS POLÍTICOS Y CUESTIONES NO JUSTICIABLES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE PROTECCIÓN

*Manuel Núñez Poblete*[1]

**Resumen**

El presente ensayo expone críticamente la reciente doctrina según la cual, cuando las disputas constitucionales entre particulares se insertan en un conflicto político, el recurso de protección no puede prosperar como herramienta de restablecimiento del imperio del Derecho. Esta doctrina, que supone la desjuridización de un conflicto, es analizada en un doble contexto de evasión de responsabilidades: o de las políticas merced de la judicialización de los conflictos políticos o de las constitucionales mediante la construcción de una versión nacional de las cuestiones políticas no justiciables en materia de derechos humanos.

## 1. Introducción

Los recientes conflictos políticos nacionales han permitido que se muestre en todo su esplendor un rasgo de nuestra identidad que parece ser transversal a todo el espectro político nacional. Se trata de cierta cultura legalista según la cual la solución de la gran mayoría de los conflictos sociopolíticos pasa por la dictación o la reforma de las instituciones legales. Este rasgo cultural nacional –probablemente exacerbado por el creciente disenso sobre la legitimidad de la carta política– sirve de lugar de encuentro para quienes abogan por el uso intenso y, en su caso, el reforzamiento legislativo de todos los instrumentos normativos que permiten el resguardo del orden público; para quienes

1 Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Es licenciado en Ciencias Jurídicas por esa misma Universidad y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

atribuyen todos los vicios del sistema político a la Constitución de Pinochet; para quienes exigen la sustitución de la legislación educacional; o, en fin, para quienes reclaman un trato más justo de la comunidad hacia las minorías étnicas, nacionales o sexuales. El curso natural de esta práctica política –que en lo no resuelto por la ley encuentra siempre su asidero positivo en la Constitución o el Derecho Internacional– empuja a los tribunales a resolver cuestiones para las cuales no han sido diseñados ni para las que los jueces han sido formados, es decir, cuestiones para las cuales el Derecho se ve con creces excedido en sus capacidades. En este proceso, los órganos jurisdiccionales o resuelven legalmente el conflicto político (lo que suele significar que en lo político el problema persiste en su estado de irresolución) o lo devuelven a quien ha debido resolverlo. En esta última hipótesis se inscriben algunas sentencias dictadas por varias cortes de apelaciones durante 2011, mediante las cuales se ha renovado la discusión sobre las llamadas cuestiones políticas no justiciables. Se trata, en particular, de fallos dictados a raíz de recursos de protección intentados con el objeto de poner fin a las denominadas "tomas" de establecimientos educacionales, a través de los cuales emergió cierta doctrina que puede resultar familiar para los juicios de protección, cual es la presunta falta de idoneidad de esta acción constitucional para resolver determinada clase de conflictos. Entre esta clase de conflictos, además de los asuntos propios de juicios de lato conocimiento, se encontrarían los conflictos políticos.

El presente ensayo pretende ofrecer una breve reflexión, a partir de algunas sentencias de protección libradas en el último tiempo, sobre el doble problema que enfrentan las cortes de apelaciones con los conflictos políticos a raíz de los recursos de protección. Por una parte, se pretende analizar un fenómeno que muestra bien el afán –explícito o implícito– de las autoridades administrativas por endosar a los jueces sus responsabilidades políticas y, por otra, el hetedoroxo modo con que los tribunales ofrecen deferencia hacia los conflictos políticos. Previo a ello, se recordarán algunas prácticas que permiten encuadrar ambos fenómenos en nuestro *constitucionalismo real*. Dado su limitado objeto, el ensayo no se hace cargo de la posible extensión de la *cuestión política* a procesos de tutela diversos de la acción de protección. Por lo tanto, lo no justiciable se presenta aquí en una versión reducida que solo equivale a lo no revisable por la vía de la protección. Con todo, como se verá más abajo, la ineficacia de los remedios procesales legales bien puede significar que lo no justiciable en sede de protección no sea muy distinto de lo no generalmente justiciable.

## 2. El recurso a la ley y a la justicia como medio de despolitización de los conflictos políticos

La conducción de los conflictos políticos a través de la ley y de los jueces no es un fenómeno aislado. La imagen del parlamentario o del funcionario de Gobierno tras la ventanilla de un tribunal, presentando una querella o un acción de protección es frecuente en los telediarios y un síntoma de lo que bien podría considerarse como una enfermedad del sistema político. Esta patología consiste en trasladar el poder de gestión y decisión política hacia quien no ha sido instituido con el fin de gobernar (el Poder Judicial) y en cumplir las funciones constitucionales de gobierno o de fiscalización política a través de un medio impropio, esto es, el procesal. Mediante esta práctica, la autoridad política pretende una de dos cosas: (i) o renunciar a la política y a sus métodos, o (ii) disfrazar y continuar el debate político bajo un ropaje legal. El primero de estos propósitos revive la desconfianza hacia la política heredada de nuestro pasado autoritario, se expresa en una atávica aversión hacia el sustantivo-adjetivo de lo político y sustituye, parafraseando a Crick,[2] el *subjuntivo* propio de la política por el *imperativo* del Derecho. El segundo de estos propósitos es menos ingenuo, por cuanto evidencia la intención positiva de abandonar un deber y despojarse de las responsabilidades, políticas y legales, propias del cargo. En efecto, el desplazamiento de la conducción del problema hacia los palacios judiciales –además de configurar una posible juristocracia de la que más tarde todo el mundo se quejará– desnuda el problema de su cariz político y libera a los agentes gubernativos y legislativos de sus responsabilidades y deberes.

Un buen ejemplo de esta práctica podría representarlo el reciente proyecto de ley que *establece medidas en resguardo del orden público,*[3] particularmente en aquella parte en que traslada a la legislación penal común ciertos tipos penales usualmente contenidos en la legislación especial (la Ley de Seguridad Interior del Estado) y que solo pueden ser perseguidos a requerimiento de la autoridad política.[4] Por el hecho de politizar la persecución de delitos comunes, por desvestir de su condición política la persecución de delitos especiales, por penalizar conductas que lindan con el ejercicio de un derecho constitucional y por proponer la revisión de la legislación en el que no parece ser el

2 Crick, Bernard, *En defensa de la política*, trad. M. Zorrilla, (Tusquets) 2001, p. 164.

3 Boletín número 7975-25, fortalece el resguardo del orden público. A la fecha en que se cierra esta edición el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

4 Ver artículo 26 de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado.

momento más propicio para la deliberación legislativa, el proyecto en cuestión ha sido objeto de numerosas críticas, varias de las cuales se han dirigido, precisamente, a la relación entre lo político y lo no político en la persecución de las conductas que atentan contra el orden público.[5]

En el plano judicial más particular, es posible observar algunos ejemplos abultados de judicialización de conflictos sociales frente a otras muestras más finas del modo de huir de las responsabilidades políticas. Evidencia de lo primero es el largo e infructuoso camino recorrido en los tribunales, particularmente en aquellos con competencia en lo penal, con ocasión del conflicto territorial mapuche. La invocación de los amplios tipos de la Ley Antiterrorista o de la Ley de Seguridad Interior del Estado no solo han sido inútiles para detener un conflicto que se arrastra por décadas, sino que han sido terreno fértil para poner en crisis los principios del debido proceso y de justo tratamiento a las demandas territoriales de los pueblos indígenas. Prueba de lo segundo es la práctica política que se observó durante las últimas catástrofes. A la conocida aversión de la autoridad civil para recurrir a la legislación de emergencia (artículos 39 y siguientes de la Constitución y Ley N° 18.415) se unió la curiosa pretensión de conducir las emergencias naturales a través de la intervención de los tribunales. Hace algunos años, la disputa que originó la negativa de algunos habitantes de Chaitén a abandonar el poblado tras la erupción de un volcán llevó a la autoridad política a echar mano de los jueces para desalojar un pueblo por la vía de una orden de no innovar concedida en un proceso constitucional de protección. Poco importa que la autoridad política haya perdido la instancia,[6] pues el objeto del proceso fue satisfecho con una orden de no innovar que reemplazó todo el diseño constitucional de las emergencias por una medida cautelar que no impone ninguna responsabilidad al Estado ni reconoce ningún derecho a los desplazados. De esta forma, el indelegable poder y responsabilidad –política y civil– que la Constitución atribuye a la autoridad de gobierno en caso de catástrofes naturales fueron abandonados por la propia autoridad que, desvistiendo el conflicto de su naturaleza política, lo transformó –con la anuencia de la Corte de Apelaciones de Puerto

5 Ver Hernández, Héctor, "Protesta social y Derecho penal", en *El Mercurio Legal*.

6 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 102-2008, 5 de junio de 2008, *Galilea Ocón en favor de la vida de toda persona natural que se encuentra en un perímetro de 30 km. cercano al Volcan Chaitén y sus alrededores de la comuna del mismo nombre, provincia de Palena*, fallo confirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Rol 3382-2008, 3 de julio de 2008. Este litigio fue seguido por otro, esta vez interpuesto por los residentes de Chaitén en contra de las autoridades de gobierno, ver Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 47-29, 19 de marzo de 2009, *Moraga Carrasco y otros c. contra de don Edmundo Pérez Yoma, Ministro del Interior de la República de Chile y otros*.

Montt– en una cuestión legal justiciable por la vía de la tutela proteccional. En otras palabras, el poder de decisión sobre la excepción es trasladado hacia el supuestamente aséptico campo de las decisiones judiciales sobre la legalidad, desmantelando todo el sistema de deberes y responsabilidades de la autoridad política y, de paso, atribuyendo el poder *schmittiano* más puramente político a los tribunales de justicia.

Un efecto similar se produce cuando quien ejerce la acción de protección es el particular que reclama la modificación de una política pública sanitaria,[7] la dictación de una ley[8] o incluso la revisión de una decisión de la más alta esfera de la política,[9] por mencionar tres de numerosos ejemplos. Sin embargo, entre estas hipótesis y las anteriores existe una notable diferencia en la causa, pues al particular no le es exigible renunciar a ningún medio legal, por inidóneo que este sea, para obtener la satisfacción de sus pretensiones políticas. El caso es, entonces,distinto al que aquí se quiere destacar, pues el recurso particular a la vía judicial no altera el diseño ni el fin del juego político. En cambio, cuando es el Estado quien se sirve del proceso para enfrentar un problema político, la tutela judicial se transforma en un pretexto para escapar del cumplimiento de los deberes propios del cargo.

## 3. Algunas formas de despolitización y desjudicalización de los conflictos políticos

La reciente práctica del recurso de protección ofrece ejemplos en que se entremezclan dos formas de hacer política: la política judicial de autorrestringir el ejercicio de la jurisdicción y la política gubernativa de conducción de los conflictos políticos. Entre la variedad de fallos del último tiempo, quisiera detenerme en aquellos que reducen la eficacia de la acción de protección cuando supuestamente el conflicto que ella pretende remediar tiene el carácter de

7 Así por ejemplo, el inicio de la conocida saga de fallos sobre la píldora del día después: Corte de Apelaciones de Santiago, Roles acumulados 850-2001, 1579, 1676 y 1737-12001, 28 de mayo de 2001, *Philippi Izquierdo y otros c. Instituto de Salud Pública y otros* (rechazado), revocado por la Corte Suprema, Rol 2186-2001, 30 de agosto de 2001; el caso de los enfermos de VIH, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3025-2001, 28 de agosto de 2001, *Rojas Vera y otros c. Servicio de Salud Metropolitano Oriente y otros*, (acogido), revocado por Corte Suprema, Rol 3599-2011, 19 de octubre de 2011.

8 Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 294-2007, 6 de julio de 2007, *Ulloa Guzmán y otros c. Honorables Señores diputados Claudio Alvarado y otros* (rechazado), confirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Rol 3975-2007, 18 de octubre de 2007.

9 Paradigmáticamente, el caso *Cereceda Bravo*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Roles acumulados 45-93 y 48-93, 25 de marzo de 1993.

político y cuando, en el contexto señalado, la disputa enfrenta a particulares. Me refiero específicamente al criterio sostenido por algunas cortes para resolver los recursos de protección intentados para poner fin a las ocupaciones forzozas de establecimientos educacionales. Se trata del criterio sostenido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta para rechazar un recurso deducido contra el Presidente de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Calama y Alcalde de esa misma comuna por las omisiones en que este habría incurrido al no realizar las gestiones necesarias para que se depusiera la toma que afectaba a varios liceos de Calama. El argumento central del fallo de la Corte se resume en su motivo 14°, que sostiene que el conflicto es "de naturaleza política y no jurídica, controversia acerca del derecho", por lo que "es en este ámbito en que procede darle la debida solución y no en sede jurisdiccional como se pretende en este caso en que están involucrados estudiantes, padres, apoderados y autoridades municipales y de gobierno, tanto provincial, regional o nacional".[10]

En su expresión más pura, esto es, desvinculado el argumento de otras razones concurrentes que también explican el rechazo de la protección (como lo es, por ejemplo, la existencia de denuncias policiales que impedían el acogimiento de los recursos),[11] el argumento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta es posteriormente reproducido y perfeccionado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que consideró"que estamos en presencia de un conflicto de naturaleza política, siendo ese el ámbito en que procede darle la debida solución y no en sede jurisdiccional como se pretende en este caso en que están involucrados estudiantes, padres, apoderados y autoridades municipales, de gobierno, tanto provincial, regional

10 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 578-2011, 29 de septiembre de 2011, *Wendy Contreras y otros c. Esteban Velásquez*. El considerando 16° añade: "Que, además, dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y dado que éste tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución escapa del ámbito, entre otros, de sus sostenedores, toda vez que ha sido la acción de los estudiantes de sus propios establecimientos educacionales apoyados, incluso, por sus profesores, padres y apoderados, quienes han interrumpido la continuidad del proceso de enseñanza aprendizaje, interrupción que logran con estas tomas y retomas, en su caso y, por ende, no están en condiciones de asegurar, incluso mediante el desalojo de los establecimientos, la continuidad del funcionamiento de los mismos y, por consiguiente, del servicio que prestan, de manera que no necesariamente la actitud imputada y reprochada a los recurridos podrían constituir eventualmente el origen de la privación o perturbación que se ha reclamado y, considerando la dimensión y el origen del conflicto que desborda las actitudes individuales de las autoridades, se hace procedente eximir el pago de las costas a los recurrentes".

11 Corte de Apelaciones de Arica, Rol 287-2011, 29 de septiembre de 2011, *López c. Valdebenito y otros*, con voto en contra por acoger la acción.

y nacional",[12] añadiendo que "dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y observando que este tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución debe ser acordada por quienes intervienen en el conflicto".[13] El caso resuelto en Valdivia era ligeramente distinto del fallado por la Corte nortina pues el recurrente era el Municipio y los recurridos, un grupo de estudiantes que había ocupado parte de los recintos educaciones del municipio.

Aunque durante el mismo año hubo decisiones de tribunales de alzada que se pronunciaron en sentido contrario al apuntado,[14] lo que interesa aquí es reflexionar sobre las proyecciones que la vieja doctrina de las cuestiones no justiciables tiene en materia de protección de derechos fundamentales cuando el conflicto se da en un contexto de conflicto político o social. Esta doctrina encuentra sustento teórico en el derecho comparado[15] y ha sido fina y exhaustivamente meditada por la doctrina nacional en su efecto excluyente de la potestad revisora de ciertas actuaciones de los poderes públicos.[16] En el contexto de los fallos recién reseñados y de los conflictos políticos del último bienio, esa doctrina encuentra un precedente inmediato en la decisión que, a fines del año 2010, dictó la Corte de Apelaciones de Valparaíso para resolver el recurso de protección *Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A. c. Intendente de la V Región y otros*.[17] En esa oportunidad, la Corte porteña funda-

12 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 412-2011, 18 de octubre de 2011, *I. Municipalidad de La Unión c. Estudiantes Liceo B 12 y Colegio de la Cultura*, considerando 7°.

13 Ibíd., considerando 8°.

14 Acogiendo el recurso intentado por un Alcalde por vulneración de la propiedad y atendido el "carácter extraordinario, de emergencia" del instituto procesal que "pretende remediar pronta y eficazmente los efectos lesivos de un actuar ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico o carente de fundamento o caprichoso, reparándose así el amago provocado a derechos o prerrogativas derivadas de situaciones ciertas y definidas" (considerando 8°). Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 583-2011, 10 de enero de 2011, *Bernardo Berger c. Liceo Armando Robles y otros*. En sentido similar, aunque acogiendo parcialmente, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 460-2011, 14 de septiembre de 2011, *Carolina Sanguesa c. Liceo Viña del Mar y otros*.

15 La *political question doctrine* se desarrolló con ese nombre en Estados Unidos a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema federal (*Baker v. Carr, Flast v.Cohen, Powell v. McCormack* y *Nixon v. U.S.*, entre otros). El estudio canónico sobre esta doctrina sigue siendo Scharpf, Fritz, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", en *The Yale Law Journal* 75/4, 1966, pp. 517-597. Ver la obra colectiva Mourtada-Sabbah, N. y Cain, B. (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of United States*, (Lexington Books) 2007.

16 Zúñiga, Francisco, "Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las 'cuestiones políticas'" , en *Ius et Praxis*, 14/2, 2008, pp. 271-307.

17 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 343-2010, 11 de noviembre de 2010, *Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A. c. Intendente de la V Región y otros*.

mentó el rechazo de la acción interpuesta para desalojar la toma de un predio particular[18] reclamado por un Clan del pueblo Rapa Nui en dos órdenes de razones: la existencia de procesos civiles y penales que permitían a otros tribunales "abordar estas cuestiones con mayor propiedad y conocimiento de causa" (considerando 5°) y el carácter político del conflicto que hace que sean "otras las autoridades encargadas de encausar de alguna forma la problemática planteada" (considerando 6°). Aunque la Corte Suprema eliminó estos fundamentos en el recurso de apelación,[19] por estimar suficiente el argumento según el cual el asunto ya se encontraba sometido al imperio del Derecho,[20] no hubo una explicación más profunda acerca de los supuestos efectos que un conflicto de naturaleza política sobre la jurisdicción de protección. En efecto, para la Corte Suprema, el Intendente recurrido ya no podía decretar ninguna orden desde que el asunto se encontraba investigado por el Ministerio Público, como tampoco era admisible la acción cautelar contra los particulares "porque en contra de quienes han ocupado el Hotel se ha sustanciado la investigación a que dio origen la querella presentada por la sociedad recurrente y que ha motivado la solicitud de audiencia de formalización".[21]

La variación que ofrecen los fallos de las cortes de Antofagasta y, especialmente, de Valdivia radica en el hecho que la cuestión política, como argumento expresivo de una presunta deferencia judicial hacia el resto de los poderes del Estado, se extiende ahora a conflictos que conciernen a particulares y donde el objeto de la pretensión no es tanto la revisión de un acto u omisión de un órgano público como la corrección de la actuación de un particular o, en general, la corrección de las formas de ejercicio de la actividad política de parte de los ciudadanos. De allí entonces que ellas sirvan como buen pretexto para reflexionar sobre dos de las anomalías que

18 La regularidad de la apropiación privada inmueble en la Isla es discutible a la luz de la legislación especial aplicada a ese territorio nacional y a las obligaciones internacionales del Estado de Chile conforme con el Convenio núm. 169 de la OIT. Sin embargo, lo que se discutía era la legalidad de la vía de hecho a partir de la apariencia de buen derecho de los propietarios inscritos.

19 Corte Suprema, Rol 8996-2010, 14 de enero de 2011.

20 Consta que en al menos tres procesos civiles se dio la razón a la sociedad recurrente sobre la propiedad del predio inscrito. Se trata de: a) querella de reestablecimiento, acogida a favor de la Hotelera Interamericana por sentencia del Primer Juzgado Civil de Valparaíso, Rol 1261-2011, de 25 de febrero de 2011, *Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A. c. Eddie Tuki*; b) denuncia de obra nueva rechazada por sentencia del Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua, Rol 2568-2007, *Diana Eliana Hito Hito con Sociedad Hotelera Interamericana Chile S.A.*; y c) acción reivindicatoria rechazada por fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1523-2010, 16 de agosto de 2011, que confirmó parcialmente la sentencia del Primer Juzgado de Letras de Isla de Pascua , Rol 2606-2008, de 10 de agosto de 2010, *Diana Eliana Hito Hito c. Sociedad Hotelera Interamericana Chile S.A.*

21 Corte Suprema, Rol 8996-2010, 14 de enero de 2011, considerando 9°.

se comentaban al principio de este texto: la incorrecta judicialización de las cuestiones políticas y la también incorrecta desjudicialización de los conflictos jurídicos.

**a) Un incorrecto intento de despolitización de un conflicto: Crítica al ejercicio "procesal" de atribuciones puramente políticas**

Nadie duda que el conflicto educacional es de naturaleza política. Que también lo sea el acto procesal de intentar una acción de protección a favor de unos estudiantes podría ser dudoso si el recurrente no fuese quien tiene en sus manos las capacidades de conducir el conflicto sin recurrir a los tribunales de justicia. En efecto, de una parte, el primer deber de la autoridad administrativa consiste en buscar el arreglo dialogado del conflicto de forma tal que, cuando esa vía política falla, se abre otra, también política, que consiste en recurrir al uso de la fuerza. Para optar por esta última vía, el recurso a los tribunales, merced del recurso de protección o de cualquier otra acción, no se justifica sino cuando el órgano policial se niega injustificadamente a ejercer sus atribuciones. No dándose esta última circunstancia, la práctica edilicia de recurrir a la justicia para solicitar el desalojo de los establecimientos ocupados no deja de ser otra muestra del arraigado hábito de endosar a los tribunales las responsabilidades políticas que les son propias. Y, en el caso de las llamadas tomas, la decisión política consiste en optar por el desalojo o simplemente, y por las razones que sea, en descartarlo. En efecto, a la luz de la normativa vigente no parece haber impedimento alguno para que la autoridad administrativa solicite directamente la intervención de la fuerza pública haciéndose responsable –en lo legal, lo administrativo y especialmente en lo político– por las consecuencias de haber o no solicitado esa intervención. Y, dado que las tramitaciones judiciales también representan una forma de ganar tiempo, no pocas veces la vía judicial es el instrumento escogido para encubrir la decisión exactamente contraria. Por todo lo anterior, el ejercicio de las acciones de protección solo encontraría sustento en caso que las fuerzas de orden se negasen a asegurar el acceso a los inmuebles educacionales, por lo que el primer agravio es la omisión de la propia autoridad municipal o rectoral.

**b) Una forma errada de politizar el conflicto: Crítica a la extensión de las *cuestiones políticas* a ciertos procesos de protección**

Distinto es el caso del particular que recurre a la justicia para obtener de esta lo que la autoridad política o administrativa le ha negado. En esta situación, la pretensión procesal no pretende desviar el cumplimiento de ningún de-

ber sino solamente actualizar el mandato constitucional de restablecimiento del imperio del Derecho. Naturalmente, habrá también casos en que el particular utilice esta vía para avalar su decisión con la autoridad de una sentencia, pero, cualquiera que sea la intención del actor, no cabe a la autoridad judicial responder con el "ocúrrase ante quien corresponda" que es propio de las decisiones sustentadas en la doctrina de la cuestión política. En efecto, si bien nuestros tribunales aciertan en calificar como políticos los conflictos estudiantiles y en negar la idoneidad de la acción de protección para remediar ese problema, yerran en abstenerse de calificar la juridicidad de una conducta y de disponer del remedio urgente que sea necesario para restablecer el imperio del Derecho. En efecto, a menos que las cortes propongan una completa reinterpretación de la libertad de reunión y del derecho de propiedad (algo que, hasta la fecha, tampoco se ha hecho), una decisión dirigida a declarar la ilegalidad y arbitrariedad de un hecho como los denunciados en las protecciones que aquí se han comentado no pareciera perseguir más que civilizar –mediante su cauce legal– los instrumentos de la acción política. Ese intento civilizador consiste precisamente en querer dominar, aunque sea mediante fallos que no se cumplan, el uso de la fuerza como medio de deliberación en tiempos en que razonablemente se puede hablar de la vigencia de un estado de Derecho. Por eso, recurrir a la escurridiza o "indomesticable" doctrina del hecho político no revisable por la vía proteccional no parece hacer justicia a la idea de jurisdicción deferente: los jueces, lejos de decir *qué* debe decidirse políticamente, tienen plena jurisdicción para fallar acerca del *cómo*. Y como todos los conflictos donde se discute acerca de uso de la fuerza se refieren a los procedimientos, no hay aberración ni imprudencia alguna en sostener y defender el deber inexcusable de los jueces de ejercer su ministerio tutelar guardando entera deferencia hacia el *qué*, pero sin renunciar a pronunciarse acerca del *cómo*. Renunciar a calificar este último elemento implica sostener, aunque sea implícitamente, que la deliberación y la acción política no están sujetas a reglas o que –parafraseando un influyente estudio sobre los jueces y la política– por principio ellas están desvinculadas de cualquier principio.[22] Por eso, fundamentar la negativa de una decisión de protección en el supuesto carácter político del conflicto sin explicar por qué el litigio se centra en el *qué* y no en el *cómo*, es una forma de desnaturalizar el correcto deber de deferencia que debe el

22 Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Yale University Press) 1986, p. 186.

juez hacia las potestades de los otros poderes públicos o, cuando se trata de particulares, hacia la autonomía individual.

Podría pensarse que el recurso al argumento del hecho político no torna la cuestión en no justiciable (o solo lo hace provisionalmente) desde que existen otras vías de tutela ordinaria. Esta sería una buena razón si el modo de presentación del argumento se limitara a la acción de protección (lo cual, sin embargo, no sucede) o si esas otras vías ofrecieran al afectado un remedio rápido y sencillo, para utilizar la terminología de los instrumentos internacionales. Pero se sabe que ello no es así, no solo por el dato normativo según el cual la acción de protección procede "sin perjuicio" de otras acciones legales, sino porque esas otras acciones no son equivalentes en rapidez y sencillez procesal.

Las consecuencias de esta forma de comprender el sentido de la propia jurisdicción son diversas. Más allá de las credenciales de legitimidad y de legalidad que prestan a una mal entendida libertad de expresión y de reunión, decisiones como las reseñadas contribuyen al trastorno de la política mediante la renuncia a controlar la legalidad y racionalidad de actos de naturaleza política que afectan el ejercicio de otros derechos constitucionales. Este raciocinio, por otra parte, desafecta al recurso de protección de sus orígenes, precisamente como instrumento de intervención judicial de urgencia sobre procesos de lucha política,[23] y añade otra razón para quienes promueven su sustitución a favor de acciones legales de tutela de derechos constitucionales (laborales o de no discriminación, por mencionar dos ejemplos abultados) ante jueces inferiores. Sin entrar a analizar si este último juicio es correcto o incorrecto, lo cierto es que estas formas de autorrestricción en materia de acciones constitucionales radicadas en los tribunales superiores han conducido a su entera sustitución (como fue el caso de la inaplicabilidad) o a su virtual desaparición (como es el caso de la acción configurada en el art. 19.7 letra i de la Constitución). No es, por tanto, descartable que el final de la acción de protección pase por el fortalecimiento de remedios de emergencia ante jueces de primera instancia que, en todo caso, también habrán de lidiar con conflictos políticos y con la esquiva doctrina de la deferencia hacia las cuestiones políticas.

23 Ver Soto, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Ed. Jurídica de Chile) 1982, p. 23 y ss.; y, con énfasis en la litigación contra la Administración, Bordalí, Andrés, "El recurso de protección entre exigencia de urgencia y seguridad jurídica", en *Revista de Derecho* (Valdivia) XIX/2, 2006, p. 208 y ss.

## 4. Epílogo: La cuestión política, los litigios de derechos humanos y futuro de la acción de protección

En cierto sentido, toda disputa sobre derechos humanos es una cuestión política. En la medida en que en un litigio permite el enfrentamiento a partir de pretensiones contrapuestas sobre la carta fundamental, donde no pocas veces el juez será otro más de los adversarios, es posible afirmar que el proceso constitucional es, como la guerra, la continuación de la política por otros medios. De allí que la doctrina de la deferencia judicial hacia las cuestiones políticas tenga una explicación más que suficiente en la necesidad de no sustituir las decisiones propias de la prudencia política por las decisiones legales de la jurisdicción. Sin embargo, llevada al extremo y extendida a los remedios constitucionales de emergencia –especialmente cuando estos sirven para la defensa actual de los derechos de los particulares frente a situaciones irremediables a través de los procedimientos ordinarios–, la doctrina de la deferencia transforma la prudencia en vicio y genera lagunas de control difícilmente conciliables con la idea de Estado de Derecho.[24]

Los peligros del exceso de la necesaria deferencia judicial hacia los poderes políticos han sido suficientemente puestos de relieve por la doctrina comparada, tanto en lo general[25] como en el campo específico de los derechos fundamentales.[26] La historia nacional no escapa a esos riesgos, como bien lo demuestra la larga lucha por someter la Administración a la juridicidad (parte de cuyos capítulos enfrentó a los particulares a la conocida distinción entre actos de autoridad y actos de gestión) y por reconocer el derecho a la reparación de los particulares frente al Estado. La práctica constitucional de los últimos años está ofreciendo renovados aires a estos excesos de deferencia otrora ofrecidos a la Administración, después asegurados al Parlamento por

24 En esta misma línea, con posterioridad a la redacción de este texto, la Tercera Sala de la Corte Suprema dictó un preocupante fallo en que retiró el recurso de protección de la lista de herramientas de control de las autoridades policiales. En la sentencia Rol 2587-2012, del 24 de mayo de 2012, *Instituto Nacional de Derechos Humanos c. Carabineros IX Zona de la Araucanía*, se lee: "por otra parte y sin perjuicio de lo expresado an los motivos que preceden, resulta necesario consignar que por la vía de una acción constitucional como la de autos, en la que se busca terminar con la vulneración de alguna de las garantías amparadas en el artículo 20 de la Carta Fundamental, no es posible impartir órdenes de carácter general a Carabineros de Chile para que adecúe su conducta y proceder en eventos futuros en los que pueda verse afectado el orden público, de manera que el recurso de protección no puede contener declaraciones en esos términos" (considerando 7°).

25 Ver Linares, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 2° ed., vol. 3, (Plus Ultra) 1978, p. 467 y ss.

26 Boyd, K. Lee, "Are Human Rights Political Questions?", en *Rutgers Law Review*, 53, 2001, p. 277 y ss.

el Tribunal Constitucional y ahora extendidos, en lo que concierne al presente ensayo, a los particulares por la vía de la protección. Es de esperar que los criterios defendidos por dos cortes tan lejanas no se transformen en doctrina general y que la fuerza civilizadora del Derecho acompañe la recuperación de la deliberación política pacífica, razonada y donde los instrumentos legítimos de presión, resistencia y desobediencia civil no sean el instrumento cotidiano que reemplace los cauces normales de la deliberación democrática. Aunque en este proceso se advierten algunos síntomas de fortaleza de la acción de protección (el exitoso uso de esta acción para revisar las medidas disciplinarias estudiantiles es una buena muestra de ello), hay que volver a preguntarse si es conveniente mantener una acción como la de protección. No vaya a suceder como con el personaje de los viejos relatos de caballería: *"Il pover uomo che non sen'era accorto. Andava combattendo, ed era morto..."*.

# ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL[1]

*Lidia Casas Becerra*[2]
*Juan Pablo González Jansana*[3]
*con la colaboración de María Soledad Molina*

**Resumen**
Las relaciones de poder juegan un rol fundamental en la creación del Derecho. Esto conlleva muchas veces a que el Derecho establecido como neutral y objetivo sea el triunfo de una posición dominante que impone sus términos en cuanto a qué debe contener la norma. De este modo, ese qué puede estar integrado de estereotipos que etiquetan y asignan un rol a determinadas personas o grupo de personas dentro de la sociedad y el cual es reiterado por los tribunales de justicia en sus sentencias. El presente artículo analiza cómo algunos fallos del Tribunal Constitucional emitidos durante el 2011 reafirman estereotipos de género y cómo ello constituye una forma de discriminación que afecta a diversos grupos vulnerados de nuestra sociedad.

## Introducción

No es una tesis novedosa señalar que el poder –y específicamente las relaciones de poder– juegan un rol significativo en el proceso legislativo. El Derecho que se manifiesta en la ley tiende a reflejar las relaciones sociales, económicas y políticas en una sociedad, siendo un claro ejemplo de ello el tortuoso camino que ha debido seguir en nuestro país el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación y, en especial, el arduo debate

1 El presente artículo contó con la valiosa ayuda de Soledad Molina, estudiante de Derecho UDP, como asistente de investigación, a quién agradecemos todo su esfuerzo y responsabilidad.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogada, LLM de la Universidad de Toronto y Candidata a Doctora de la Universidad de Ottawa.

3 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogado. Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Universidad de Chile. Abogado de la Unidad de Estudios del Instituto Nacional de Derechos Humanos y Secretario de Redacción del Anuario de Derecho Público UDP.

por incluir categorías sospechosas como la orientación sexual o la identidad de género.[4]

La ley como instrumento normativo se plantea como una declaración neutra y objetiva, lo que es objetable. En ella se manifiestan diversos tipos de prejuicios o preconcepciones de quienes detentan el poder, que son quienes integran el Gobierno y Congreso Nacional como poderes colegisladores. En otras palabras, las reglas generales establecidas en toda ley son las que ellos (hombres) estiman convenientes y las prohibiciones establecidas son vistas por los grupos vulnerados como obstáculos para ampliar la distribución de poder y para participar en las decisiones sobre asuntos públicos.

Estos estereotipos normativos son, posteriormente, reiterados por el Poder Judicial en sus sentencias judiciales. Lo que hace el tribunal de justicia no es otra cosa que interpretar la norma (supuestamente neutra y objetiva) en base a consideraciones abstractas impregnadas de un orden natural patriarcal, lo que tiene como consecuencia una reiteración del estereotipo. El propósito de este trabajo es revelar los estereotipos que se traducen en las sentencias judiciales y que dañan la condición de iguales de las personas. Los prejuicios encasillan o niegan el reconocimiento a las personas, y ello ocurre en la ley y en la interpretación judicial. Nuestra indagación se centrará en la revisión de decisiones del Tribunal Constitucional en dos ámbitos: el derecho de familia y el derecho penal. La remisión a sentencias únicamente del TC no implica que no exista esta misma situación en otros tribunales, pero, dentro de la estructura de la justicia constitucional chilena, el TC cumple un rol fundamental principalmente a partir de la reforma de la Ley 20.050, cuando comenzó a conocer las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que analizar cómo este tribunal conoce estas acciones en materias donde está en juego la aplicación de estereotipos es una forma de responder la pregunta de si el TC ha resguardado debidamente el derecho a la igualdad.

## 1. El Derecho: una construcción de realidad

El proceso judicial en cuanto creación de Derecho permite el juego de distintos actores y papeles y, a través del proceso, opera como un guión que debe considerar los hechos del caso. El juez, a través de sus fallos, tiene la posibi-

4 Al momento de finalizar este artículo, el Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín 3815-07) se encontraba aprobado por el Congreso Nacional y en proceso de ser promulgado por el Poder Ejecutivo, tras siete años de debate legislativo.

lidad de aminorar las asimetrías de poder entre las partes atendido el mérito del caso cuando, en concreto, aplica el Derecho a los hechos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha reiterado que los tribunales nacionales son la primera línea de salvaguarda de los derechos de las mujeres, por lo cual, para la labor de los jueces, es relevante sustraerse de los prejuicios al momento de fallar.[5] Sin embargo, no solo el juez puede reiterar o profundizar las asimetrías, sino también los actores que intervienen en la disputa judicial, a través de sus argumentaciones. De esta manera, se va moldeando el Derecho a través de actuaciones concretas que no solo competen a los jueces. En el caso de los abogados litigantes más cercanos al foro, estas se traducen en las formas que cimientan sus relaciones con jueces y colegas, como también el tipo de casos que litigan.[6] La abogada laboralista en busca de una reivindicación de derechos a través de una tutela de derechos fundamentales en el trabajo, o el abogado de familia que disputa la pensión de alimentos para su representada, cuentan con un prestigio distinto a aquellos abogados que litigan los derechos preferentes de grandes empresas mineras. Así, no son solo las relaciones que los abogados tejen en el foro, sino también la naturaleza misma de sus litigios los que van influenciando el Derecho.

Galanter lo describe muy bien cuando analiza la situación de los justiciables y sus posibilidades en el proceso no solo en razón de los intereses y derechos en juego (caso) y la naturaleza de las pretensiones al sistema, sino también del tipo de profesional litigante que representa al justiciable. Galanter diría que las redes sociales-profesionales sí importan.

De esta manera, en el proceso de creación del Derecho se da una relación simbiótica entre el mundo social que moldea el Derecho y este, que, a su vez, influye en la interacción y la organización social y el orden político.[7] El Derecho como construcción posee un fuerte componente simbólico, ya que, a través de él, las personas pueden obtener reconocimiento y su silencio puede agudizar las carencias de ciudadanía. Así, confiere reconocimiento[8] o insti-

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación", OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3 noviembre 2011, Párr. 8, en: http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf.

6 Galanter, Paul, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, en *Law & Society Review*. Vo. 9, 1, 1974, pp. 30-31.

7 Bourdieu, Pierre, "The Force of Law", en *Hastings Law Journal*, 38, 1986-1987, p. 814.

8 La idea del reconocimiento aparece en un razonamiento del caso de maltrato habitual de un conviviente trans a su pareja, a quien el tribunal, luego de identificar como un varón por su sexo, trata y reconoce

tucionaliza la invisibilidad de ciudadanos de ciertos colectivos; otorga ciudadanía e igualdad, en tanto todos y todas somos titulares del mismo derecho a ser valorados; y contribuye a la realización personal,[9] en tanto emancipa o subordina.[10]

Estas observaciones están claramente presentes en las obras de autores como el ya mencionado Galanter,[11] Bourdieu[12] y Silbey.[13] También en otros que miran con ojos aun más críticos al Derecho, como Kennedy, quien realiza una especial referencia a los elementos ideológicos que trasuntan en la adjudicación.[14] Lascoumes y Severin, por su parte, se refieren indirectamente a esta cuestión cuando expresan que juegan fuerzas políticas e ideológicas al momento de evaluar la eficacia de las normas y su relación con la identificación de su infracción y las sanciones que se imputarían a estas conductas.[15] El poder y la experticia de los actores que juegan en el campo del Derecho, como lo denomina Bordieu, es crucial. Los abogados, en tanto litigantes, son intermediarios, traducen las pretensiones de los justiciables en ciertos códigos lingüísticos a fin de amoldarlos a lo que el sistema exige. Los mandantes entregan, la mayor parte de las veces, líneas gruesas respecto de sus peticiones y los intermediarios controlarán, en definitiva, la técnica del cómo se pide y potencialmente el conocimiento experto en qué se pide.

Abogados, jueces, académicos son [somos] actores que monopolizan [monopolizamos] la capacidad de determinar cuál es el *Derecho*, cómo este se

---

como una "ella" a lo largo de la sentencia, confiriéndole de esta manera identidad. Ver, Tribunal de Garantía de Combarbalá RUC 060028438I-k, RIT 99-2006 del 14 de noviembre de 2005, "Honorino Esteban Muñoz Tapia". La decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena, rol 373-2006, 8 de enero de 2007. Los jueces de la mayoría sostienen en el considerando cuarto que "[...] resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valórico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza a quo señala pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión."

9 Réaume, Denise, "Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination", en *Theoretical Inquiries in Law*, 2,1, 2001, pp. 13-14 y p. 22.

10 Mooney Cotter, Anne Marie, *Gender Injustice. An International Comparative Analysis of Equality in Employment,* (Ashgate) 2004, pp. 19-20.

11 Galanter, op. cit., pp. 30-31.

12 Bourdieu, op. cit., p. 839.

13 Silbey, Susan, "Ideals and Practices in the Studies of Law", en *Legal Studies Forum*, IX, 1, 1985, p. 19.

14 Kennedy, Duncan, *Adjudication in Social Theory, A Critique of Adjudication (fin de siecle)*, (Harvard University Press) 1997, pp. 267-271.

15 Lascoumes, Pierre y Serverin, Evelyne, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", en *Droit et Societé*, 2, 1986, pp. 142-145.

construye y reconstruye, y cómo recrea un cierto mundo social a través de su intervención. Los intervinientes del campo jurídico jugamos con nuestros propios prejuicios para leer las leyes, aplicarlas o interpretarlas.

Los prejuicios ingresan casi de un modo natural en la construcción y reconstrucción del Derecho. Esto no es privativo de los jueces, sino que profesores de Derecho en las aulas, penalistas o civilistas, también los reproducen en sus textos o sus cátedras. No sería raro que en la cátedra del Derecho Penal todavía se hable de ciertos delitos como pasionales, que las muertes de mujeres en manos de sus parejas o viceversa sean presentadas como delitos pasionales oscureciendo los contextos, la historia de malos tratos, amenazas y violencia sexual que nada tienen que ver con la pasión. Quizás el prejuicio ingresa sutilmente al pensar que la muerte de una mujer en manos de su pareja es la muerte explicable y pasional del celópata que descubre o cree descubrir el engaño, o se cree engañado. Dar muerte por honor era una exculpante, y la razón por la cual la mayoría de los hombres que mataban a sus parejas en Brasil quedaban impunes.[16] La norma en Brasil fue derogada en 1991, y fue materia de observaciones por la CIDH, que reparó en el trato discriminatorio que implica el que, en materia de delitos sexuales, la investigación se centre en la reputación sexual de la víctima y su inculpabilidad moral.[17]

Los prejuicios que *naturalmente* fluyen en la cátedra marcan a algunos y más tarde se reproducen, a veces *abiertamente,* en las actuaciones judiciales. El alegato de apertura de la defensa en un caso de una violación conyugal es ejemplo de ello: "[la defensa] señaló que el Código Civil define el contrato del matrimonio y, dentro de esos fines, está el de procrear. Un abogado como él, que salió hace muchos años convencido de que no existe la violación dentro del matrimonio y hoy sin embargo existe, porque no se pasa a ser una cosa cuando uno se casa, ya el marido no puede o no debe tener relaciones con otra persona que no sea con su mujer al igual que ella, ¿será necesario que tenga hojas firmadas para obtener la autorización?".[18]

16 Romany, Celina, "La responsabilidad del Estado se hace privada: Una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", trad. Iván Zagarra, en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales,* (Profamilia) 1997, p. 97 y nota 92 citando el informe de Human Rights Watch, *Criminal Injustice: Violence against Women in Brazil*, 1991.

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil* 1996, cap. VIII, D, párrafo 27.

18 Tribunal Oral en lo Penal Villarrica, Rol 27/2007, 25 de mayo de 2007, Coñoeman Iturra.

El alegato –que pudo ser una mala estrategia de defensa, considerando que el tribunal oral estaba compuesto por tres mujeres–, muestra una situación pintoresca, ilustrando un cierto entendimiento de una conducta delictual y el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio o los fines de este. En primer lugar, se evidencia una reticencia a la creación de un ilícito, la violación conyugal, pero la norma ahí está y no hay mucho que hacer, como dice el defensor. El cambio legal rompe un cierto sentido común en la formación legal. En segundo lugar, aparece el matrimonio y sus fines: procrear y las consecuencias que ello tiene en relación a cómo se ejerce y qué fines tiene la sexualidad. En tercer lugar, se alude a las relaciones de poder y el lugar que ocupa el consentimiento en el ejercicio de la sexualidad al interior del matrimonio. No cabe duda que, desde una óptica moderna, prima la autonomía sexual y ello alcanza al matrimonio, la idea de que firmar un consentimiento informado, "las hojas firmadas sobre el velador", lleva implícitas las relaciones de poder que eran antaño naturalizadas en las normas[19] ya no es válida. El trasfondo es el acceso carnal del marido, atendido el débito conyugal que supone el matrimonio, adosado, además, al fin de procrear.[20] Esta teoría del débito conyugal, tal como la reseñan los jueces, tiene plena cabida en la doctrina mayoritaria: "seguidores de esta teoría encontramos a Raúl Carranca y Trujillo y Celestino Porte Petit, y especialmente a Manuel Abarca, que en su obra referente al Derecho Penal señala que 'siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho de ejecutarlo con su esposa y por lo tanto no cabe la legítima defensa de esta, salvo el caso de que el marido lo intentare contra natura, o bajo condiciones que dañare gravemente la salud de la mujer o le infiriera una ofensa que también revistiera gravedad. Esto corresponde a lo que se enseñó por años en las escuelas de Derecho [...]"[21] Sin embargo, las juezas contraponen a esta visión una mirada moderna del Derecho Penal y las relaciones sexuales entre marido y mujer, que deben estar precedidas de voluntariedad y exentas de violencia: "Que es de esta última forma como estas juezas entienden la aplicación de la justicia, con el respeto al género y a la igualdad, frente a la indemnidad sexual y a su libertad, actuar contra esta libertad constituye el delito de violación, pues subvertiría el orden ético jurídico de la organización familiar moderna y se convertiría a la mujer en un

19 Ibíd.

20 El imputado en un peritaje "reconoció participación en los hechos pero lo justificaba dentro del matrimonio, como uno de los deberes conyugales que debía cumplir su mujer [...]". Ibíd.

21 Ibíd.

instrumento de placer o de satisfacción sexual sin su voluntad y tal vez con repugnancia o con dolor, en detrimento de su integridad mental, de su libertad sexual, de su seguridad física y sobre todo de su dignidad humana, pues el contraer matrimonio no implica la renuncia de la libertad ni de la seguridad sexual de los cónyuges, porque todo acto dentro del matrimonio, específicamente el coito matrimonial debe ser solicitado y prestado en forma voluntaria para satisfacer el ímpetu carnal de los dos".[22]

Si bien en el discurso moderno del Derecho repugna la violencia en el ámbito doméstico porque representa el quebrantamiento de la igualdad de cónyuges, esta es explicada y a veces justificada en la medida en que la función de la procreación en el matrimonio se mantiene evidentemente en la retina de algunos jueces.

Es así como los estereotipos sexuales y de género se van manifestando no solo en la gestación de normas, sino también en su interpretación y aplicación.

## 2. Descubriendo el velo del prejuicio

Seguimos a Cook y Cusack en su detallada descripción sobre estereotipos en el Derecho. Ellas señalan que un estereotipo es una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir.[23] El estereotipo es útil en tanto permite que procesemos información sobre el mundo que nos rodea, pero es simplista ya que no considera las particularidades de las personas, que pueden coincidir o no con las características del miembro del grupo. El estereotipo también se usa para marcar diferencias y establecer relaciones de inferioridad o superioridad con una persona de un grupo, por lo cual no es inocente. Es prescriptivo cuando, a partir de él, se arrogan ciertas funciones o reglas de comportamiento a las personas en razón de la pertenencia a un grupo determinado. Se basa en marcadores sociales: el ser "pobre", "flaite", "rubia" o miembro de una barra de un club de fútbol. Presuponemos que su pertenencia a un grupo implica un cierto tipo de conductas o características sobre lo que son o se espera de ellas. Por ello, Cook y Cusack se refieren a estos como una suerte de guiones de identidad.[24]

22 Ibíd.

23 Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, (University of Pennsilvania Press) 2010, p. 9 y ss.

24 Ibíd., pp. 18-19.

Los estereotipos de género involucran representaciones, características, atributos, roles y funciones que se dan a los hombres y mujeres en la sociedad, y que son temporales y espacialmente determinados. Involucran el sexo o diferencias anatómicas de las personas, la base de la diferencia sexual, a la que se adosa una jerarquización sobre las relaciones entre varones y mujeres. Es un concepto cultural y no biológico, como nos recuerda Lamas.[25] Atribuimos lo que entendemos por "femenino" o "masculino". Por ello, podemos distinguir entre estereotipos de sexo, sexuales y de roles de género. Los primeros dicen relación con las características fisiológicas de las personas, los segundos son relativos a la sexualidad y los terceros a la construcción de roles. Cada uno de ellos se intersecta con otros marcadores sociales, como clase, edad o etnia, cuestión que la CIDH ha comenzado a destacar.[26] En el mismo sentido, la Corte IDH ha definido los estereotipos de género como "una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente".[27]

Así, participamos de ciertas representaciones sociales sobre lo que es una inmigrante mujer y negra, y de otras mujeres si son rubias y vienen de América del Norte o Europa, de manera tal que la discriminación se configura desde las características y las pertenencias de los afectados. Las personas estamos construidas desde diversas "identidades", diferencias a las cuales se les adosa un cierto valor creando una identidad que puede esencializar de la misma manera que lo hace el prejuicio o estereotipo. La categoría de "las experiencias de las mujeres" tiende a generalizar, soslayando que hay múltiples vivencias de mujeres, pues esas identidades se superponen, por lo que se debe estar atento de no caer en la trampa. Gómez nos recuerda que el estereotipo conlleva prejuicio, que no es solo la atribución de ciertas características sino además de jerarquías, construye "al otro" como un distinto al "nosotros" del grupo dominante,[28] que no actúa en forma aislada sino como parte de la sociedad, con la complicidad de esta.[29]

25 Lamas, Marta, "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual", en *Revista Cuicuilco*, vol/año 7, 18, 2000, pp. 2-3.

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párrafo 28.

27 Corte IDH, sentencia caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrafo 401.

28 Gómez, María Mercedes, "Crímenes de odio", en Sáez, Macarena y Motta, Cristina (eds.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2, (Siglo de Hombre Editores) 2008, pp. 90-92.

29 Ibíd., p. 91.

### 2.1. El estereotipo y los roles de género

Los estereotipos ingresan ex profeso a la ley o como categorías implícitas que se encuentran presentes en las representaciones culturales de quienes legislan. Ello es elocuente en la discusión sobre la igualdad de hombres y mujeres en la *Comisión Constituyente*, en relación con ciertas instituciones el derecho de familia.[30] La posibilidad de incorporar una disposición en el actual artículo 19 No 2 de la CPE propuesta por Jaime Guzmán que señalaba "El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o las que derivan de las relaciones de familia".[31] Esa propuesta generó discusión en relación con la constitucionalidad de varias normas del Código Civil, que naturalizaba la jefatura masculina en el temperamento y la constitución de la mujer. Al efecto, el Presidente de la Comisión Ortúzar señaló que:

> [...] todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esta organización. Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que este debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho, que la mujer ama al hombre que realmente es capaz de ejercer en forma justa, por cierto su autoridad, así como los hijos requieren de la autoridad del padre y el pueblo la autoridad del gobernante.

Por su parte, Silva Bascuñán sostuvo que era necesaria la inclusión del precepto y que no se deriva de la igualdad ante la ley, ya que el principio de igualdad ante la ley *se topa con una diferencia de la naturaleza*.[32] Fue parte de la reflexión la jefatura en la familia y cómo le correspondería al marido, naturalizando no solo los roles para hombres y mujeres sino también, implícitamente, las jerarquías al interior de la familia. Como señaló Evans de la Cuadra, habiendo disenso, alguien debe tener la última palabra y en "cualquier sociedad

30 República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Garantías Constitucionales, Tomo III, sesión 95, 16 de diciembre de 1974, p. 6 y ss.

31 Ibíd., p. 30.

32 Ibíd., p. 9.

en el mundo la tiene el hombre".[33] Lathrop está en lo correcto cuando observa que esos prejuicios menoscaban la igualdad no en un sentido abstracto sino, por el contrario, en uno muy concreto.[34] Estos prejuicios se mantienen en diversos órdenes, como, por ejemplo, en la discusión de la igualdad entre hijos fuera y dentro del matrimonio en las palabras del entonces senador Bombal, quien manifestó, en 1994, su rechazo a igualar derechos entre los hijos porque "al borrarse arbitrariamente toda diferencia en materia de filiación, estaremos debilitando para siempre la institución del matrimonio, *naturalmente* llamada por antonomasia, a ser el cauce ético y legal más propio para construir una familia".[35]

La historia nos dice que el estereotipo primó y mantuvo a la mujer, en cuanto sujeto, en una condición ciudadana de segunda categoría que implicaba, por ejemplo, solicitar autorización del marido para ejercer profesión u oficio o mantener su condición de relativamente incapaz. Esta situación se modificó con la Ley 18.802, que, sin embargo, conservó al marido como jefe de la sociedad conyugal, reafirmando la supremacía de la jefatura masculina.[36]

Los estereotipos también funcionan privilegiando, supuestamente, a las mujeres en sus relaciones de familia. Ejemplo claro de esto es el artículo 225 del Código Civil que atribuye preferentemente el cuidado de los hijos a la madre.[37] Esta regla dispone que, luego de una separación y no habiendo acuerdo entre los padres por el cuidado de los hijos, este lo tendrá la madre. Esta es una regla legal subsidiaria de atribución en el cuidado a la madre y que opera automáticamente ante la separación. Solo cuando el padre impugna la regla, el tribunal deberá elegir entre el padre o madre. Esta norma de atribución supletoria divide a la doctrina. Algunos postulan que no rompe con la igualdad ante la ley, ya que atribuye legalmente *un deber* –el de cuidar a los hijos, que

33 Ibíd., p. 11.

34 Lathtrop, Fabiola, "(In)Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil", en *Revista Ius et Praxis*, Año 16, 2, 2010, pp. 177-178.

35 Historia fidedigna de la Ley 19.585, vol. 1, sesión 41, pp. 154-155.

36 Vale recordar el caso tramitado ante la Comisión Interamericano de Derechos Humanos, Sonia Arce Esparza v. Chile, Caso 071/01, Informe No. 59/03, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser./L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 en 213 (2003) el que fue declarado admisible. La discriminación se produce atendido que la norma existente dispone que el marido es el administrador de los bienes propios de la mujer y que, de no mediar consentimiento del marido para enajenar, la mujer debe acudir a una intervención judicial para ser autorizada. En este caso, Chile alcanzó una solución amistosa, en 2008, que implicaría, entre otras cosas, modificar la ley, lo que a la fecha no se ha producido. Véase, Gatica, Ana María, "El destino de la sociedad conyugal", en *Anuario de Derechos Humanos*, 2001, pp. 169-178.

37 Ley 19.585 de 1998 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación.

no otorga un derecho subjetivo– y no busca fundarse en la inhabilidad de padre o madre, sino solo procurar el interés superior del niño.[38] Otros sostienen que esa regla rompe con la igualdad ya que el criterio por el cual se otorga un trato diferenciado no tiene bases razonables ni objetivas.[39] Si ambos padres son igualmente progenitores, la regla de atribución supletoria da a entender que se prefiere a uno: la madre. Y la pregunta que debe formularse entonces es si esta opción de la norma en cuestión es arbitraria, razonable y proporcional al fin perseguido.[40] Si la decisión es asumir que las madres son mejores cuidadoras que los padres no tenemos un problema sino dos: la mujer asume *el deber*, tal como señala la profesora Rodríguez; y no promueve en verdad el interés superior del niño –tal como lo sostiene Lathtrop–, pues el padre, quien debe demandar cuando no hay acuerdo, puede ser un mejor cuidador.[41]

Lo que subyace a la norma son las visiones sobre los roles parentales en el cuidado de los niños. Viera Gallo, en la discusión en el Senado, señaló que, no habiendo acuerdo respecto del cuidado compartido, y "[...] quizás por ser fieles a costumbres muy tradicionales y ancestrales de nuestra sociedad, o tal vez porque no hemos encontrado una solución mejor, se mantuvo el criterio de don Andrés Bello [...]".[42] Se promovió –por parte del senador Otero y la senadora Feliú– el castigo de la infidelidad del padre o la madre, de tal manera que el adúltero no podría tener el cuidado de los hijos por constituir una falta grave,[43] aun cuando la inhabilidad por adulterio ya había sido superada en la ley. Lo más relevante es que, respecto al cuidado de los hijos, se plasma la idea de la *idoneidad natural* de la madre, idea que sostuvo la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, y que los senadores Fernández, Larraín y Otero argumentaron como una realidad que la regla solo vendría a respaldar.[44] Una visión distinta fue la del diputado Espina, quien advirtió que de esa manera los padres quedaban eximidos de responsabilidad.

38 Rodríguez, María Sara, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de familia", en R*evista Chilena de Derecho*, vol. 36, 3, 2009, p. 563.

39 Lathtrop, op. cit., p. 153.

40 Ibíd., p. 155.

41 Ibíd.

42 Biblioteca Nacional, Historia de la Ley 19.585, Cámara de Diputados, 22 de noviembre de 1994, Sesión 19, Legislatura 330, p. 289. En: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366&buscar=Ley+19.585

43 Senado, 4 de noviembre de 1997, Sesión 12, Legislatura 336, Indicación 121; ibíd., p. 793.

44 Ibíd.

Como señaló la diputada Aylwin, la realidad es que las mujeres se quedan a cargo de sus hijos, por lo que estimaba más equitativa la tuición compartida.[45]

El diputado Espina reiteró la idea de dejar espacio a los jueces para resolver de otra manera, "porque me parece que no hay posición más cómoda para el hombre que le digan, por anticipado, que la mujer tendrá el cuidado de los hijos, pues él delegará toda su responsabilidad."[46] El entonces diputado Chadwick contra argumentó señalando que "Si no [hay acuerdo se le entrega el cuidado a] la madre, por derecho propio, puede prestar mejor atención a los hijos por *una relación de carácter natural*".[47] Esta disposición *natural* de las mujeres hacia la maternidad explica la figura de abandono de los hijos que se encuentra en el Código Penal: si la madre abandona es un ilícito por el que la mujer es doblemente castigada, pues quebranta la norma y rompe con un ideal social según el cual que las mujeres acogen y aceptan *naturalmente* la maternidad.[48]

El Tribunal Constitucional tendrá la labor de afirmar o deconstruir los estereotipos de género, discutir cuál es el rol de las mujeres al interior de la familia y qué relación le asigna a la maternidad o la paternidad en la causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada en el 2011 por un padre.[49] El demandante, quien solicita el cuidado personal de sus hijos, alega que son cuatro los derechos constitucionales afectados: el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 No 2 CPR), igualdad ante las cargas pública (artículo 19 No 23 CPR), el derecho a educar de ambos padres (artículo 19 No 10 CPR) y el interés superior del niño, principio recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política. El requirente cita doctrina que apunta que el cuidado de los hijos, y quién lo asuma, no debe estar determinado *a priori* sino que debe evaluarse las condiciones fácticas del mejor cuidado en concreto, sea por el padre o madre. Así, romper con el estereotipo constituye un camino de ida

45 Ibíd.; Cámara de Diputados, 22 de noviembre de 1994, op. cit., p. 295.

46 Ibíd., p. 296.

47 Ibíd., p. 298. Énfasis añadido.

48 En este sentido ver Castelletti, Claudia, "¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario critico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5", en Minuta 2, (Departamento de Estudios Defensoría Nacional) 2011. Sobre la discusión del caso La Pastora, actualmente en tramitación en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver González, Juan Pablo, "Discriminación múltiple y estereotipos de género: El caso de Gabriela Blás", en *Revista de Derechos Humanos*, (Universidad Diego Portales) 2011.

49 Tribunal Constitucional, Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 2157-11-INA.

y vuelta para hombres y mujeres. Por ello, Jaramillo acertadamente señala que las normas construidas desde el estereotipo de la mujer esencialmente castigan dos veces: a las mujeres a ser madres y a los hijos que pudieran tener una persona más idónea para su cuidado.[50] Las mujeres, aun cuando sientan que no son tan buenas cuidadoras como el padre, deben enfrentar el estigma social asociado a entregar el cuidado al padre, lo que lleva implícito el rechazo a los hijos y destruye el ideal maternal.

El Tribunal Constitucional tendrá que entregar razones y no meros enunciados para justificar que el cuidado preferente de la madre es una norma que puede ser explicada a la luz del principio de igualdad. Hemos dicho que los estereotipos juegan de uno y otro lado. Un ejemplo de ello es el caso de la tuición de las niñas López Atala. El estereotipo que privilegia a la madre se fractura cuando otros prejuicios, como la idea que una madre lesbiana no es apta para garantizar y promover el bienestar y desarrollo de sus hijos, entra en juego.[51]

## 3. El estereotipo sexual y la sexualidad normalizada

El estereotipo sexual está construido a partir de una sexualidad normalizada. Este se refiere a los comportamientos sexuales esperables y deseables para hombres y mujeres, aludiendo al deseo, atracción sexual y, en definitiva, a todo aquello que resulta aceptado en ese ámbito.[52] Implica evaluar cuáles relaciones sexuales pueden ser legítimas, y entre quienes. En el primer caso se encuentra, por ejemplo, la legitimidad de las relaciones dentro del matrimonio, reprochando, por ejemplo, la actividad sexual prematrimonial.[53]

Los derechos sexuales intersectan cuestiones de orientación sexual, discriminación o abuso en el ejercicio de la sexualidad fuera del matrimonio y

50 Jaramillo, Isabel Cristina, "Familia", en Sáez y Motta (eds.), op. cit., p. 323.

51 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 111.

52 Cook y Cusack, op. cit., p. 25.

53 Esto estaba implícito en el requerimiento de inconstitucionalidad de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad que explicitaba la entrega de consejería y prescripción de métodos anticonceptivos a las adolescentes sin autorización paterna, cuestión que pugnaría con el derecho de los padres a educar a sus hijos. La Corte de Apelaciones, en un recurso de protección, se refirió a las relaciones prematrimoniales de los jóvenes señalando que los padres podían educar a sus hijas para que no las tuvieran, y que no era excluyente del rol del Estado de prestar la debida atención en salud a las adolescentes que requirieran consejería y anticonceptivos. Véase, Tribunal Constitucional, Rol 740-07, 18 de abril de 2008, y Corte de Apelaciones de Santiago, Zalaquett y otros contra Ministerio de Salud, Rol 4693-2006, 10 de noviembre de 2006.

también los abusos en contra de las trabajadoras sexuales.[54] En este sentido, cuando se mira a las personas a través del lente del prejuicio sexual y se las califica como distintas, según ocurre con personas no heterosexuadas, se produce la discriminación en la dictación de las normas o en su aplicación.

Denominamos heteronormatividad al hecho que las normas están interpretadas o fueron creadas desde un paradigma en que todos los sujetos en una sociedad son o deben ser heterosexuales. De allí se desprende que los comportamientos sexuales diversos serán una desviación denostada, castigada o incluso penalizada.[55]

El prejuicio está presente en la vida cotidiana y, aunque con apariencia inocente o bien intencionada, en lugares como la campaña del Servicio Nacional de la Mujer "Maricón el que maltrata a una mujer", que refuerza ideas negativas sobre un grupo de personas con determinada sexualidad. Igualmente, los jueces emiten opiniones a partir de la condición sexual de las personas, como en el caso del informe del Ministro visitador Lillo (de la Corte de Apelaciones de Temuco) sobre la denuncia de irregularidades administrativas en la tramitación del juicio de tuición en el caso López Atala, por parte de Karen Atala, a la época jueza de garantía en Villarrica. El Ministro señaló en su informe que el conocimiento público de la condición de homosexualidad de uno de sus miembros (Jueza Atala) dañaba a la afectada y también la imagen del Poder Judicial.[56] La única razón por la cual el Ministro podría haber considerado de tal forma la sexualidad de uno de sus funcionarios es que la homosexualidad fuese considerada como una falta grave a las funciones del cargo contemplado en el Código Orgánico de Tribunales, como lo afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[57]

La heteronormatividad alcanza no solo a las decisiones judiciales (en la decisión de la Corte Suprema en el juicio de tuición de las niñas López Átala,

54 International Council on Human Rights Policy citando a Ignacio Saiz, "Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation. A Decade of Development and Denial at the UN", en *Health and Human Rights*, 7, 2, 2004 y en Sexuality and Human Rights. A Discussion Paper, 2009, p. 8.

55 Casas y Ahumada se refieren al castigo y discriminación en las escuelas a los y las adolescentes cuya orientación sexual se desvía del ideal heterosexual. Ver Casas, Lidia y Ahumada, Claudia, "Teenage Sexuality: From Denial to Punishment", en *Reproductive Health Matters*, Vol. 17, 34, 2009, pp. 88-99.

56 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124.

57 Ibíd., artículo 544 inciso 4, que dispone que las facultades disciplinarias de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones deberán especialmente ejercitarse, respecto a los funcionarios del Poder Judicial, "Cuando por irregularidad de su conducta moral o sus vicios que les hicieran desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio"

como hemos señalado) sino también a la doctrina y a la visión del Tribunal Constitucional y su razonamiento sobre el concepto de matrimonio y parejas del mismo sexo.[58] El Tribunal Constitucional se pronunció sobre si el artículo 102 del Código Civil, referido al matrimonio entre un hombre y una mujer, constituía una forma de discriminación en contra de las parejas del mismo sexo. La acción se rechazó con el argumento –deferente– que tal materia debía ser resuelta por el legislador. No obstante, se dejaron expuestos una serie de razonamientos sobre las implicancias de reconocer con el mismo estatus jurídico las relaciones de personas del mismo sexo.[59]

Cierta doctrina sostiene que *la* familia objeto de reconocimiento jurídico es aquella unida por el vínculo matrimonial.[60] Sin embargo, la Constitución Política de manera alguna señala que sea la familia unida en matrimonio la única reconocida jurídicamente. Ello fue precisado en el voto particular concurrente de los Ministros Fernández Fredes, Carmona, Viera Gallo y García, señalando que la Constitución asegura la protección a todas las familias, independientemente del vínculo matrimonial.[61] De hecho, esa línea argumental se desprende de la modificación que buscó excluir las diversas categorías de hijos en el Derecho según si los padres estaban o no casados.

El rechazo a considerar el matrimonio entre personas del mismo sexo parece fundarse en la idea que la institución permite la continuación de la especie, como si fuese indispensable para ello y se produjera por ese solo hecho. Este razonamiento se desprende de la expresión que utiliza la Ministra Marisol Peña cuando sostiene que el matrimonio es decisivo para la supervivencia de la especie.[62] Ergo, si los homosexuales no se reproducen, no podrían

58 Tribunal Constitucional, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 1881-10-INA, 3 de noviembre de 2011.

59 Ver Figueroa, Rodolfo, "El Matrimonio ante el Tribunal Constitucional", en este mismo *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2012.

60 Ver por ejemplo, Hernán Corral Talciani, quien describe la familia como núcleo fundamental de la sociedad a luz del art. 1 de la CPE, o el art. 17.1 de la Convención Americana, "a partir de la comunidad de personas que se funda en la unión entre un hombre y una mujer que se comprometen pública y jurídicamente a compartir a plenitud sus vidas y establecer así un hogar adecuado para recibir, criar, y educar a los hijos [y las] otras relaciones de parentesco o de convivencia podrán merecer efectos jurídicos, para evitar abusos o para fines asistenciales, pero eso no significa que sean equiparables al modelo sobre el cual el sistema jurídico incentiva y propone la constitución y desarrollo de la familia, como realidad social fundamental para el bien personal y para el bienestar público", en *Simposio, Anuario de Derechos Humanos*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2011, p. 67.

61 Tribunal Constitucional, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 1881-10-INA, op. cit., 2012.

62 Voto particular concurrente de la Ministra Marisol Peña, Considerando 3. Nótese que esta misma línea argumental se encuentra en el documento de Joseph Card. Ratzinger y Angelo Amato, S.D.B.,

cumplir con una de sus funciones. Desde 2003, más del 50% de los niños en Chile nacen en uniones libres de pareja. De allí que el matrimonio, si bien es preponderante, representa un dato que debe contextualizarse en una continuidad de *supervivencia de la especie* fuera de las instituciones.[63] Asimismo, se desprende de este razonamiento que los homosexuales no se reproducen o no tienen hijos. Algunos los tienen. Se trata de hombres o mujeres que han tenido relaciones con personas de distinto sexo, reproduciéndose, siendo una prueba de ello precisamente el caso de tuición López Atala. Además, las técnicas de reproducción asistida permiten a estos colectivos "reproducirse" sin que sea necesario un coito. Asimismo, también debería rechazarse el matrimonio de una pareja heterosexual de adultos mayores, que biológicamente ya no son aptos para la reproducción.

**Estereotipos en materia penal: el delito de sodomía**

Los estereotipos de género son transversales en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, en materia penal, también es posible identificar estas preconcepciones que asignan un rol, etiquetan y otorgan una identidad en base a distinciones entre hombre/mujer, femenino/masculino, etc. El punto no es menor, toda vez que la herramienta penal es la expresión del poder punitivo del Estado, sobre el cual ostenta una relación monopólica. Existe el peligro que el Estado persiga a determinadas personas en virtud de estereotipos que los etiquetan como *peligrosos* o, derechamente, como *delincuentes*.[64] El Derecho Penal es el medio jurídico legitimado para coartar la libertad de las personas, por lo que su aplicación no puede quedar entregada a estereotipos que encasillan a las personas como *buenas* o *malas*.

"Congregación para la doctrina de la fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales", (Vaticano) 2003.

63 Por todos, Valdés, Ximena, Caro, Pamela, Saavedra, Rosa, *¿Modelos familiares emergentes o fractura del modelo tradicional? Puertas Adentro - Femenino y masculino en la familia contemporánea*, (Lom) 2006, pp. 18-20.

64 Un ejemplo de esto es el "Caso Bombas", en que 15 personas fueron detenidas, mantenidas en prisión preventiva y acusadas de instalar artefactos explosivos en virtud de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas. Tras 10 meses de prisión preventiva, todos y todas recuperaron su libertad. Hoy el Ministerio Público y el Gobierno (partes acusadoras) están en entredicho por haber llevado a cabo un juicio contra estas personas producto de su identidad. Ejemplo de esto fueron las pruebas presentadas por el Ministerio Público, entre las cuales habían afiches de grupos musicales de rock, poleras negras y libros sobre anarquismo. Con fecha 1 de junio de 2012, la tercera sala del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia absolutoria a favor de los últimos acusados. En el punto quinto del acta de deliberación, el Tribunal planteó que "surgieron aristas que no fueron objeto de análisis policial ni fiscal, determinándose entonces que esta resultó incompleta, y como tal conlleva un sesgo de parcialidad, considerando que solo fueron perseguidos por estos hechos personas habitantes en las determinadas casas okupa". Acta de deliberación, RIT 138-2011.

Para los efectos de este artículo y en razón de un fallo emitido por el Tribunal Constitucional durante 2011, interesa particularmente el delito de sodomía, contenido en el Código Penal en el título VII del libro II, denominado "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública". En este título, se tipifica una serie de delitos, incluyendo el aborto, el abandono de menores, la violación, el estupro y la sodomía. Cabe detenerse desde ya en que el título hable de delitos contra "el orden de las familias" ¿Qué "orden" es el querido? Por lo menos en cuanto a sodomía, es plausible concluir que lo protegido por la ley no es la familia con independencia de la estructura que esta adopte (que es lo que se espera de un Estado neutral), sino un tipo determinado (heterosexual) de familia, de modo que el ejercicio contrario es penalizado y considerado atentatorio contra la moralidad pública. En este caso, la sexualidad normalizada ha conllevado al uso de la herramienta penal para mantener el orden deseado.

Como señaláramos, no solo preocupa la norma abstracta estereotipada sino también las sentencias judiciales, ya que muchas veces reiteran tales estereotipos. Es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional al conocer la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal (CP). El caso ante el TC se originó a propósito de una querella interpuesta por el Ministerio Público (MP) en contra de Jorge W. Sepúlveda por el delito de sodomía. La Defensoría Penal Pública (DPP) interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (RII) ante el TC con el objeto de que no se aplicara el artículo 365 del CP en el juicio específico, por atentar contra derechos reconocidos en la Constitución Política y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Entre tales derechos, alegaban la afectación de la vida privada de la pareja y la libertad para autodeterminar la sexualidad de la pareja. Asimismo, se alegaba que la norma sería discriminatoria por no aplicarse a las mujeres.

El CP regula el delito de sodomía prescribiendo que "el que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penalizado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio". La redacción actual es fruto de la Ley N° 19.617 (1999), que despenalizó la relación sexual homosexual entre adultos, castigándose penalmente el acceso carnal de una persona mayor de 18 a otra persona de su mismo sexo menor de 18, pero mayor de 14 (a quien en adelante llamaremos "adolescente"). En el tipo penal se menciona de ma-

nera explícita la penetración (el acceso carnal); quien aparece como activo/pasivo en la relación sexual depende de ciertos presupuestos y estereotipos.

En otras palabras, el legislador estableció como delito la relación sexual consentida entre dos hombres (porque, si bien el artículo habla de "un mismo sexo", se ha interpretado que solo el hombre puede "acceder carnalmente", aspecto en sí cuestionable). La relación es consentida porque el mismo tipo exige que no medien las circunstancias de los delitos de violación ni estupro, lo que requiere de una posición de dependencia, de un grave desamparo, de la ignorancia de la víctima o del uso de fuerza o intimidación, tal como lo establece el artículo 361 N°1 del Código Penal en relación a la violación. En conclusión, no se está frente a un abuso de una persona mayor frente a otra menor del mismo sexo.

¿Por qué, entonces, se castiga punitivamente esta relación? Para Luis Rodríguez, se debe entender "que lo sancionado es el hecho que un individuo acceda carnalmente a un varón menor de dieciocho, quien, pese a haber manifestado su consentimiento, se encuentra en situación de ser afectado en su desarrollo psíquico o emocional".[65] Para el TC, el fundamento de esta tipificación radica principalmente en tres elementos en relación a la "víctima": el impacto de la experiencia sexual, el riesgo de corrupción y la afectación del libre desarrollo de su sexualidad.[66]

En la redacción de la norma se evidencia un claro estereotipo. Este tiene relación con el prejuicio hacia la relación entre personas de un mismo sexo, traducido en un trato discriminatorio por parte del legislador al castigar la relación consentida entre personas de un mismo sexo, pero no castigando esa misma relación consentida entre un hombre y una mujer (cabe recordar que el estupro exige alguna de las situaciones de abuso ya comentadas). No existe una razón objetiva y racional por la cual el Estado haga esta distinción. ¿Por qué el Estado decide castigar un hecho sexual –entre personas de un mismo sexo– y no toda situación en la que una persona mayor acceda carnalmente a un o una adolescente?

El Estado no interviene en el caso del acceso carnal heterosexual porque entiende que es parte de la autonomía de las personas, quienes libre y voluntariamente deciden tener relaciones sexuales, es decir, entiende como parte del orden natural o, como señala el título del Código Penal ya comentado, del

65 Rodríguez, Luis, *Delitos Sexuales*, (Editorial Jurídica) 2000, p. 250.

66 Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, considerando 33.

"orden de las familias", que un hombre y una mujer, aun siendo uno o una de ellas adolescente, tengan relaciones sexuales consentidas. Sin embargo, en el caso de las personas de un mismo sexo, ese orden de las familias se ve alterado ya que no es el querido por la naturaleza y que el Estado debe fortalecer (ocupando los términos de la Constitución). Es el orden no querido por el Estado el que legitima al legislador a hacer la distinción arbitraria, ya que obedece a preconcepciones y no a fundamentos objetivos y racionales sobre los cuales legítimamente se pueda diferenciar, constituyendo una discriminación normativa.

El voto mayoritario del TC, en sentencia emitida en enero de 2011, rechaza el RII, no solo reiterando el estereotipo sobre el orden natural de la familia, sino que además incorporando nuevos estereotipos que pasamos a revisar.

En primer lugar, el TC señala que "nunca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual. Sobre esto ya hemos venido dando luces. La víctima –menor de edad– pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad, lo que repugna a la concepción constitucional de persona".[67] En otras palabras, el TC establece una distinción en la relación consentida entre personas de un mismo sexo, donde la persona mayor de edad busca satisfacerse sexualmente y la persona adolescente es una víctima –pese a su consentimiento y autonomía progresiva–, que se transforma en objeto o medio para lograr dicha satisfacción. Cuesta no creer que este razonamiento no sea una preconcepción en contra de parejas de un mismo sexo, cuando nada dice el TC respecto las relaciones sexuales consentidas entre un hombre mayor de edad y una mujer adolescente. ¿Por qué en ese caso el hombre no busca satisfacerse y la mujer no es un objeto, como sucedería en la relación entre personas de un mismo sexo? Aparentemente la respuesta radicaría en el consentimiento, el cual, en el caso de la relación heterosexual, sería libre y espontáneo, mientras que en el caso de la relación homosexual sería una afectación de derechos del adolescente, por constituir un objeto. Siguiendo a Bascuñán, en estos argumentos del TC existe "una representación arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad".[68]

67 Ibíd.

68 Bascuñán, Antonio, "La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)", en *Revista de Estudios Públicos*, 124, 2011, p. 128.

Del mismo modo, la concepción manejada por el TC y, en general, por la tradición jurídica nacional sobre "penetración", influye también en cómo los jueces analizan el fallo. No obstante que el tipo penal no hace distinción alguna y castiga de modo genérico el acceso carnal a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, se ha señalado que ello solo puede tener lugar entre dos hombres, ya que –por su naturaleza— la mujer no puede penetrar. El TC señala en el fallo respecto de este punto que "[debe] entenderse que se trata del acceso carnal de un varón a otro varón"[69] y posteriormente agrega que "debe tratarse de un acceso carnal que se realiza por vía anal",[70] [71] con lo cual se castigaría, si y solo si, hubiera penetración de parte del mayor de 18 y el menor fuese el penetrado. Ello no debiera suceder si la situación fuese a la inversa. Sostenemos que la idea del tipo es que se castigue a ambas.

Este estereotipo está presente en un segundo argumento criticable del TC: lo protegido por el delito de sodomía es el interés superior del niño. Como señalábamos, la aplicación judicial del interés superior del niño ha sido un problema complejo para los tribunales, que adoptan decisiones a partir de este principio clave de la Convención de Derechos del Niño (CDN) sin aplicación en el caso concreto. Al respecto, se ha planteado que "se advierte una aplicación formal del principio y la misma CDN sin aportar mayor contextualización o explicación al respecto. En esta lógica, no es posible conocer ni ahondar en los elementos que los jueces consideran a la hora de configurar el Interés Superior del Niño, cómo determinan lo que se considera su bienestar, cuánto pesa su opinión y preferencias".[72]

69 Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, considerando 16.

70 Ibíd., considerando 17.

71 Si bien no es el objeto de este artículo detenerse en este punto, sí parece relevante señalar que mantener estas concepciones significa una exclusión de la mujer y hace incoherente uno de los argumentos principales del TC en cuanto a la protección del interés superior del niño. Ha sido principalmente a partir de de los Tribunales ad-hoc a propósito de los crímenes de lesa humanidad, y en especial del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) en el caso Akeyesu, donde se ha planteado la necesidad de establecer una definición amplia de penetración. Analizando el fallo de la ICTR, Palacios señala que una definición amplia "pudiese incluir en ella actos que no involucran órganos típicamente considerados como sexuales, pero que sí tenían una clara connotación sexual. [L]a invasión que es requisito de esta nueva definición de violación puede cometerse con cualquier miembro corporal o cualquier objeto, siempre que la invasión tenga una naturaleza sexual". Palacios, Patricia, *El tratamiento de la violencia de género en la Organización de las Naciones Unidas*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2011, p. 202.

72 Vargas, Macarena y Correa, Paula, *Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia*, 2009, p. 32. De la misma manera, ver Vaggione, Juan Marco, "Las familias más allá de la heteronormatividad", en Sáez y Motta (eds.), op. cit., pp. 63-76.

Algo similar sucede en esta sentencia del TC, que señala sobre la sodomía: "el impacto inmediato de la experiencia, el grave riesgo de corrupción y la consiguiente afectación del libre desarrollo de la sexualidad son, así, claros fundamentos del artículo 365 del Código Penal. Ello tiende, como se ha dicho, a proteger el interés superior del niño y a asegurar su mayor realización material y espiritual posible. [N]unca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual".[73]

El TC da por sentadas ciertas afirmaciones carentes de fundamento. Si bien puede afirmarse abstractamente que cualquier experiencia que implique un impacto en un o una adolescente, creando un grave riesgo de corrupción o que afecte su libre desarrollo de la sexualidad constituye una afectación del interés superior del niño, la pregunta clave de este caso no es planteada por el TC: ¿es una relación sexual consentida entre personas de un mismo sexo –donde una de ellas es progresivamente autónoma– un acto que afecte el interés superior del niño (en este caso, adolescente) a la luz de la CDN? El TC razona que una relación sexual no heterosexual constituye *per se* una afectación de este principio. En este sentido, Jaime Couso ha señalado que "esta facultad paternalista [que el tribunal identifique cuál es el interés superior del niño], que en ciertos casos es ineludible ejercer, permitió, sin embargo, convertir no pocas veces el argumento del interés superior del niño en un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador de turno".[74] Asimismo, Bascuñán, analizando el fallo del TC en cuestión, plantea que "esta concepción del menor de edad como un sujeto dotado de una autonomía progresiva que debe ser también progresivamente reconocida por el Estado se contrapone diametralmente a la descripción del menor como víctima necesitada de protección con que el voto de mayoría encabeza su análisis del fin de protección que perseguiría el Art. 365 CP".[75]

Así también lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el reciente fallo del caso de Atala y Riffo y niñas, estableciendo que "una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el

73 Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, considerando 33.

74 Couso, Jaime, "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", en *Revista de Derechos del Niño*, 3/4, 2006, p. 147.

75 Bascuñán, op. cit., p. 126.

bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño".[76]

Por tanto, cuando el TC piensa en el "niño", no piensa en un adolescente homosexual (como es el caso en particular), sino en un niño heterosexual a quien una experiencia homosexual afectaría en su interés superior (lo cual también es cuestionable a priori). El interés superior no se puede entender de manera separada del niño y su mundo, sus intereses, sus afectos y sus opciones, aun más cuando el caso que obliga al TC a analizar la norma trata de un adolescente que, en virtud de su voluntad libre y espontánea, decidió mantener una relación con un hombre adulto, lo que incluía intimidad sexual. El interés superior del niño obliga a entender al adolescente como un sujeto progresivo de derechos, que en la adolescencia adquiere una mayor autonomía. Nuevamente, el TC no se pregunta si la relación heterosexual entre una adolescente y un adulto no afecta el interés superior de la adolescente, lo que reafirma el estereotipo en juego.

Finalmente, con la aplicación de los estereotipos, el TC crea una diferencia arbitraria –y por tanto discriminatoria– entre los y las adolescentes. Por una parte, aquellos adolescentes heterosexuales, por estar dentro del orden deseado, no se ven comprometidos en su interés superior, justamente porque la concepción abstracta del TC de este interés es heterosexual. Por el contrario, los y las adolescentes que, por convicción o intuición, viven una experiencia homosexual, son objeto de preocupación para el TC ya que *per se* ella afectaría su interés superior y les crearía un daño que el Estado debe proteger.

## Conclusión

El Derecho pretende parecer un conjunto de normas regulatorias vinculantes, imparciales, independientes y objetivas. Se suele olvidar que este conjunto de normas responde en su producción a diversas relaciones de poder, por lo que no ocurre entre cuatro paredes y ajeno a presiones. Ellas llevan a la elaboración de normas jurídicas estereotipadas, es decir, construidas sobre preconcepciones que etiquetan a determinados grupos de personas o colectivos en razón de su apariencia o asignan un supuesto deber ser que deben cumplir en la sociedad. Estos estereotipos llevan a diversas maneras de discriminación.

76 Corte IDH, sentencia caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafo 111.

Los Tribunales de Justicia reiteran esos estereotipos normativos al momento de dictar sus sentencias, lo que consecuentemente origina pronunciamientos judiciales que amparan discriminaciones normativas. Ese es el caso de dos sentencias dictadas durante el 2011 por el Tribunal Constitucional: matrimonio entre personas del mismo sexo y el delito de sodomía, donde el TC elabora su análisis desde la sexualidad normalizada. En ambas sentencias, el TC recurre a argumentos estereotipados en materia de género, reiterando etiquetas sociales sobre el rol que deben cumplir hombres y mujeres o sobre qué debe considerarse femenino o masculino. En el caso del matrimonio entre personas de un mismo sexo, el TC se ampara en la familia heterosexual como un orden natural dentro de la sociedad; en el caso de sodomía, aplica este mismo orden, justificando la penalización de la relación homosexual entre un adulto y un(a) adolescente homosexual, lo que a todas luces es arbitrario y contrario a la igualdad, principio consagrado tanto por la Constitución como por los tratados internacionales.

# LA NUEVA LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE: CAMBIANDO EL PARADIGMA DE LA RELACIÓN ENTRE EL PACIENTE, EL MÉDICO Y EL JUEZ[1]

*Alejandra Zúñiga Fajuri*[2]

**Resumen**

Este ensayo revisa la nueva Ley N° 20.584 que "Regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de Salud"[3] y que pretende abandonar un modelo de relación médico-paciente de tipo beneficientista, donde la asistencia al paciente busca lo que es mejor para su salud solo desde la perspectiva del médico, para avanzar a un modelo de la autonomía, que toma en consideración los valores y creencias del paciente como elemento principal para la determinación de las decisiones finales. Con todo, si bien la nueva ley reconoce el derecho al "consentimiento informado", el derecho al "rechazo o suspensión de un tratamiento médico" y los nuevos "comités de ética" solo como organismos consultores, lo cierto es que existen importantes ambigüedades en su redacción, susceptibles de permitir interpretaciones que, en definitiva, hagan imposible que se respete la libre voluntad de los pacientes.

## 1. Introducción

La nueva ley que *"Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud"* –en adelante, Ley de Derechos

1 Este artículo está asociado al proyecto Fondecyt Regular N° 1120022, financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile.

2 Abogada de la Universidad Diego Portales y doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Académica de la Universidad de Valparaíso y la Universidad Diego Portales. Coautora, con Pablo de Lora, del libro *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva,* (IUSTEL) 2009. Autora de diversos artículos sobre filosofía política, derechos humanos y bioética, ha desarrollado proyectos FONDECYT en el área de la justicia distributiva y la bioética. Correo electrónico: alejandra.zuniga@uv.cl

3 Publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 2012.

del Paciente- pretende ingresar en la cultura legal y científica un paradigma en las relaciones de los pacientes, médicos y jueces que rompa con la inercia de las tradiciones heredadas del pasado que, sustentadas en una cultura paternalista, han pretendido substituir la personalidad moral de los pacientes, obligándoles a someterse a decisiones "técnicas" que, muchas veces, prescinden del todo de su voluntad. Para Boladeras "la tradición del juramento hipocrático, mantenida por siglos, presupone una concepción mística, secretista y autoritaria, que no tiene nada que ver con la tradición de los derechos fundamentales de la persona que ha configurado el ideario del mundo contemporáneo".[4]

En este sentido, avanzar a una era "poshipocrática" exigiría adaptar los principios del mundo antiguo a una realidad donde los pacientes son más instruidos y están capacitados para compartir las decisiones sobre su salud con el médico. Ello implica abandonar el llamado *modelo de beneficencia*, que prescribe la asistencia al paciente buscando lo que es mejor para su salud solo desde la perspectiva del médico, al *modelo de la autonomía,* que toma en consideración los valores y creencias del paciente como elementos principales para la determinación de las decisiones finales. Así, "la ética de la relación médico-paciente se basa en el respeto a los derechos humanos, que reclama el carácter de soberano de toda persona y los límites en que las demás pueden legítimamente entrometerse".[5] Por ello, debemos destacar que la nueva ley haya reconocido el derecho al "consentimiento informado", el derecho al "rechazo o suspensión de un tratamiento", así como la consideración de los nuevos "comités de ética" solo como organismos consultores.

## 2. No discriminación, seguridad y dignidad

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha distinguido dos modos de incorporar a las legislaciones nacionales los derechos de los pacientes. Mientras algunos países han promulgado una ley única integral sobre derechos del paciente -Finlandia, Uruguay, Países Bajos, Israel, Argentina, Islandia, Dinamarca y Noruega- otros han integrado los derechos de los pacientes en la legislación que reglamenta el sistema de atención de salud o en varias

4 Boladeras, Margarita, *Bioética*, (Síntesis) 1998, pp. 223-224.

5 Ibíd., p. 225.

leyes sanitarias: Canadá, Grecia, Austria o Estados Unidos. Las declaraciones o cartas sobre los derechos de los pacientes, que tienen una condición jurídica variable como política nacional y que a menudo se incorporan en los reglamentos por los que se rigen los establecimientos de atención sanitaria, se han considerado más adecuadas para las tradiciones jurídicas de países como Francia, Irlanda, Reino Unido y Portugal. Los derechos clásicos de los pacientes que son reconocidos en estos documentos son, al menos, el consentimiento informado, el acceso a los registros médicos y el carácter confidencial de los datos.[6]

En Chile, la incorporación a la legislación de los derechos de los pacientes se intentó en el contexto de la Reforma a la Salud AUGE de la mano del proyecto denominado "Sobre los derechos y deberes de las personas en salud". Sin embargo, la consagración legal del consentimiento informado y la regulación de la muerte digna, centrada en la posibilidad de evitar el ensañamiento terapéutico, se estimó como la puerta de entrada a la instauración de la eutanasia, lo que obligó a la presidenta Bachelet a su archivo. Si bien la norma que fue aprobada en diciembre de 2011 ha tenido más cuidado al momento del establecimiento de las distinciones necesarias para evitar una polémica similar, veremos que, en el fondo, sus disposiciones son prácticamente las mismas que las del fracasado proyecto.

Lo primero que puede destacarse de la nueva ley -en el artículo 1°- es que sus disposiciones se aplican a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado, así como a cualquier profesional y trabajador que, por cualquier causa, deba atender público o se vincule con el otorgamiento de las atenciones de salud. Esto, según se apreciará después, es importante a la hora de hacer exigibles derechos como, por ejemplo, el derecho a la confidencialidad de los datos de los pacientes incorporados en la ficha clínica. A continuación se señala –en la línea de lo garantizado por el Plan AUGE- que las personas tienen derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud, a que los servicios sean entregados en forma oportuna y sin discriminaciones arbitrarias. La seguridad en la atención de salud implica que los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales deben cumplir las normas vigentes en el país y los protocolos establecidos en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, todo lo cual, como se sabe, está incorporado

6 Organización Mundial de la Salud, *Informe sobre la Salud en el Mundo 2000, Mejorar el desempeño de los sistemas de salud,* (OMS) 2000, p. 151.

en las llamadas "Guías Clínicas" de cada una de las patologías AUGE (o GES) vigentes en la actualidad.[7]

El derecho a la dignidad del paciente, por su parte, se registra en el artículo 5° e incluye, en la letra c), la obligación para los prestadores de respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud. El artículo 12 dispone que "toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2° de la ley N° 19.628". Dicha ley entiende por *dato sensible* "aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual". Lo anterior, según veremos, tiene importantes consecuencias al momento de hacer exigible el antiguo pero olvidado deber de los médicos de guardar reserva de las circunstancias particulares que rodean a los pacientes a quienes prestan sus servicios, incluso aquellas que pudieran calificarse como "delictivas".

## 3. Derecho a la información: previendo los problemas de una redacción ambigua

El artículo 10 de la nueva Ley de Derechos del Paciente estipula que "toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional". Como se puede apreciar, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho al consentimiento informado, puesto que, sin información adecuada y completa, malamente podría el paciente tomar decisiones sobre su salud. Con todo, continúa la norma, cuando la condición de la persona, a jui-

7 Para un análisis crítico de las garantías AUGE especificadas en las Guías Cínicas, ver Zúñiga Fajuri, Alejandra, "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Año 9, 1, 2011.

cio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o "padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información será dada a su representante legal o, en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre". Lo mismo ocurrirá tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información. Sin perjuicio de lo anterior, "la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida [...]".

La redacción precedente deja de manifiesto que, frente a una urgencia médica, el derecho a la información puede verse limitado peligrosamente pues, en los casos ambiguos, se deja a criterio del médico la decisión respecto de la capacidad del paciente para recibir dicha información.¿Se encuentra una persona en huelga de hambre "capacitada" para recibir información y decidir sobre su situación? ¿Debe un debilitado Testigo de Jehová ser informado sobre las alternativas al tratamiento de transfusión que están disponibles? Ya no se trata de constatar simplemente si el paciente está consciente o no, sino que el médico deberá libremente evaluar si padece dificultades de entendimiento o se encuentra con alteración de conciencia debido a su situación particular, todo lo cual, como es evidente, termina siendo demasiado impreciso y susceptible de abusos tanto por los médicos como por los tribunales de justicia.

## 4. El derecho al consentimiento informado como expresión del derecho a la autonomía

El derecho a la "decisión informada", de muy antigua data, fue reconocido en 1981 por la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente de la Asociación Médica Mundial como *derecho a la autodeterminación*, en términos tales que "el paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su

consentimiento".[8] En la misma línea se garantiza el *derecho a la dignidad*, estableciéndose que "la dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores. El paciente tiene derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales. El paciente tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible".[9]

Junto con identificar los derechos fundamentales a la libertad y dignidad, se hace un llamado a evitar el "encarnizamiento terapéutico" sobre la base de realizar un análisis estricto de la *proporcionalidad* de los tratamientos médicos. De este modo, "nadie está obligado a utilizar todas las intervenciones médicas actualmente disponibles, sino que aquellas que ofrecen una razonable probabilidad de beneficio en términos de preservar y/o recuperar la salud".[10] Lo anterior significa que debe limitarse el esfuerzo terapéutico cuando, al menos, se dan algunas de las siguientes circunstancias: i) cuando los procedimientos atrasan la muerte, en vez de prolongar la vida; o ii) cuando el sobretratamiento busca solo mantener la vida biológica sin preocuparse por la calidad de la misma. De este modo, como norma general, la conducta terapéutica del médico debe ser proporcionada, vale decir, los beneficios esperados para un paciente con un determinado diagnóstico y pronóstico tienen que guardar relación con el esfuerzo terapéutico, los sufrimientos del paciente, los costos de toda índole involucrados y los riesgos asumidos. Por esta razón, la proporcionalidad en la acción médica es una exigencia no solo técnica sino que también ética, pues no sería lícito llevar a cabo acciones diagnósticas o terapéuticas desmedidas.[11]

El derecho al consentimiento informado, según dispone la literatura especializada y el derecho comparado, debiera comprenderse, al menos:

8 Asociación Médica Mundial (AMM), Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente, adoptada por la 34° Asamblea Médica Mundial, Lisboa, Portugal, septiembre/octubre de 1981, enmendada por la 47° Asamblea General Bali, Indonesia, septiembre de 1995 y revisada su redacción en la 171° Sesión del Consejo, Santiago, Chile, octubre de 2005.

9 Ibíd.

10 Tabeada, Paulina, "El principio de proporcionalidad terapéutica en las decisiones de limitar tratamientos", en *Boletín de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica*, 28, 1998, pp. 17-23.

11 Grupo de Estudio de Ética Clínica, "Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento", en *Revista Médica de Chile*, vol. 131, 6, 2003, pp. 689-696.

1. Como requisito previo a toda intervención médica;

2. Como parte del derecho a *negarse* o a *detener* una intervención médica. Las implicaciones de negarse a recibir o detener tal intervención deben ser cuidadosamente explicadas al paciente;

3. Cuando el paciente sea incapaz de expresar su voluntad y se necesite urgentemente llevar a cabo una intervención, se puede presumir el consentimiento del paciente, a menos que resulte obvio por una declaración de voluntades anticipadas previa que en dicha situación el consentimiento sería denegado.[12]

Estos tres elementos –el consentimiento, el derecho al rechazo o suspensión y el derecho al testamento vital- fueron desarrollados a consecuencia de la experiencia recabada de antiguos casos judiciales que pretendieron limitar la extendida práctica de los médicos de prescindir de la opinión de sus pacientes al momento de iniciar tratamientos.

Faden y Beauchamp, que han expuesto la historia de estas controversias, permiten rastrear demandas judiciales contra médicos ya en el siglo XVIII (por ejemplo, *Slater vs. Baker and Stapleton*, Corte Inglesa, 1767). Vale la pena destacar el caso *Davis y Mohr vs. Williams* que, en 1905, llevó a los jueces de la Corte Suprema de Minnesota a declarar que

> bajo un gobierno libre, el primer y más importante derecho de un ciudadano libre, que subyace a todos los demás -el derecho a la inviolabilidad de su persona, es decir, el derecho a sí mismo- es de aceptación universal, y prohíbe necesariamente a un médico o cirujano, por hábil y eminente que sea, que, requerido para examinar, diagnosticar, asesorar y prescribir (que son, por lo menos, los primeros pasos necesarios para el tratamiento y la cura), violar, sin permiso, la integridad corporal de su paciente con una operación de gran envergadura, colocándolo bajo anestesia para tal fin, y operándolo sin su consentimiento o conocimiento [...] el paciente debe ser el árbitro final en cuanto a si tomará sus posibilidades de recuperación con la operación o, en cambio, preferirá

12 Organización Mundial de la Salud (Oficina Regional para Europa), Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes, Amsterdam, 28-30 de marzo de 1994.

> sus posibilidades de vivir sin ella. Tal es el derecho natural del individuo, que la ley reconoce como un derecho legal. El consentimiento, por lo tanto, de un individuo, debe ser expreso o implícitamente dado antes de que un cirujano pueda tener el derecho de operar [...] Si un médico aconseja a su paciente someterse a una operación en particular, y el paciente sopesa los peligros y riesgos que supone esta intervención y finalmente da su consentimiento, entabla con el médico un contrato que autoriza a este último a operar en la medida del consentimiento dado, pero no más allá.[13]

La nueva Ley de Derechos del Paciente, en el capítulo denominado "De la autonomía de las personas en su atención de salud", reconoce en su artículo 14 el derecho al consentimiento informado con el siguiente tenor:

> Toda persona tiene derecho a *otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud*, con las limitaciones establecidas en el artículo 16. Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10. *En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio* [...] [14]

Entonces ¿cuál es el sentido que debemos dar a esta disposición? Por lo pronto, podemos afirmar que su objetivo es desechar la posibilidad de legiti-

13 "Under a free government, at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all others –the right to the inviolability of his person; in other words, the right to himself– is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however skillful or eminent, who has been asked to examine, diagnose, advise, and prescribe (which are at least necessary first steps in treatment and care), to violate, without permission, the bodily integrity of his patient by a major or capital operation, placing him under an anesthetic for that purpose, and operating upon him without his consent or knowledge [...] The patient must be the final arbiter as to whether he shall take his chances with the operation, or take his chances of living without it. Such is the natural right of the individual, which the law recognizes as a legal right. Consent, therefore, of an individual, must be either expressly or impliedly given before a surgeon may have the right to operate [...] If the physician advises his patient to submit to a particular operation, and the patient weighs the dangers and risks incident to its performance, and finally consents, he thereby, in effect, enters into a contract authorizing his physician to operate to the extent of the consent given, but no further". Ver Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent*, (Oxford University Press) 1986, p. 121.

14 Destacado agregado.

mar la eutanasia en, al menos, su sentido activo, tratándose de un concepto complejo donde las situaciones suelen confundirse. Eutanasia (del griego *eu*, bien, bueno, y *thanatos*, muerte) es "la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de invalidez irreversible en el estado actual de la ciencia médica y desea poner fin a sus sufrimientos, así como las situaciones en que aquél no puede manifestar su voluntad o no puede ser tenida en cuenta por cualquier motivo".[15] La eutanasia admite diversas clasificaciones atendiendo, primero, a la *ejecución* de la misma. En ese caso, se distingue entre eutanasia *activa* o *pasiva*. La primera consiste en *realizar actos* para ayudar a morir eliminando o aliviando el sufrimiento, mientras que la segunda supone *dejar de hacer* aquello que permitiría alargar la vida. A su vez, atendiendo a la *intencionalidad* del autor, ella puede ser directa o indirecta. La eutanasia *directa persigue* el acortamiento de la vida del paciente mediante actos positivos (ayudar a morir); la *indirecta* tiene un doble efecto: aliviar el sufrimiento del paciente abreviando al mismo tiempo su vida, que es el efecto secundario derivado de aquel objetivo principal (por ejemplo, la administración de morfina tiene efectos perjudiciales por depresión de la función respiratoria que, en altas dosis, puede acelerar la muerte).[16]

Hasta aquí puede afirmarse que la nueva ley ha significado un avance. Con todo, más adelante en su articulado aparecen muchas dudas y omisiones que pueden resultar peligrosas. En primer lugar, el artículo 14 se refiere al rechazo de tratamientos vitales, pero nada señala sobre su "interrupción o suspensión". ¿Están permitidos? Como se sabe, desde el punto de vista legal, para el médico es muy distinto no iniciar un tratamiento (lo que constituye una omisión) que suspenderlo, lo que la literatura especializada califica a veces como un *acto* y a veces como una *omisión* en atención a su efecto.[17] Si bien la nueva ley no hace sinónimos los términos *rechazo*, *suspensión* e *interrupción*, sí consta en su mensaje y los documentos que dan cuenta de su historia fidedigna. En el primer caso, el mensaje dispuso que "es posible que una persona aquejada de una enfermedad incurable y en fase terminal,

15 Casabona, Romeo , *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces) 1994, pp. 424-425.

16 Ibíd., p. 421.

17 Ver, Zúñiga Fajuri, "Derechos del paciente y eutanasia en Chile", En *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, 2, 2008.

decida *no seguir siendo sometida* a tratamientos".[18] Por su parte, en varias sesiones de discusión, tanto en la Cámara como en el Senado, se dio por supuesto que el derecho al consentimiento informado incluía el derecho a *suspender* un tratamiento. Con todo, no cabe duda que es una clara deficiencia de la nueva normativa que se obligue al intérprete a fundamentar y justificar la existencia de uno de los principales "derechos de los pacientes" a nivel comparado e internacional.

La interrupción de un tratamiento es, según vimos, un caso de *eutanasia pasiva indirecta*. Se tiende a pensar que la omisión es menos causa de lo que por ella acontece o que es moralmente peor iniciar la cadena causal que tiene como resultado un daño (actuar) que interrumpirla si ya ha empezado (omitir). De Lora se pregunta qué calificación ha de merecer la conducta de quien, convencido de la inutilidad de mantener los medios mecánicos de conservación de la vida, los desconecta. ¿Qué tipo de conducta es la de dejar de proporcionar un masaje cardiaco o interrumpir las sesiones de quimioterapia? Para De Lora, se trata de casos en que se está ante un "dejar de hacer" y, por tanto, "eutanasia por omisión".[19] Ahora, lo relevante para la nueva ley no es distinguir entre actos y omisiones, sino que atender a la intención del agente que, según señala, "en ningún caso [...] podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte".

A continuación, en el artículo 15 se dispone lo siguiente:

> no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones: a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona; b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable *y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad* ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda; c) *Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad* y no es

18 Mensaje del proyecto de ley que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de Salud, Boletín N° 4.398-11.

19 De Lora, Pablo, *Entre el vivir y el morir. Ensayos de bioética y Derecho*, (Fontamara) 2003, pp. 79-80.

posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.[20]

Lo anterior refuerza, entonces, el principio de autonomía de la voluntad a la hora de decidir sobre el inicio o interrupción de un tratamiento médico, pues, salvo que la persona esté incapacitada para expresar voluntad, se deberá respetar siempre su decisión. Ahora, el reconocimiento de este nuevo derecho debiera significar un rotundo cambio en nuestra jurisprudencia sobre derecho a la vida, puesto que ya *no será posible obligar* a las personas a someterse a tratamiento médico alguno, aun cuando sea para salvarles la vida. Como se sabe, la interpretación que nuestros tribunales de justicia mantienen sobre el derecho a la vida garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República ha desconocido muchas veces el derecho al consentimiento informado, pues los tribunales han estimado, casi sin excepción, que la protección del derecho a la vida exigiría incluso forzar a determinadas personas a someterse a procedimientos médicos. Este ha sido el caso de los Testigos de Jehová y de las personas que realizan huelgas de hambre.[21]

Ello contrasta con la numerosa jurisprudencia estadounidense que, por el contrario, ha defendido el derecho a la autonomía del paciente desde comienzos del siglo pasado. Por ejemplo, el presidente del tribunal Supremo de los Estados Unidos Warren Burger argumentó -a propósito del caso de una mujer que se negaba por motivos religiosos a una transfusión de sangre que le salvaría la vida- que "nada sugiere en su pronunciamiento que el juez Brandeis pensase que un individuo posee estos derechos únicamente respecto a creencias *sensatas*, pensamientos válidos, emociones razonables o sensaciones bien fundamentadas. Me inclino a pensar que pretendía incluir muchas ideas insensatas, irrazonables y hasta absurdas, como la de rechazar tratamiento médico hasta en supuestos de gran riesgo".[22] En la misma línea, años después (1960), el tribunal del caso *Natanson contra Kline*, argumenta que "las leyes angloamericanas parten de la premisa de la autodeterminación total, de la cual se sigue que todo hombre es dueño de su propio cuerpo y

20 Destacado agregado.

21 Para un análisis de los casos más polémicos, ver Zúñiga Fajuri, op. cit., nota 16, pp. 111-130.

22 Citado por Engelhardt, H. Tristram, *Los fundamentos de la bioética*, (Paidós) 1995, p. 329.

puede, si está en su sano juicio, prohibir la práctica de toda cirugía tendiente a salvar su vida o de cualquier otro tratamiento médico".[23]

De este modo habrá que razonar también respecto del caso de aquel individuo cuya condición de salud es terminal. El artículo 16 de la nueva Ley de Derechos del Paciente dispone que

> La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte [...] Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad [...] Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación.

Esta disposición, con todo, parece no considerar los muchos casos que, en el derecho comparado, han incluido, dentro del derecho a "suspender" un tratamiento médico (lo que, de nuevo, no nos queda más que suponer que forma parte del derecho del enfermo terminal, pues no está explicitado en la ley), el de "*interrumpir las medidas de soporte vital*". Es lo que ocurrió en el famoso y polémico caso de Nancy Cruzan, a quien, en 1990, después de 7 años en coma y una fuerte batalla judicial, se retiró la alimentación que la mantenía con vida como parte del reconocimiento del derecho al "consentimiento informado". Lo mismo sucedió, en 2005, con Terri Schiavo, a quien se permitió suspender la alimentación e hidratación que solicitaba su marido de forma insistente a lo largo de 12 años. Cosa distinta sucede cuando se pide la interrupción de lo que, sin discusión, se considera "tratamiento médico", como fueron los casos de Piergiorgio Welby e Inmaculada Echevarría (ambos con una severa distrofia muscular progresiva), quienes, en 2006 y 2007, respectivamente, fueron desconectados del respirador artificial.

23 Kansas Supreme Court, Natanson v. Kline, 186 Kan. 393, 404, 350 P.2d 1093, 1104 (1960).

No es del todo claro, entonces, qué debemos entender por "soporte vital". ¿Incluimos solo la alimentación por suero o también el respirador? Se ha señalado que en los casos de Cruzan y Schiavo no se trató de la suspensión de unos medios extraordinarios para prolongar artificialmente la vida, pues la alimentación, mientras sea posible, no podría calificarse como ensañamiento terapéutico, sino como un cuidado básico que nunca debiera omitirse. Pero habría que responder que, si de lo que se trata es de interrumpir un "tratamiento médico", lo cierto es que debiéramos considerar cualquier instrumento destinado a *sustituir las funciones del cuerpo*, dentro de los que cabe incluir, por ejemplo, aparatos como el respirador artificial, el cual sustituye la función pulmonar; las máquinas de hemodiálisis, que sustituyen las funciones del riñón; las técnicas de hidratación y de alimentación artificial, que permiten reemplazar el funcionamiento del sistema digestivo; las técnicas de reanimación cardiaca mediante estimulación externa -que se conocen muy impropiamente con el nombre de "resucitación"-, que permiten recuperar el funcionamiento del corazón; las técnicas de trasplante de órganos que permiten sustituir un órgano propio dañado por otro ajeno; entre otros ejemplos.[24] De este modo, quedará en manos del intérprete –el paciente, el médico y, eventualmente, los tribunales de justicia- la determinación del contenido exacto del derecho al consentimiento informado, lo cual, cabe concluir, es una situación que el legislador debiera –y podía- haber evitado.

## 5. Los comités de ética

El artículo 17 de la nueva ley señala que:

> En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda. Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la persona o por sus representantes

24 Méndez, Víctor, *Eutanasias, derechos, razones*, (Trotta) 2001.

legales, se podrá solicitar la opinión de dicho comité. *En ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación* y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva.[25]

Nuevamente, la norma posee defectos pues, aunque parece disponer que los Comités estarán encargados de *proponer* una solución a la controversia que pueda darse entre el cuerpo médico y un paciente o sus familiares sobre la necesidad de aplicar un determinado tratamiento, a continuación agrega que "tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor, la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias". La pregunta que surge de inmediato es: ¿si se trata de una mera recomendación, qué razón podría haber para recurrir a los tribunales de justicia para que resuelvan la diferencia de opiniones? Este reenvío de la decisión final sobre un eventual rechazo o interrupción del tratamiento a los tribunales resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que la jurisprudencia en la materia suele ser muy reacia a reconocer el derecho a la autodeterminación.[26]

## 6. Las ausencias de la nueva Ley de Derechos del Paciente

Ha sido decepcionante la decisión del legislador de desechar, finalmente, una institución con amplia recepción en el derecho comparado: la expresión de voluntades anticipada o *testamento vital*. Su regulación estaba incluida en el proyecto original ingresado a la Cámara, pero fue eliminada[27] aun cuando en la mayoría de los países desarrollados ha constituido un mecanismo esencial y efectivo para el reconocimiento de –parafraseando la nueva ley- "la autonomía de las personas en su atención de salud".

Entre los argumentos que se esgrimieron para justificar su exclusión destaca el del senador Carlos Larraín, quien señaló

25 Destacado agregado.

26 Para un análisis de esta jurisprudencia ver Zúñiga Fajuri, op. cit., nota 6.

27 Ver Diario de Sesiones del Senado, legislatura 359°, Sesión 51°, del día 7 de septiembre de 2011.

> Por mi edad y por varias circunstancias, me ha tocado atender gente gravemente enferma. Y muchas veces he presenciado mejorías, recuperaciones inesperadas, en el transcurso de enfermedades, lo que permite a la gente, luego de sufrir mucho, volver a ilusionarse con la posibilidad de vivir, ante lo cual expresan su agradecimiento. Por lo tanto, el contenido de estos llamados "testamentos vitales" es algo "archirrequetediscutible". No se trata de una posición fideista, pues está relacionada con la vida misma. Me permito simplemente plantear cuatro o cinco pequeñas dificultades, o aporías, como diría alguien más entendido. El enfermo, o el hombre sano, al otorgar su testamento vital sabe de lo que está hablando. Lo hace cabalmente informado. Se habla mucho hoy día de la transparencia. Pero, bueno, estas son áreas muy complejas. En seguida, ¿cómo se tipifican las enfermedades? ¿Hay certeza de que un mal desemboque en el sufrimiento y la muerte o que es irreversible e implica un gasto colosal, como alguien ha aludido aquí? Los parientes de los enfermos en general estamos "archirrequetedispuestos" -repito el superlativo- a ayudar con todo lo que se pueda a la supervivencia de la gente que uno quiere. A mí me ha ocurrido.

Continúa sosteniendo que:

> Los tratamientos médicos evolucionan muy rápidamente. En esta materia no hay nada inscrito en granito. La evolución es casi cotidiana, en especial respecto de las dolencias de mayor ocurrencia y de más gravedad. Reitero: hay una evolución en el plano científico verdaderamente muy acelerada. Las circunstancias individuales también cambian. ¿Quién sabe lo que pasará entre el momento en que se otorga el testamento vital -entre comillas-, que de vital no tiene nada -yo lo llamaría "testamento mortal"- y el suceso que puede causar la muerte? Es posible que ocurran infinitas cosas. Por ejemplo, aumentar las responsabilidades individuales. Alguien que se siente fuera de peligro estará muy inclinado a estos testamentos. Es lo habitual y corriente. Pero, cuando ve asomar la enfermedad, cambia su visión. Y entremedio pueden haber pasado muchas cosas, como el nacimiento de hijos o la aparición de nuevas obligaciones [...] Esas son las circunstancias que me atrevo a hacer presentes. Y reitero: por la edad que tengo, he visto morir a mucha

gente, incluyendo a una hija mía. Y puedo asegurar que la evolución en la actitud del enfermo ante la muerte es sorprendente.[28]

Esta declaración logró dar vuelta la votación y decidir finalmente por el rechazo de la institución de los testamentos vitales. Lo cierto es que el testamento vital, al permitir decidir con anterioridad a la ocurrencia de una enfermedad o accidente grave, cómo habrá de resolverse con respecto al propio cuerpo, ha liberado a los demás agentes comprometidos –médicos, familiares y tribunales- de la enorme carga que significa tomar ese tipo de decisiones a nombre de otro. Por ello es una institución que se ha mantenido en el derecho comparado y que parece más beneficiosa que perjudicial para quienes, en definitiva, constituyen la principal preocupación en esta materia: los pacientes.

## Conclusión

La nueva Ley de Derechos del Paciente reconoce el derecho básico de toda persona a no ser obligado a someterse a determinados tratamientos, aun cuando de ello derive su muerte. El principio de autonomía prescribe que "sólo con nuestro consentimiento se nos puede intervenir quirúrgicamente, suministrar un medicamento, administrar una terapia, conectar a un respirador artificial o introducir una sonda gástrica".[29] Al fin y al cabo, esas son las exigencias de la libertad y del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano.

La nueva ley, aunque constituye un avance en esta línea, posee numerosos problemas de redacción que, eventualmente, podrían generar situaciones indeseables, como la sustitución de la voluntad de los pacientes cuando el médico considere que padecen alguna "dificultad de entendimiento"; la interpretación restrictiva del derecho al consentimiento informado, en el sentido de no incluir en derecho a la "interrupción" del tratamiento o a suspender también las "medidas de soporte ordinario"; la suplantación de la decisión de los pacientes por los comités de ética o los tribunales de justicia; etc. Todo lo cual, más que avanzar en la desjudicialización de la medicina, no hace sino que profundizar en ella.

28 Ibíd.

29 Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, Caso Cruzan v. Missouri, 497 US 261, 269-270.

# LOS FALLOS DE 2011 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA A TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE Y A LA UNIVERSIDAD DE CHILE

*Tomás Vial Solar*[1]

**Resumen**
El artículo presenta una síntesis de los dos casos fallados por el Tribunal Constitucional en 2011 respecto a la Ley de Transparencia, los roles 1732 y 1800 (acumulados) relativos a Televisión Nacional de Chile y el Rol 1892, sobre la Universidad de Chile, y comenta algunos de los aspectos constitucionalmente más interesantes de aquellos: cómo se entiende el derecho a la vida privada, los fundamentos del derecho de acceso a la información, la autonomía de los órganos estatales y la titularidad de derechos constitucionales por aquellos.

## 1. Introducción

Durante 2011 el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) falló dos recursos de inaplicabilidad en los que se cuestionó constitucionalmente la aplicación de la Ley 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información (en adelante, Ley de Transparencia). Ambas acciones constitucionales se originaron en recursos de ilegalidad presentados en contra de decisiones del Consejo para la Transparencia (en adelante, el Consejo) que fallaron recursos de amparo de acceso a la información en contra de la Universidad de Chile y Televisión Nacional de Chile. El Tribunal Constitucional rechazó en ambos casos los recursos interpuestos, favoreciendo con ello a los peticionarios de la información y respaldando la interpretación de la Ley de Transparencia dada por el Consejo y la Corte de Apelaciones de Santiago al fallar el recurso relativo a la Universidad de Chile.

1 Profesor de Derecho Constitucional de las universidades Andrés Bello y Diego Portales.

El estudio de estos fallos abordará primero una síntesis de los considerandos donde se presentan los argumentos de los requirentes, las respuestas del Consejo y los peticionarios de información, para pasar luego al razonamiento del Tribunal. A continuación se ofrece un comentario de los aspectos que parecen más relevantes constitucionalmente.

## 2. El fallo sobre Televisión Nacional de Chile, Roles 1732 y 1800 (acumulados) del 21 de junio de 2011

### 2.1 Argumentos de los requirentes y respuesta del Consejo para la Transparencia

En el caso en cuestión intervinieron simultáneamente ejecutivos de Televisión Nacional de Chile[2] (en adelante, TVN), por cuenta propia, y la Corporación, interponiendo en distintas fechas recursos de inaplicabilidad con ocasión del recurso de ilegalidad presentado por TVN ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de las decisiones del Consejo para la Transparencia.[3] Estas decisiones, iniciadas por un recurso de amparo de acceso a información de los sindicatos de TVN en contra de la negativa de la empresa de entregar información sobre las remuneraciones de sus ejecutivos, resolvieron que la empresa estatal había infringido las normas de transparencia activa que imponía la Ley de Transparencia, específicamente, el artículo décimo, letra h), el que por ser la norma central en disputa se transcribe a continuación:

> En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:
> [...]
> h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo

2 En concreto, Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti Manosalva, Director de Prensa, Directora de Programación y Director de Estrategia y Nuevos Negocios, respectivamente.

3 Consejo para la Transparencia, decisiones R12-2009 y R15-2009, del 14 de agosto y 17 de septiembre de 2009, respectivamente.

> que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa [...]

En el recurso de inaplicabilidad bajo estudio, los ejecutivos, en lo medular, alegaron que la norma antes transcrita transgredía su derecho a la privacidad contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. Agregaron que la revelación de sus remuneraciones constituía una infracción de la regla de la confidencialidad incorporada en sus contratos con TVN, los que se rigen enteramente por el derecho laboral privado, y que la aplicación del artículo 10 letra h) de la Ley de Transparencia violaba el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo –que dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración–, pues esos contratos son anteriores a la dictación de la Ley de Transparencia.

Por su parte, TVN, junto con pedir la inaplicabilidad del artículo 10 letra b), solicitó también la declaración de inaplicabilidad del artículo 33, letra b) de la Ley de Transparencia, que dispone que al Consejo le corresponderá resolver los reclamos por denegación de acceso. TVN alegó que ambos preceptos constituyen una infracción del artículo 19 N° 21 de la Constitución, que faculta al Estado a desarrollar actividades empresariales siempre que una ley de quórum calificado lo autorice, sometiéndose esas empresas a la legislación común, salvo que la misma ley de quórum calificado establezca excepciones fundadas. La empresa estatal argumentó que las disposiciones impugnadas la someten a controles que son ajenos al derecho privado sin que haya "una justificación razonable para ello". Adicionalmente, afirmó que ambos preceptos infringen la igualdad ante la ley, contemplada en el artículo 19N° 2 de la Constitución, al someterla al Consejo, cosa a la que no están obligadas las demás concesionarias de televisión.

Tanto los ejecutivos requirentes como la empresa argumentaron que las normas impugnadas poseen el carácter de decisivas en la resolución de la gestión pendiente, el recurso de ilegalidad presentado, pues en base a ellas el Consejo fundó sus decisiones.

El Consejo, ante estos argumentos, informó lo siguiente. Primero, que las normas de la Ley de Transparencia que exigen la publicidad de las remuneraciones lo hacen sin distinguir la calidad contractual o régimen laboral de los sujetos a los cuales se aplica. Segundo, que la afectación del derecho a la

vida privada provocado por la norma legal no supone su inconstitucionalidad pues la disposición está al servicio de otro derecho constitucional, como es el derecho a la información pública, no restringiéndose solo a las personas de elección pública, como el directorio de TVN, sino que a los gerentes en plural, a fin de materializar los principios de probidad y transparencia. En cuanto a que las normas objetadas establecen un régimen distinto al privado, el Consejo alegó que el artículo 19 N° 21 establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas del Estado, y que si se pretendiera que la norma constitucional garantizara un régimen de igualdad con los entes privados se llegaría al absurdo de considerar inconstitucionales todas las normas de derecho público relativas a las empresas estatales.

### 2.2 Argumentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal observó que no le corresponde emitir pronunciamiento sobre cuestiones de mérito propias del legislador, citando para tal efecto la sentencia Rol 1295 (considerando 1°), ni calificar la bondad de las normas emitidas por este (considerando 2°). Señaló que tampoco le corresponde resolver asuntos de mera legalidad (considerando 3°).

En este caso, no resulta claro a qué se aplica este razonamiento del Tribunal. Si bien es evidente que entre los argumentos presentados por los requirentes habían asuntos de interpretación legal, el Tribunal en esta parte no señala a cuáles se refiere, por lo que la declaración aparece en este punto como innecesaria.

A fin de resolver las cuestiones que se le presentaron, el Tribunal ordenó su análisis en varios acápites, que seguiremos.

#### 2.2.1 Principio de publicidad y Consejo para la Transparencia

El Tribunal comenzó distinguiendo entre publicidad y transparencia, señalado que no son idénticos, afirmando que la primera consiste en dar a conocer los actos del Estado y la segunda implica el conocimiento de cómo estos se produjeron, es decir, los procedimientos (considerandos 7° y 8°). Agregó que la Constitución reconoce un derecho implícito a la información pública (considerandos 11° y 12°), adicionando que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes está íntimamente vinculada al régimen republicano y democrático que establece el artículo 4 de la Constitución. Señaló que esta publicidad posee excepciones, contempladas en el artículo 8, pero que la interpretación de ellas debe efectuarse restrictivamente (considerando 15°).

En cuanto al Consejo para la Transparencia, el Tribunal señala que el legislador es libre de crear los órganos que estime necesarios para el cumplimiento de la Constitución, mientras estos no modifiquen el diseño que ella contiene. Observa que el legislador, al diseñar el Consejo, órgano administrativo, como lo dijo el mismo Tribunal al momento de efectuar el control preventivo del proyecto de ley de transparencia, no afectó las atribuciones de los otros poderes y órganos constitucionales como la Contraloría General de la República o el Banco Central (considerando 19°).

Luego, al abordar la alegación de los requirentes de que el artículo 33 letra b) de la Ley de Transparencia no era aplicable a las empresas públicas, el Tribunal señaló que este es un tema de mera legalidad que debía ser resuelto por los jueces de fondo y que, además, los requirentes, al afirmar la infracción de los artículos 19 N° 2 y 21 de la Constitución, no fundamentaron cómo se produciría esa contravención constitucional, lo que lleva a desechar la impugnación en esta materia (considerando 20°).

### 2.2.2 Protección de la vida privada y derecho la información pública

En su análisis en esta materia, el Tribunal destacó la relevancia de la privacidad en su relación con el pleno y libre desarrollo de la persona humana (considerandos 22° y 23°) y agregó, valiéndose de la sentencia Rol 1683, que esta no posee un carácter absoluto y que se permiten limitaciones en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior y que, en razón de una finalidad fundada y razonable, nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de limitaciones (considerando 24°).

Luego agregó que se encuentran fuera del ámbito de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarreen repercusiones para la ordenación de la vida social y que puedan afectar los derechos de terceros o intereses legítimos de la comunidad y que es por esta razón que la Ley de Protección de Datos Personales, Ley 19.628, permite su recolección y almacenamiento (considerando 28°). En cambio, el legislador ha definido ciertos ámbitos informativos como esenciales a la vida privada, calificándolos como datos sensibles, los que forman el núcleo esencial de la intimidad y cuyo resguardo ha de ser mayor; pero incluso en ese ámbito la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo, como ocurre cuando está en juego la salud pública o procesos de investigación (considerando 28°).

Señaló también que la Constitución asegura el derecho de acceso a la información, en base a los artículos 19 N° 12 y 8°.

Luego, al revisar la Ley de Transparencia, observó que ella considera como causales de reserva los derechos personales, distinguiendo entre datos que son propios de la intimidad (salud y seguridad personal), los que son propios de la vida privada propiamente tal y, en forma separada, los de carácter económico y comercial. Y agrega (algo elípticamente) que, "consecuente con la anterior", la ley prescribió la publicidad de las remuneraciones de los funcionarios públicos, afirmando que "las remuneraciones, sin bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada protegida por el artículo 19, N° 4" (considerando 31°).

El Tribunal agregó que la publicidad de las remuneraciones de las autoridades superiores de la empresa responde al principio de transparencia de la función pública y está establecido por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley (considerando 33°) y que, en el caso de autos, la aplicación del artículo décimo de la Ley N° 20.285 permite dar publicidad al destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva. El Tribunal señaló que el conocimiento de tales remuneraciones y el de las que corresponden a los funcionarios del Estado presenta un innegable interés público y que en el caso *sub lite* la publicidad de las remuneraciones de los requirentes se exige en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes (considerado 34°).

Para el Tribunal, esta exigencia es independiente de la naturaleza de la relación contractual entre la empresa y sus autoridades, observando que la publicidad también se exige a los funcionarios de la Administración Pública en forma independiente de la relación contractual que tengan con el Estado.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional consideró que la aplicación del artículo 10 letra b) de la Ley de Transparencia no contravenía el artículo 19 N° 4 de la Constitución.

### 2.2.4 Naturaleza jurídica de TVN como empresa pública, la igualdad ante la ley y las diferencias razonables

Luego de señalar el estatuto de TVN como una persona jurídica de derecho público y de recordar las normas que rigen la actividad empresarial del Es-

tado, el Tribunal pasó a analizar la objeción interpuesta por TVN de que la aplicación de las normas impugnadas constituiría una discriminación, por cuanto ellas no se aplican a las demás empresas con las cuales compite.

Para responder a esta objeción, el Tribunal señaló que el artículo 19 N° 2 de la Constitución, junto con consagrar un derecho fundamental, establece un principio de interdicción de la arbitrariedad al cual deben ajustarse todas las autoridades, incluido el legislador, y que este principio ampara por igual a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas (considerando 45°).

Recordando que el respeto a los derechos fundamentales es una condición de legitimidad del poder estatal, agregó que por lo mismo el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y en especial a las empresas públicas, como ocurre con TVN (considerando 46°).

Luego afirmó que la Ley 19.132, Ley Orgánica de TVN, le asigna al canal una función pública y que, por lo tanto, existe una diferencia objetiva y clara entre TVN y el resto de las empresas del rubro (considerando 49°). A continuación, aseveró que la publicidad de las remuneraciones de los ejecutivos constituye un objetivo lícito y amparado por el principio de publicidad consagrado en el artículo 8° de la Constitución. Recordando la historia de la elaboración de la ley, señaló que en ella consta la voluntad de someter a las empresas públicas a algunos de los deberes de transparencia activa, entre los que se incluyeron las remuneraciones de sus plantas directivas.

De lo anterior, el Tribunal dedujo que la aplicación de los preceptos cuestionados era adecuada y necesaria para el logro de la finalidad de acceso a la información pública y que, en consecuencia, la aplicación de los preceptos en cuestión no afectaba la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores (considerandos 53° y 54°).

En cuanto a la vulneración de los requisitos del inciso segundo del artículo 19 N° 21, que autoriza a la ley a establecer diferencias para las empresas públicas respecto al régimen común por motivos calificados, el Tribunal fundó su rechazo afirmando que ellas fueron contempladas por el legislador, cumpliendo con el quórum calificado, siendo el motivo calificado aducido la naturaleza jurídica de TVN: el ser una empresa que cumple una importante función social.

### 2.3 Voto de minoría del Ministro Carmona

El Ministro Carlos Carmona emitió en este caso una larga y fundada disidencia, estando por acoger el recurso interpuesto en todas sus partes. Por razones de espacio, se hará mención a los puntos argumentados por el disidente al comentar la sentencia.

## 3. Comentarios a la sentencia

### 3.1 Publicidad, transparencia y sus límites

En esta materia el Tribunal efectuó varias declaraciones que parece interesante destacar.

El Tribunal realizó una distinción entre publicidad y transparencia, fundada en la historia de la reforma constitucional de2005 y en las opiniones de variada doctrina. Así, para el Tribunal, la publicidad implicaría dar a conocer los actos del Estado y la transparencia, los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos.

La norma constitucional, el artículo 8° de la Constitución, no parece ofrecer base para esta distinción, pues habla de publicidad aplicada a tanto los actos como a sus fundamentos y procedimientos. La referencia a la historia fidedigna de la reforma demuestra lo débil y a veces selectivo que puede ser este argumento de interpretación constitucional, pues la fuente de la historia de la norma que se emplea es la síntesis que hace el profesor Emilio Pfeffer[4] de esa discusión, en la cual se muestra que los profesores Pantoja y Nogueira, al exponer ante la Comisión de Constitución, legislación y justicia del Senado, realizaron esa distinción. Pero no parece correcto confundir las opiniones expresadas en una comisión parlamentaria, sobre todo de personas que no son miembros de ese cuerpo, por muy ilustradas que sean, con la voluntad del constituyente. Como hemos discutido en otra ocasión,[5] para poder emplear el argumento de la historia fidedigna –que no es otra cosa que discernir la voluntad del autor de la norma–, se requiere una indagación más exigente, que demuestre al menos un grado sustantivo de acuerdo entre los órganos que intervienen en la elaboración de ella; en este caso: ambas cámaras y el Ejecutivo. Mientras no se haga ese trabajo, por cierto más arduo, la cita a una

4 Pfeffer, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes, debates, informes*, (Editorial Jurídica de Chile) 2005, pp. 28-29.

5 Vial, Tomás, "La ilegitimidad de la historia fidedigna de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho*, 212, vol. 1, año LXX, (Universidad de Concepción) 2002, p. 317.

determinada opinión externa al mismo constituyente o a la de uno de sus miembros aislados, expresada en el debate parlamentario, solo configura, en el mejor de los casos, una ficción de lo que sería la voluntad de este.

En su considerando 14°, el Tribunal reafirmó la conexión, hecha ya en la sentencia Rol 634, entre publicidad y régimen republicano y democrático establecido en el artículo 4° de la Constitución, citando para ello la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, que reconoció a nivel internacional el derecho de acceso a la información como un derecho humano. Esta cita no deja de ser algo sorprendente pues, cuando el Tribunal Constitucional falló en 2007, en su sentencia Rol 634, que la Constitución reconocía un derecho de acceso a la información implícito, no citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre los fundamentos para reconocerlo, siendo que el fallo de esta había sido dictado en 2006 y estaba en conocimiento del Tribunal. Es también interesante destacar que, en el mismo considerando, el Tribunal mencionó dos fundamentos adicionales del derecho de acceso a la información al relacionar democracia con la obligación al Estado de asegurar la participación en forma igualitaria, contenida en el artículo 1° inciso final de la Constitución, y con el derecho de petición, reconocido en el artículo 19 N° 14 de la misma Carta Fundamental.

La publicidad no se entiende como absoluta. El Tribunal, en su considerando 15°, menciona los límites dispuestos en el artículo 8°, señalando que esas disposiciones deben ser interpretadas restrictivamente, citando para ello la historia de la reforma. Sin embargo, nuevamente, el texto constitucional no parece dar pie para esta interpretación ni para la dada por el Ministro Carmona en su voto disidente, que sostiene que la publicidad estaría subordinada a los derechos de las personas (punto 13 del voto disidente), con lo cual estos pasarían a ser límites absolutos de aquella.

Consideramos que ni una ni otra alternativa son correctas constitucionalmente. Respecto a la interpretación restrictiva de los límites constitucionales contenida en el artículo 8°, tanto la publicidad como los derechos de las personas, la seguridad nacional y el interés nacional son bienes y principios constitucionales de los que no se puede predicar en abstracto una jerarquía o superioridad de unos sobre otros, siendo necesario dar una interpretación armónica y coherente de ellos, lo que, por cierto, implica que no poseen una ordenación. Adicionalmente, la única referencia que el Tribunal da para fundar su aserto es una cita a lo que el Senador Hernán Larraín expresara en la discusión de la reforma constitucional. Como indicábamos antes, no se puede

confundir la voluntad del constituyente con expresiones aisladas de uno u otro parlamentario.

En el fallo en comento (considerando 26°), y haciendo referencia al fallo rol 1365,[6] el Tribunal afirma que la vida privada no puede pensarse en forma absoluta, pues los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos o extrínsecos. Si esto es así, no se puede hablar de límites de naturaleza constitucional a un derecho o principio constitucional que deban ser interpretados restrictivamente, pues esto supone que se le está dando primacía al derecho o principio restringido. Ante estas situaciones lo que corresponde, como en todos los casos de conflicto de normas constitucionales, es la ponderación.

Lo anterior no significa que la ley no pueda, en una situación o ámbito particular, darle preferencia a un principio o valor constitucional respecto a otros; para hacerlo se deben haber tomado en cuenta consideraciones fácticas, como la necesidad de proteger especialmente un valor en un contexto determinado. Ese es justamente el rol de la ley, aquello que la hace diferente de la Constitución y no una mera repetición de sus disposiciones. Por lo tanto, si a nivel constitucional todos los valores o derechos poseen *prima facie* una igualdad valórica, salvo que el constituyente expresamente haya preferido uno sobre otro, a nivel legal es perfectamente posible que la ley construya un sistema normativo donde exista una preferencia por un determinado derecho o valor, y que los límites al mismo, por consiguiente, puedan o deban ser interpretados restrictivamente. Este es, claramente, el caso de la Ley de Transparencia, pues resulta evidente que su propósito es establecer un régimen general de transparencia para el Estado, rompiendo la cultura histórica del secreto presente en aquel; para ello tuvo que darle una relevancia o peso especial.

La equivalencia de los valores constitucionales descarta también la postura del Ministro Carmona: pensar que la referencia del artículo 8° a los casos en que se puede establecer el secreto y reserva significa que ellos deban operar como límites absolutos a los cuales se subordinaría la publicidad.

### 3.2 Remuneraciones, vida privada y transparencia

El Tribunal, en este fallo, avanzó en ir perfilando el contenido del derecho a la

6 Fallo en el cual el Tribunal Constitucional resolvió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

vida privada, cosa que continuará luego con el caso coetáneo sobre el registro de cibercafés (Rol 1894, del 12 de julio de 2011).

Al respecto, reiteró lo determinado en fallos anteriores: la privacidad está conectada con la dignidad de la persona y es base esencial para el libre desarrollo de la personalidad (citando sentencia Rol 389), definición que sin duda es tributaria de la jurisprudencia alemana.[7] Precisa su contenido al indicar que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrean repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad (considerando 27°).

Luego, al señalar que la ley ha determinado que ciertos datos poseen una protección especial, afirmó que los datos sensibles que determina la Ley de Protección de Datos constituyen una intromisión en ese ámbito que, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus dimensiones: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etc. Esto es novedoso: el Tribunal no había sido con anterioridad tan claro en relacionar las clásicas libertades individuales con la privacidad (línea que continuaría luego en el fallo de cibercafés, antes mencionado).

El Tribunal, a continuación, afirmó que, incluso en esa esfera particularmente delicada, la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo de ciertos datos, como ocurre por ejemplo cuando está en juego la salud pública o en procesos de investigación o juzgamiento de delitos, en el marco de un justo y racional procedimiento. Con ello reiteró la idea que este derecho no puede ser entendido como absoluto (considerando 28°).

Luego señaló que las remuneraciones, si bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información sensible especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada amparada por el artículo 19 N° 4° de la Constitución. De esta forma, el Tribunal incorporó expresamente las remuneraciones a ese ámbito, lo que es también novedoso.

Hecho lo anterior, entregó las justificaciones de porqué sería lícito revelar la información sobre las remuneraciones de los funcionarios de TVN, señalando que responde al principio de transparencia de la función pública, establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto

7 Fallos de Microsensus, 1 BvL19/63 y Ley de Censo, 1 BvR 209, 269, 362, 440, 484/83 en Schwabe, Jürgen (compilador), *Cincuenta a*ños de *jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (Konrad Adenauer Stiftung) 2003, pp. 35-44.

funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social sancionada por ley (considerando 33°).

La exigencia de publicar sus remuneraciones implica la aplicación a estos funcionarios de un régimen no común a los demás empleados de TVN ni, por cierto, a los de otras empresas de televisión. Cabe preguntarse si acaso esta diferencia es constitucional. El Tribunal, como hemos visto, consideró que sí, pero no realizó un análisis ajustado a sus propios parámetros de cuándo corresponde decidir si acaso se da o no una diferencia arbitraria.

Al respecto, el profesor Jorge Correa ha sintetizado la más reciente jurisprudencia del Tribunal en esta materia[8] señalando que, para el Tribunal, una diferencia no será arbitraria cuando cumpla con los siguientes cinco requisitos: a) que el trato diverso se justifique en la medida que las situaciones fácticas se diferencian por situaciones objetivas y relevantes; b) que la diferencia no se funde en un motivo de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importe un privilegio personal indebido; c) la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe corresponder a un motivo lícito; d) la distinción y el trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción; y e) la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en un sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe un trato diverso, los que deben ser tolerables a la luz de tal examen.

Apliquemos estos parámetros al caso en cuestión. Respecto a los requisitos contenidos en las letras a) y b), creemos que estos se cumplen cabalmente. La diferencia fáctica, el hecho de ser los funcionarios afectados empleados con cargos directivos de una empresa pública, es ciertamente un dato objetivo y relevante, y la norma no está contemplada, suponemos, con un ánimo de hostilidad hacia los empleados de las empresas públicas. Es también claro que los objetivos de transparencia y probidad son motivos constitucionalmente válidos, por lo que se cumple a cabalidad el requisito de la letra c).

El requisito de la letra d) parece algo más discutible pues, sin bien la publicidad de las remuneraciones de estos funcionarios es adecuada, es decir, sirve al propósito de la norma, el control de la probidad y del correcto funcionamiento de la empresa no parece que sea tan necesario, ya que esos objetivos son también obtenibles por otros medios menos gravosos a los funcionarios afectados, muchos de los cuales ya están presentes en la Ley de TVN, como el

8 Correa, Jorge, "Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?", en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2011, p. 106.

control de la Contraloría General de la República y de la Superintendencia de Valores y Seguros.

El análisis final considera los costos y beneficios en este caso, en relación a los afectados por la diferencia y a los fines a los que sirve la norma. Por un lado, tenemos la afectación de la privacidad de empleados. Esta afectación es relevante pues las remuneraciones son sin duda un aspecto de la vida privada, aunque tampoco es de aquellos cuya revelación afecte gravemente la dignidad de la persona, su integridad o su libertad, que son los fines a los que sirve el derecho a la vida privada. De hecho, parece razonable presumir que la aplicación de la Ley de Transparencia y, antes, de las normas sobre declaración de intereses y patrimonio, que obligan a publicar las remuneraciones de cientos de miles de empleados públicos, no ha provocado los trastornos que se auguraban.

Por otro lado, tenemos los beneficios de la publicidad aplicada a estos empleados. Esta utilidad no parece ser muy sustantiva desde la perspectiva de los fines que sirve la ley, pues se puede estimar que el efectivo control social de la empresa y de la probidad son solo marginalmente favorecidos con la publicidad de las remuneraciones de estos ejecutivos: si bien desempeñaban importantes cargos, no se trataba de integrantes de su plana directiva, ni de su Director general, ni de miembros del Directorio. Si esto es así, y por cierto una más precisa consideración de los aspectos fácticos del caso puede llevar a otra conclusión, no parece proporcional la exigencia impuesta a estos funcionarios, por lo que se puede concluir que la aplicación de la Ley de Transparencia a ellos constituiría una discriminación arbitraria.

### 3.3 Infracción de la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución

Como hemos señalado, TVN alegó que la aplicación de la Ley de Transparencia constituía una infracción del artículo 19 N° 21 de la Constitución. Por su parte, el Consejo arguyó que el artículo 19 N° 21 establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas del Estado, y que, si se pretendiera que la norma constitucional garantizara un régimen de igualdad con los entes privados, ello llevaría al absurdo de considerar inconstitucionales todas las normas de derecho público relativas a las empresas estatales.

El Tribunal afirmó que el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y, en especial, a las empresas públicas, como ocurre con TVN (considerando 46°), pero consideró que se habían cumplido los requisitos establecidos en el mismo numeral en cuanto a quórum y la existencia de motivos justificados.

Como se aprecia, en esta materia existe entre los diversos actores una disputa sobre el correcto sentido de la garantía del artículo 19 N° 21 respecto a para quien se aplica y, luego, si en el caso en cuestión se han cumplido las exigencias constitucionales para un régimen diferenciado del común a los particulares.

Como argumentaremos más adelante, al comentar el fallo sobre la Universidad de Chile, estimamos que la garantía solo puede entenderse como reconociendo derechos y garantizándolos a las personas naturales y jurídicas privadas, y nunca a un ente estatal, aunque tenga personalidad jurídica propia, como las empresas del Estado.

Sin embargo, eso no es óbice para que se pueda revisar la constitucionalidad de las normas de la Ley de Transparencia aplicadas a TVN, no porque esta tenga un derecho constitucional a no ser tratada discriminatoriamente, sino porque ellas son exigencias de carácter objetivo respecto a la actividad económica del Estado y constituyen, como señala Eduardo Aldunate,[9] normas que determinan materialmente la competencia del Estado. Es decir, con independencia del sujeto afectado o titular, ellas son exigencias que la Constitución hace a la labor del legislador, por lo que el análisis constitucional debe estar orientado a determinar si la ley, en este caso la Ley de Transparencia, cumple con ellas.

Al respecto, nuestra opinión es que sí. Claramente, la Ley de Transparencia fue votada con un quórum superior al exigido y estuvo claro (esta vez sí) en la historia y en el texto de la ley que se quería someter a las empresas públicas a un régimen de transparencia excepcional respecto al de las empresas privadas en razón de los motivos de probidad y transparencia, por lo que se dan los motivos calificados que exige la Constitución para hacer las diferencias con el régimen común a los particulares.

## 4. Fallo sobre la Universidad de Chile, Rol 1892, de 17 de noviembre de 2011

### 4.1 Argumento de los requirentes y requeridos

Esta causa se inició por la interposición de un recurso de inaplicabilidad presentado por el Rector de la Universidad de Chile (en adelante la Universidad) en contra de la aplicación de la Ley de Transparencia a esa institución. Las cir-

9 Aldunate, Eduardo, *Derechos fundamentales*, (Legal Publishing) 2008, p. 115.

cunstancias que llevaron a la Universidad a llegar al Tribunal Constitucional se ocasionaron en la petición que formulara, en noviembre de 2009, Francisco Zambrano, un alumno de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios, quien solicitó copia íntegra de las Actas de la Comisión Ad-Hoc del Claustro de esa Facultad y la nómina del personal que se desempeñaba en ella, con sus respectivas remuneraciones, beneficios, funciones, cargos, grados y fecha inicio de ella. La Facultad negó la información, por lo que el peticionario interpuso un amparo de acceso a la información ante el Consejo, organismo que, en abril del 2010,acogió el reclamo y requirió al Rector la entrega de la información solicitada. Ante esto, la Universidad interpuso reclamo de ilegalidad en la Corte de Apelaciones de Santiago, la que falló el 14 de diciembre de 2010 confirmando la resolución del Consejo para la Transparencia. Consecuentemente, la Universidad interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema. Fue esa gestión pendiente la que dio la oportunidad procesal para el recurso de inaplicabilidad en comento.

La Universidad objetó que se le aplicara la Ley de Transparencia por considerar que no es un órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa y, por tanto, no le es aplicable el inciso primero del artículo 2° de la Ley 20.285, que dispone que:

> Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa,

La institución argumentó que ella es un órgano del Estado, pero no para el servicio público. Para ello alegó que posee su origen jurídico en varias disposiciones constitucionales que la diferenciarían de los servicios públicos, que poseen su base en el artículo 38 de la Constitución. Señaló además que ella es un tipo de grupo intermedio y autónomo, basándose para ello en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 523, que declaró que las universidades, sean públicas o privadas, eran cuerpos intermedios contemplados dentro del inciso tercero del artículo 1° de la Constitución.

Alegó que la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, Ley 18.693, en su artículo 88, reconoce a las universidades estatales existentes al 31 de diciembre de 1981, las que conservarán su naturaleza de entidades autónomas. Para

la Universidad, esta autonomía implica que la Ley de Transparencia, una ley general que no se refiere expresamente a la Universidad de Chile, no le sería aplicable.

Agregó que la aplicación de la Ley de Transparencia vulnera la autonomía de la Universidad, pues infringiría su derecho a la autodeterminación informativa, en el marco del autogobierno.

También alegó que se ha afectado el principio de jurisdicción y competencia contenido en el artículo 76 de la Constitución, pues, al ser el Consejo un órgano que pretende ejercer jurisdicción respecto a la Universidad de Chile, se ha excedido en su competencia.

En la misma línea, argumentó que se ha violado el principio de legalidad y juridicidad contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución, pues el Consejo no estaría facultado para conocer de los procedimientos de acceso a la información de una entidad como la Universidad de Chile, cuya información está amparada por su naturaleza de cuerpo intermedio.

Se afectaría también el derecho a no ser discriminado contenido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues se le ha aplicado la Ley de Transparencia por parte de la Corte de Apelaciones a entidades que son tratadas legalmente de forma diferenciada, tratándosela como servicio público en virtud del inciso primero del artículo 2° de la Ley de Transparencia y no en razón de las normas propias que señala el inciso cuarto del mismo artículo 2°.

La parte demandante de la información, el señor Zambrano, hizo ver que la propia Universidad se hizo aplicable la Ley de Transparencia al negar la información en virtud de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 1 letra b), es decir, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas, y que luego la misma entidad interpuso el recurso de ilegalidad antes la Corte de Apelaciones respectiva, contemplado en la normativa antes citada. Agregó que la Ley de Transparencia es plenamente aplicable a la Universidad de Chile, pues ella es parte de la Administración del Estado, tal como se aprecia de la expresa mención a las universidades estatales en los artículos 32 y 40 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Ley 18.575. Argumentó también que la Universidad no se puede amparar en el estar contemplada en la norma del artículo 2°, inciso segundo, de la Ley de

Transparencia, que señala que los otros organismos del Estado se regirán por sus propias leyes orgánicas, pues la ley orgánica de la Universidad de Chile no contempla normas sobre el principio de publicidad, haciendo ver que, en materia de publicidad, en los casos en que los organismos del Estado se rigen únicamente por sus leyes orgánicas, la Ley de Transparencia expresamente las reformó. Agregó, finalmente, que tanto el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol 352, como la Contraloría General de la República, en numerosos dictámenes, han manifestado de modo invariable la calidad de servicio público de la Universidad.

El Consejo, en su respuesta, realizó las siguientes observaciones al requerimiento. Primero, señaló que, al realizar el Tribunal Constitucional su control preventivo y abstracto de las normas del artículo 2°, inciso primero, de la Ley de Transparencia, lo consideró constitucional, por lo que, de acuerdo a los artículo 51 y 84 de su Ley Orgánica Constitucional, no podría el Tribunal inaplicarlo en la gestión *sub lite*.

Segundo, argumentó que las universidades estatales tienen la naturaleza jurídica de un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, conforme se desprende con nitidez de los artículos 1°, número 5 y 2°, de la Ley de Transparencia, y de los artículos 1°, inciso segundo; 32 y 40, inciso tercero, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, a la que alude expresamente la Ley de Transparencia. Asimismo, el artículo 88 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza establece que las universidades estatales se regirán por las leyes que hagan referencia a ellas, entre las cuales se encuentra la Ley de Bases, que considera a las instituciones de educación superior de carácter estatal como integrantes de la Administración del Estado. Así, de acuerdo al Consejo, carece de fundamento lo dicho por el requirente en orden a que a las universidades estatales no les sería aplicable la Ley de Transparencia.

Agrega, citando la sentencia Rol N° 352 del Tribunal Constitucional, que declaró que la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación constituye un servicio público funcionalmente descentralizado, integrante de la Administración del Estado, y manifestó que ese razonamiento era plenamente aplicable a la Universidad de Chile. Y que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República también confirma el criterio seguido por el Consejo para la Transparencia y la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto a considerar a las universidades estatales dentro de la definición de órganos y servicios públicos del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Tercero, aduce el Consejo que la aplicación de la Ley de Transparencia no afecta la autonomía de la Universidad, ni la garantía constitucional de la libertad de enseñanza. Esto pues la autonomía académica, económica y administrativa de las universidades, consagrada en el artículo 104 de la Ley General de Educación y cuyo fundamento también se encuentra en el artículo 1° de la Constitución, como lo ha consignado el Tribunal en el fallo Rol N° 523, no se ve afectada por la instauración de un control heterónomo de la publicidad de sus actos (siguiendo lo dicho en el voto disidente de los Ministros Vodanovic y Correa en la sentencia Rol N° 1051). El Consejo hace ver que, si se entendiera la autonomía universitaria como pretende el actor, el Consejo para la Transparencia no podría tener competencia sobre ningún órgano autónomo, lo que se ve desvirtuado por el propio artículo 2° de la Ley de Transparencia que señala a las municipalidades como sujetos obligados, siendo órganos autónomos. Además, la autoridad universitaria podrá seguir adoptando libre y soberanamente sus decisiones y autorregularse, sin que el Consejo pueda intervenir en ello en forma previa, sino que en forma ex post y básicamente a petición de los ciudadanos y mediante el juicio de la opinión pública. Pero la autonomía no es absoluta ni puede implicar desvincular a un órgano autónomo del sometimiento a la Constitución y las leyes.

Cuarto, se indica que no existen argumentos jurídicos que permitan sostener que la Universidad de Chile queda excluida de la aplicación de la Ley de Transparencia, máxime cuando ella misma ha invocado las normas de esta ley (artículo 21, N° 1, letra b) para declarar la reserva temporal de la información que se le solicitó, y cuando utilizó los mecanismos de la misma ley (artículo 28) para impugnar ante la Corte de Apelaciones de Santiago la decisión de amparo adoptada por el Consejo para la Transparencia.

Finalmente, el Consejo argumentó que, si ninguna de las disposiciones de la Ley de Transparencia son aplicables a la Universidad de Chile, no se explica entonces por qué su Rector, al mismo tiempo que dicha ley entró en vigencia, dictó un Reglamento para regular la Transparencia de la Gestión y Acceso a la Información Pública de la Universidad. Agregó que, al igual como lo mencionó el señor Zambrano, este reglamento, establecido mediante decreto universitario, sería inconstitucional e ilegal, al establecer el propio Rector la posibilidad de reserva, en circunstancias que el artículo 8° de la Constitución exige que ello se establezca por ley de quórum calificado.

### 4.2. Análisis del Tribunal Constitucional

El Tribunal comenzó su argumentación observando que no es este el caso para apartarse del criterio sostenido por él mismo (citando Rol 39) respecto a que la Administración del Estado, mencionada tanto en el artículo 38 de la Constitución como en el artículo 1° de la ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, comprende, de manera amplia, a todos los órganos y servicios creados para la función administrativa del Estado, incluidas las universidades estatales (citando Rol 352).

Luego, en su considerando cuarto, el Tribunal afirmó que, asumida esta identidad de la Universidad de Chile como institución estatal con personalidad jurídica propia de derecho público, necesariamente debe subsumirse en algunas de las clases genéricas con que la Constitución concibe al Estado e integrar, por tanto, su Administración, habida cuenta que no cabe enmarcarla en el Poder Judicial ni en el Congreso Nacional, ni ha sido incorporada expresamente en el texto supremo en una categoría diferenciada, al modo del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional. Afirmó, a continuación, que la unanimidad de la jurisprudencia y la doctrina reconocen a la Universidad de Chile como un servicio público descentralizado correspondiente a la Administración del Estado.

Dicho esto, el Tribunal señaló que este está únicamente en condiciones de analizar si el cuerpo legal cuestionado vulnera la autonomía constitucional que la Universidad poseería, al amparo del los artículos 1°, inciso 3° de la Constitución y 19 N° 11 de la misma (considerando 6°).

#### 4.2.1 Universidades estatales y principio de juridicidad

En esta materia, el Tribunal señaló que la autonomía académica, económica y administrativa que el estatuto orgánico de la Universidad establece, contenido en el artículos 1° a 7° del DFLN° 3 del Ministerio de Educación de 2006, aun cuando pudieran entenderse vinculadas de alguna manera a la libertad de enseñanza asegurada en el artículo 19 N° 11 de la Constitución (citando Rol 523), no permiten inferir la existencia de una autonomía constitucional de que serían titulares las universidades estatales ni faculta a suponer que habrían de regirse por un estatuto cerrado que, más allá del campo educativo, tendría que reservarles un régimen legal separado del resto de la Administración del Estado (considerando 8°).

### 4.2.2 Publicidad y autonomía normativa

El Tribunal analizó la pretensión de la Universidad de que ella tendría autonomía normativa para regular en su interior el principio de probidad, por lo que no le sería aplicable, entre otras razones, la Ley de Transparencia. El Tribunal recuerda que el artículo 8° de la Constitución señala que solo una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de los actos de la Administración y que, por lo tanto, desde la publicación en el Diario Oficial de la Ley 20.050, ley de reforma constitucional que introdujo el actual texto del artículo 8°, cesó toda posibilidad de establecer o instituir esta materia por medio de decretos reglamentarios u otro tipo de actos administrativo general, lo que haría insostenible lo alegado por la Universidad de que ella podría regular por sí misma esta actividad. De acuerdo al Tribunal, esto equivaldría a postular que, respecto a ella, no operó la reforma constitucional antes vista (considerando 10°).

Agregó el Tribunal que la autonomía asignada a la Universidad para obrar dentro de su respectiva esfera de funciones legales no resulta inconciliable con sus deberes constitucionales de brindar acceso a la información pública que obre en su poder, al tenor exacto de la legislación vigente dictada conforme con la Constitución (considerando 11°).

### 4.2.3 Autonomía de gestión y Consejo para la Transparencia

El Tribunal afirmó que, en lo tocante a la situación de dependencia en que se encontraría la Universidad de Chile frente al Consejo para la Transparencia, se debe recordar que uno de los asertos más sólidos e indiscutidos que permite el derecho administrativo nacional es que autonomía y control no son términos antagónicos sino complementarios (considerando 12°). Es decir, el hecho de contar la Universidad de Chile con la facultad para ejecutar sus funciones administrativas con independencia y sin sujeción a la jerarquía del Jefe de Estado, excluye el control por parte de este, pero no obsta a otras modalidades determinadas de fiscalización, como la que ejerce el referido Consejo a efectos de velar para que se cumplan cabalmente las obligaciones que impone la Ley de Transparencia, según manifestara anteriormente el mismo Tribunal (citando Roles N°s 1.732 y 1.800, acumulados, considerando 19°).

Agregó el Tribunal que, al ser el Consejo un servicio autónomo afecto a las reglas y principios básicos que orienta a todas las instituciones de la Administración del Estado, este no detenta poderes omnímodos o ilimitados, y tampoco es capaz de autogenerarse atribuciones ni adoptar resoluciones sin control (considerando 14°).

Luego señaló, respecto a lo aseverado por la Universidad en cuanto a que el ejercicio de las atribuciones que la ley acuerda al Consejo para la Transparencia podría obstaculizar las funciones y hasta perjudicar la discreción con que deben realizarse sus labores de investigación, que se debe subrayar el criterio que manda conjugar las reglas vigentes de derecho constitucional, de modo que todas ellas sean eficaces y produzcan resultados. Esto significa, para el Tribunal, que el principio de publicidad no puede aplicarse a costa del principio de servicialidad del Estado a que hace mención el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución, y que lógicamente presupone la regularidad en sus operaciones. Para la Administración, ello se traduce en el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, según la Ley N° 18.575, artículo 3°, inciso primero.

Afirmó, entonces, que si no es posible equilibrar armónicamente ambos objetivos, igualmente deseables, el propio artículo 8°, inciso segundo, prevé que una ley de quórum calificado puede establecer el secreto o reserva respecto de ciertas materias administrativas "cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos" estatales (considerando 15°).

### 4.2.4 Conclusiones del Tribunal

Las consideraciones anteriores llevaron al Tribunal a concluir que:

> 1) La Universidad de Chile, sin perjuicio de regirse por las normas específicas que imperan en el campo de su especialidad, reúne para cualquier efecto legal todas las condiciones que permiten reconocerla como un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa estatal, alcanzándole, por ende, todas las normas constitucionales y legales que, al estatuir o desarrollar aquellos principios básicos atingentes al orden institucional de la República, deben acatarse unánimemente dentro de la Administración del Estado, con arreglo al principio de juridicidad recogido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.
>
> 2) Desde que entró en vigencia la reforma introducida por la Ley N° 20.050 al artículo 8° constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existan en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado.

Por consiguiente, fue esta Ley N° 20.050, y no su posterior inclusión en las normas de la Ley N° 20.285, la que privó a dicha casa de estudios superiores de toda opción para regular a través de decretos internos qué materias concernientes a ella se pueden divulgar o retraer del conocimiento público.

3) Contra lo que dice el recurso, no existe inconstitucionalidad de suyo por el hecho de que la Ley de Transparencia, aprobada por la Ley N° 20.285, haya incorporado en sus normas a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, abarcando, de esta forma, a la Universidad de Chile, comoquiera que ello no significa privarla de alguna autonomía de índole constitucional que, en todo caso, únicamente puede desplegarse en el ámbito estrictamente educacional.

Sostener lo contrario, implicaría otorgar a ese plantel universitario un estatus constitucional propio de un poder separado de la Administración del Estado, del que carece, amén de reconocerle posesión sobre una capacidad reglamentaria absoluta e ilimitada, que tampoco le ha sido otorgada.

4) Tampoco dicho plantel universitario puede estimar lesionada su autonomía de gestión administrativa para adoptar independientemente las decisiones que corresponda dentro de su competencia y especialidad, por la circunstancia de quedar afecto a la fiscalización del Consejo para la Transparencia.

El eventual trastorno o peligro que la aplicación de esta ley pudiere ocasionar a la Universidad de Chile, a falta de mayores antecedentes, no puede ser considerado en esta oportunidad. Sin perjuicio de hacer notar, este Tribunal, los cauces institucionales que el ordenamiento vigente contempla a los efectos de resguardar la marcha normal de los servicios que componen la Administración del Estado.

## 5. Voto concurrente de los Ministros Marisol Peña, Francisco Fernández y Carlos Carmona

Los Ministros Marisol Peña, Francisco Fernández y Carlos Carmona concurrieron al fallo, estando por rechazar el requerimiento, pero estimando que el mismo debió ser declarado improcedente por las razones que se pasan a sintetizar:

Los Ministros concurrentes señalaron que el razonamiento de Universidad se construye sobre una secuencia argumental. El primer paso del razonamiento es afirmar que ella no se encuentra comprendida en los supuestos del artículo 2° de la Ley de Transparencia. Una vez establecido lo anterior, afirma que su inclusión en dicho marco jurídico viola la autonomía universitaria.

Ante esta argumentación se preguntan los concurrentes si este es un asunto de constitucionalidad. La pregunta es relevante, pues señalan que el Tribunal tiene una doctrina establecida en torno a que su competencia se limita solo a los vicios de constitucionalidad, no extendiéndose a los de legalidad (citando Rol 1295/2009, que a su vez cita otros fallos anteriores).

De los antecedentes aportados tras la admisibilidad inicial del caso, los concurrentes concluyen que la Universidad plantea un problema de legalidad. En primer lugar, porque no niega estar regida por el artículo 8° de la Constitución. Sostiene que las universidades estatales "son órganos que forman parte del Estado, pero no integran la denominada administración del Estado, en los términos establecidos y definidos en el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575"(fojas 12). "Al constituir la Universidad de Chile un órgano del Estado, no hay dudas que el principio de publicidad constitucional se le aplica" (fojas 26). Distinto hubiera sido que negara su aplicación, porque eso hubiere importado un desafío directo a un precepto constitucional.

En segundo lugar, porque lo que se plantea es un asunto de conflicto de leyes. La Universidad sostiene que, conforme a su Estatuto (artículo 10, DFL N° 3, del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial de 2 de octubre de 2007) y de acuerdo a lo establecido en el artículo 113 de la Ley General de Educación (DFL N° 2, del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial de 2 de julio de 2010), la aplicación a ella de normas como las contenidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado requiere que las mismas se refieran expresamente a la Universidad de Chile. Dicha ley, en su artículo 2°, que es la norma impugnada en estos autos, no la menciona. Solo se refiere a los "*órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*". No obstante ello, sostiene, tanto el Consejo para la Transparencia como la Corte de Apelaciones, al resolver el reclamo de ilegalidad, consideraron que se le aplicaba dicha ley.

Agregan que dicho planteamiento es un caso típico de conflicto de leyes, pues implica decidir cuál es la norma que debe aplicarse para resolver el asunto controvertido. De hecho, parte central de la sentencia de la Corte de Apelaciones (considerandos 6° a 14°) se destinó a resolver si la Ley de Transparencia era o no aplicable a la Universidad, concluyendo (considerando 14°) que sí se le aplica. Por ende, afirman, no procede referirse a las alegaciones sobre una infracción de las normas constitucionales que la requirente estima colateralmente vulneradas, como son los artículos 6°, 7°, 19, N° 2°, y 76 de la

Constitución Política, toda vez que las infracciones aducidas dependen de la resolución del conflicto de legalidad planteado y no viceversa.

Por último, que si el legislador, en la norma impugnada, dentro de su ámbito de libre configuración, no menciona a la Universidad de Chile, y ello genera un problema de cómo se llena el vacío que se habría supuestamente generado, no es un problema de constitucionalidad, sino de estricta legalidad, que le corresponde resolver a otros órganos y no al Tribunal.

De esta forma concluyen que, por lo anterior, el requerimiento debe ser declarado improcedente por formular un conflicto de legalidad.

## 6. Comentarios a la Sentencia Rol 1892

En este caso se coincide plenamente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en cuanto a que las normas de la Ley de Transparencia se aplican a la Universidad de Chile. La pretensión de que esta no sería un órgano parte de la Administración era simplemente insostenible a la luz del derecho público chileno.

Sin embargo, la sentencia y el voto concurrente presentan dos cuestiones interesantes de comentar, aunque en el contexto del presente artículo sin la profundidad que ameritan. Ellas son la idea de autonomía universitaria y la de titularidad de los derechos constitucionales.

### 6.1 Autonomía universitaria

Uno de los argumentos principales esgrimidos por la Universidad de Chile era que la aplicación de las normas de la Ley de Transparencia atentaban contra la autonomía universitaria asegurada constitucionalmente, afirmando ser un tipo de grupo intermedio y autónomo como los reconocidos en el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución, basándose para ello en la sentencia de Tribunal Constitucional, Rol 523, que declaró que las universidades, públicas o privadas, eran cuerpos intermedios.

Esa sentencia, de fecha 19 de junio del 2007, rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del texto completo del DFL N° 153 de 1981, del Ministerio de Educación, Estatuto de la Universidad de Chile. En esa ocasión el Tribunal se extendió largamente sobre la autonomía universitaria, haciéndola aplicable, sin distinción alguna, a instituciones privadas y públicas (considerando 12°), fundada en su calidad de cuerpos intermedios (considerandos 21°, 24° y 26°).

En la sentencia en comento, en cambio, luego de describir brevemente la naturaleza de órgano administrativo de la Universidad de Chile, el Tribunal señaló que esa calidad no permite inferir la existencia de una autonomía constitucional de la que serían titulares las universidades estatales (considerando 8°). Esta aseveración, realizada sin hacer mención a su anterior doctrina (¡pese a que se cita el fallo 523!), corrige el gravísimo error de atribuir a un órgano estatal la calidad de cuerpo intermedio, y más aun, de ser titular de un derecho constitucional como el de libertad de enseñanza, que había hecho, sin reflexión alguna sobre este punto y sus consecuencias, la sentencia Rol 523.[10]

El error era grave conceptualmente y serio en sus consecuencias. El error era grave porque implicaba entender que un órgano público, más aun, uno integrante de la Administración, que es creación de la ley con base en la Constitución, en su artículo 38, fuese producto de la libertad de asociación de los ciudadanos (¿de quienes?, podría uno preguntarse), que es lo que son los cuerpos intermedios, y por lo tanto titular de todas las libertades de aquellos en esta materia. Eso implicaba desconocer radicalmente la naturaleza de esas instituciones. El error era serio porque, de seguirse la lógica del Tribunal, esas instituciones poseían una voluntad propia independiente de la que el ordenamiento jurídico, de base legal, les había reconocido y, por lo tanto, dejaban de corresponder a la voluntad democrática expresada en el parlamento, que puede decidir, si así lo estima, regularlas, modificarlas, combinarlas, dividirlas o, lisa y llanamente, eliminarlas.

Cosa distinta es que, desde el punto de vista del interés público, para que logren la finalidad que el legislador les dio, estas instituciones posean, como de hecho ocurre, una autonomía legal. Pero ella es de exclusiva configuración legal y no puede, por lo mismo, oponerse a los cambios que el mismo legislador efectúa.

### 6.2 Órganos estatales y titularidad de los derechos constitucionales

El posible realizar una reflexión similar respecto de un derecho constitucional como el de la libertad de enseñanza. Esta libertad se predica sin duda de los académicos, que, como personas naturales, son titulares de este derecho, de

10 Aseveración que también se repite en la sentencia Rol 410, del 14 de junio de 2004, fallando un requerimiento contra el proyecto de ley que modificaba el régimen de jornada escolar completa. Sobre esta materia ver comentario de mi autoría, "El fallo del Tribunal Constitucional sobre proyecto que modifica el régimen de jornada escolar completa y sus repercusiones respecto del derecho a la educación y la libertad de enseñanza", en *Revista de Derechos del Niño*, 3 y 4, (Universidad Diego Portales) 2006, p. 291.

especial relevancia en el caso de la educación superior, pero no de la institución, porque ella es un órgano del Estado, sujeto estrictamente a las obligaciones y deberes que le confiere el ordenamiento jurídico.

Respecto a la titularidad de derechos constitucionales, hemos escrito en otra ocasión[11] que ellos solo pueden predicarse de las personas, en principio solo las naturales, y concordando plenamente con Eduardo Aldunate[12] respecto a que las personas jurídicas son titulares de esos derechos solo si tiene sentido que ellas lo sean de una forma diferenciada de los miembros que la componen.

Es claro que el Estado y sus órganos están al servicio de los derechos y que no puede concebirse a este como titular de aquellos. Pero no es tan clara, y lleva a veces a confusión, la titularidad de las llamadas personas de derecho público, es decir, aquellas que tienen personalidad jurídica por un acto del legislador directamente y no por la voluntad de los individuos. El profesor Aldunate señala que, en la doctrina comparada, se distingue entre personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas de las que no. Coincidimos con este autor que, respecto de las segundas, como lo son, por ejemplo, las iglesias, al amparo de la Ley 19.638 sobre Libertad de Cultos, sí podría estimarse que son titulares de aquellos derechos cuya naturaleza permita ser ejercido por una persona jurídica y también en aquellos casos en que la Constitución expresamente lo reconoce, como es el caso del artículo 19 número 6°.

Pero, respecto de las personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas, que no son sino emanación del poder estatal, aunque de una forma descentralizada, tales como las empresas públicas o las universidades estatales, no es concebible una titularidad de derechos fundamentales. Como señala Aldunate,[13] es incompatible con el Estado de Derecho otorgar al Estado la posibilidad de atribuirse, a través de sus mismos órganos, facultades o ámbitos de protección que son innatos o consustanciales a los individuos.

De la misma forma que observábamos respecto a la autonomía, los derechos que poseen estas entidades son de naturaleza legal, no constitucional,[14]

11 Ibíd., p. 290 y ss.

12 Aldunate, op. cit., p. 156.

13 Aldunate, op. cit., p. 158.

14 Y no se debe confundir derechos fundamentales con prerrogativas o poderes constitucionales, que los órganos con rango constitucional sí poseen.

y han sido entregados por el legislador para que el órgano pueda cumplir la función o propósito que se espera de él.

Bajo esta perspectiva, son constitucionalmente erróneos tanto los alegatos de Televisión Nacional, respecto a la infracción del artículo 19 N° 21 sobre no discriminación económica; de la Universidad de Chile, de infracción del artículo 19 N° 11 sobre libertad de enseñanza; y del propio Tribunal Constitucional respecto a que el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y, en especial, a las empresas públicas, como ocurre con TVN (considerando 46° del fallo sobre Televisión Nacional).

# INSCRIPCIÓN AUTOMÁTICA Y VOTO VOLUNTARIO

*Pablo Marshall*[1]

**Resumen**

Este trabajo analiza las implicancias legales y políticas de la reforma del sistema de votación. La primera parte, jurídica, expone los cambios que se siguen de la transformación del voto obligatorio en voluntario y de la inscripción voluntaria en automática, observando algunos problemas que deberán ser abordados en el futuro. La segunda parte, política, presenta una tesis interpretativa de la reforma que sugiere que ella es un avance de la lógica liberal sobre la lógica democrática en nuestra Constitución y, sobre todo, del proyecto político neoliberal, cuyo objetivo es la completa despolitización de nuestra comunidad.

## Introducción

El pasado 31 de enero, tras un largo debate, se publicacó de la esperada Ley 20.568 que regula la inscripción automática de los ciudadanos en el registro electoral (en adelante, la Ley).[2] Esta Ley fue precedida por casi tres años de incertidumbre que siguieron a la aprobación de la reforma constitucional

1 Pablo Marshall Barberán es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Es profesor e investigador de la Universidad Austral de Chile. Actualmente realiza su investigación doctoral en la Universidad de Glasgow. Los comentarios recibidos de Alberto Coddou y Guillermo Jiménez fueron de gran utilidad para este trabajo.

2 La Ley, además de la inscripción automática, modificó varios elementos de la organización y funcionamiento del Servicio Electoral, entre los que se cuenta la creación de un Consejo y la entrega de la tarea de llevar el cómputo de los votos. Además, la Ley modificó la inscripción de candidaturas, el régimen de vocales de mesa, los horarios de votación y los procedimientos ante el Tribunal Calificador de Elecciones, entre otras cuestiones. Fueron modificadas, en definitiva, las siguientes normas legales: Ley 18.556; Ley 18.700; DFL 1, Ministerio del Interior, 2006; DFL 1, Ministerio del Interior, 2005; Ley 18.603; Ley 19.884; Ley 18.460; y Ley 20.568.

que remozaba los artículos 15 y 18 de nuestra Constitución Política, creando este nuevo sistema.[3] Sin embargo, dicha reforma no cambió en absoluto la práctica electoral, dado que continuó el antiguo sistema de voto obligatorio e inscripción voluntaria en el nivel legal. La disposición transitoria vigésimo tercera, también introducida por tal reforma, conciliaba los dos niveles explicando que la entrada en vigencia del nuevo sistema de votación e inscripciones debía esperar hasta la dictación de la correspondiente ley. Ello implicaba, por lo tanto, que la reforma a la Constitución en esta materia era letra muerta, al menos hasta la dictación del correspondiente desarrollo legal.[4]

Esta es la primera ley aprobada de aquellas que han sido denominadas "de la agenda política", desde las reformas constitucional de 2005 que eliminaron la institución de los senadores designados, entre otras materias.[5] Ello, vale destacar, marca una importante diferencia entre esta ley de voto voluntario e inscripción automática y la suerte que han tenido las propuestas para la reforma del sistema electoral binominal y la incorporación de mecanismos para votar desde el extranjero.[6]

Si bien parece un lugar común que todas estas reformas comparten el ánimo de modificar los elementos remanentes de las bases constitucionales y legales sobre la cuales el sistema político quedó configurado tras el término de la dictadura, que esta Ley se haya concretado mientas los otros proyectos se han estancado es elocuente respecto a las diferencias de contenido ideológico. Solo para ilustrar este punto, resulta útil compararlas desde una perspectiva partisana. Paradójicamente, quienes han sido los principales promotores y defensores de la necesidad de reformar el sistema binominal y facilitar el voto desde el extranjero fueron los primeros detractores del voto voluntario y la inscripción automática. Así, en círculos políticos (y especialmente académicos) de izquierda, la idea del voto voluntario no fue recibida calurosamente y solo el hecho de que ella gozara de gran popularidad entre la ciudadanía conquistó los votos necesarios para su aprobación en el Congreso Nacional. No

3 Ley de Reforma de la Constitución 20.337.

4 Esto ocurre cada vez que una reforma constitucional precede el desarrollo legal necesario para implementar el cambio constitucional. Por ejemplo, sucedió con la modificación del artículo 17 inciso 2°, que contemplaba la rehabilitación por el Senado, por obra de la Ley de Reforma Constitucional 20.050, que decretó que la recuperación debía efectuarse "en conformidad a la ley". Sin embargo, dicha ley para la recuperación de la ciudadanía no ha sido creada. La reforma, en definitiva, dejó a los individuos privados de su ciudadanía sin opción de recuperarla.

5 Ley de Reforma de la Constitución 20.050.

6 Ver Marshall, Pablo, "El derecho a votar desde el extranjero", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 24 (2), 2012, pp. 139-161.

es casual tampoco que la Ley que implementa el sistema de voto voluntario e inscripción automática haya sido aprobada y publicada por el mismo gobierno de derecha que se ha negado sistemáticamente a instalar la discusión sobre el binominal en la agenda parlamentaria. Estos indicios deben hacernos reflexionar desde ya sobre las peculiaridades de estas nuevas características de nuestro sistema de votación que hoy es transversalmente presentado como un triunfo de la democracia y la libertad sobre un rancio autoritarismo.

Este comentario tiene dos propósitos. El primero es eminentemente jurídico y práctico: explicar y analizar la modificación constitucional y legal que afectó al sistema electoral. Para ello, resulta conveniente comparar el nuevo sistema con el antiguo y revisar algunas de las novedades y posibles problemas, tanto legales como prácticos, que se generan con la modificación. Aquí debe advertirse que se ha considerado solamente el análisis de aquellas normas que afectan la posición en que se encuentran los ciudadanos ante el voto y la inscripción, dejando para otra ocasión las más oscuras y difíciles normas orgánicas que fueron modificadas por la Ley. Las dos primeras secciones del comentario están dedicadas a este objetivo. La primera examina los cambios que nuestro sistema electoral experimentará y algunos de los problemas que podrían afectarlo con el paso de la obligatoriedad a la voluntariedad (sección 2) y la segunda, aquellos aspectos relacionados con el cambio desde un sistema de inscripción voluntaria a uno automático (sección 3).

El segundo propósito, desarrollado en la sección tercera y final del comentario, es teórico e interpretativo. La modificación de la Constitución y la Ley en un tema tan sensible como el voto expresa un cambio o quizás una adaptación de los principios sobre los cuales se basa nuestra autopercepción como comunidad política. En este respecto quiero reflexionar sobre cuál es ese cambio, por qué se ha materializado y cuáles son los principios políticos en juego.

## 1. De inscripción voluntaria a inscripción automática

Hasta ahora el registro electoral chileno funcionaba sobre la base de una inscripción voluntaria. Ello significaba que solo eran agregados al registro quienes, cumpliendo con los requisitos legales, expresamente lo solicitaban. La inscripción en el registro era, para todos los efectos, un requisito indispensable tanto para ejercer el derecho a sufragio como para postularse a cualquier cargo de elección popular. No era extraño que algunas personas sostuvieran como un requisito implícito de la ciudadanía, además de la nacionalidad, la edad y la ausen-

cia de condenas criminales, la respectiva inscripción en los registros electorales.

El antiguo sistema fue muy criticado por su rigidez. Por una parte, no le permitía participar en las elecciones a nadie que no hubiera estado inscrito en el registro, hipotéticamente excluyéndolos como destinatarios de las ofertas electorales que los partidos y candidatos realizaban para persuadir a los votantes. Por otra, una vez inscritos en el registro, los votantes lo estaban irrevocablemente, lo que, sumado a la obligatoriedad del voto, constituía una doble barrera de salida y contribuía a asegurar un mínimo de participación electoral: los inscritos no podían ausentarse sino en virtud de excusas establecidas por ley y no se permitía la desinscripción voluntaria. En estos términos, existía un padrón electoral que no prometía sorpresas, con una identidad más o menos uniforme (muertos y criminales eran compensados con nuevos inscritos), considerando que la rigidez del sistema de inscripción disuadía un gran caudal de nuevas inscripciones.

Con el cambio legal, ese escenario se ve drásticamente modificado. Su examen permite encontrar, a grandes rasgos, dos clases de dudas. Por un lado, dudas operativas sobre cómo va a funcionar el nuevo sistema. Por otro lado, dudas respecto a si (y cómo) esta modificación legal va a cambiar el comportamiento del electorado y los resultados de las elecciones.

Respecto al primer punto, solo se plantean dudas menores. La inscripción será realizada de manera automática, por lo que no se necesitará ni la comparecencia del ciudadano involucrado en ninguna instancia ni su asentimiento. La configuración y actualización del registro pasará a estar a cargo del Servicio Electoral, el cual requerirá directamente los datos necesarios al Registro Civil y a otras instituciones. Vale la pena observar que, de este modo, la inscripción pasa de ser de una manifestación ciudadana con expreso e importante contenido político a una actividad burocrática realizada por la administración mediante un procedimiento legalmente regulado.

Desde la perspectiva operativa, el cambio provocó la necesitad de tomar algunas decisiones legales respecto de las nuevas inscripciones y del régimen de transición entre el antiguo y el nuevo registro. Una de las interrogantes que surgieron al aceptar el sistema de inscripción automática fue la de determinar a qué circunscripciones iban a ser agregados los nuevos electores, sin que ellos concurrieran a una de las juntas inscriptoras locales. La solución vino dada por la adopción del domicilio declarado en el Registro Civil como domicilio electoral. Cabe observar, sin embargo, que esta identidad de domicilios solamente afectará a los nuevos inscritos y no cambiará el domicilio de los antiguos aunque aquellos mantengan un domicilio electoral distinto al declarado en el Registro Civil.

Otra de las novedades que se cuentan en la nueva ley es la eliminación de las mesas separadas por género. Pese a que todos los inscritos antiguos se mantendrán en sus actuales mesas de votación, lo que dará una predominancia de un género sobre otro, los nuevos inscritos serán agregados sin atención a su género a las antiguas mesas que tengan cupos disponibles (menos de trescientos cincuenta electores; debido a la cancelación por cambio de domicilio, fallecimiento o inhabilidad) y a las nuevas mesas requeridas para integrar a todos los nuevos votantes. Esta división, que se había justificado por consideraciones de orden público en los recintos electorales y que tenía su origen en la tardía incorporación de las mujeres como votantes, carecía ya de todo fundamento y creaba una sensación de extrañeza. Los principales perjudicados por esta medida son los analistas electorales, que perderán la información de que disponían respecto al factor género como elemento para evaluar la intención de voto.

En general, la reforma del sistema de inscripción marca un avance en el proceso de modernización de la administración de las elecciones. La compleja integración del registro, que involucrará la administración de información que viene de múltiples fuentes, se erige como el principal desafío logístico del Servicio Electoral, que con la reforma ha salido fortalecido y ha adquirido un rol más protagónico aun del que ya ostentaba. La información con que el Servicio conformará el registro provendrá del Registro Civil como principal proveedor, del Departamento de Extranjería y de Policía Internacional, quienes suministrará la información relativa a los extranjeros avecindados en Chile y del cumplimiento de los requisitos de residencia que afectan a los chilenos nacidos en el extranjero; y, finalmente, de los juzgados civiles y criminales, que tendrán a su cargo la inhabilitación de criminales y personas con discapacidad mental. Asimismo, la organización de una masiva cantidad de nuevas mesas receptoras de sufragios conformadas para un electorado presumiblemente apático genera la pregunta de cómo van a comportarse en la práctica la administración de esas mesas.

Respecto del segundo punto de análisis, la influencia del cambio de sistema de registro en la participación y los resultados electorales, es donde mayor incertidumbre se respira. La ampliación del universo de votantes de una manera tan radical como se tiene previsto, supondrá al menos dos encrucijadas a las cuales los candidatos y partidos deberán enfrentarse: la retención de los electores que hasta ahora eran cautivos del sistema y la captación de nuevos electores entre los nuevos inscritos. Estos factores pueden ser analizados también respecto al nuevo carácter voluntario del voto.

## 2. De voto obligatorio a voto voluntario

El voto obligatorio implicaba que los ciudadanos, una vez inscritos en los registros electorales, tenían la obligación de comparecer el día de la votación y sufragar en ella. Adicionalmente, la obligatoriedad del voto implicaba, o más bien autorizaba, la ausencia debidamente justificada en los casos de encontrarse ante una importante imposibilidad respecto de su cumplimiento. Sin embargo, esa imposibilidad servía solo como una excusa para el incumplimiento del deber de sufragar, siendo igualmente posible la calificación jurídica, enjuiciamiento y sanción de quien no había satisfecho los estándares de justificación. De ahí, por ejemplo, que solo la constancia de policía que certificaba que el elector se encontraba demasiado lejos de su local de votación pudiera tener el carácter de prueba para la satisfacción de la excusa en el correspondiente juicio infraccional que se seguía ante el juez de policía local. He allí el tercer aspecto y final que está implícito en el carácter obligatorio del sufragio. El ciudadano que no concurría a sufragar y no prestaba las correspondientes excusas era sometido a una sanción.

El cambio de sistema importa la eliminación de la obligación de sufragio, quedando el ejercicio de este derecho a la entera voluntad del ciudadano. Ello implica que ya no existe obligación jurídica de concurrir a sufragar el día de la elección y que no es necesaria la presentación de excusas, ni menos aun la imposición de multas por su incumplimiento. Ello afectará a todo el padrón electoral de igual manera. Por lo tanto, no importando si la inscripción se realizó voluntariamente antes de la entrada en vigencia de la nueva ley o si se realizó, conforme a esta última, de manera automática, el voto será voluntario.

Hay dos elementos del voto que permanecerán, no obstante la lógica liberalizadora, en el terreno de lo obligatorio y que generarán cierta contradicción entre el funcionamiento de las elecciones bajo el nuevo modelo y los fundamentos que guiaron la reforma. Estos aspectos son la obligatoriedad de los vocales de mesa y la obligatoriedad de sufragar en todas las elecciones que se lleven a cabo en un mismo acto electoral.

Uno de los puntos altos de la legislación electoral chilena ha sido el buen funcionamiento del sistema de los vocales de mesa como principales órganos electorales. Su actividad se ha caracterizado por su alta eficiencia a la hora de producir los resultados electorales y, al mismo tiempo, por significar un gasto relativamente moderado para el fisco. Sin embargo, desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho, la gran ventaja del sistema de vocales es

que su desempeño como órganos totalmente independientes los transforma en los principales garantes de la imparcialidad de la elección.

El sistema de nombramiento de vocales era coherente con la lógica del sufragio obligatorio. Entre quienes tenían el deber de concurrir a la elección se sorteaba a quienes deberían ejercer el cargo de vocales. Todos los inscritos debían concurrir el día de la elección; todos los inscritos tenían la posibilidad de ser sorteados como vocales; todos, en definitiva, estaban involucrados en el acto electoral, de una manera más o menos intensa, en cumplimiento con sus obligaciones jurídicas y políticas.

Esa situación ha cambiado, planteando una encrucijada para el sistema. Bajo el nuevo sistema, los vocales serán seleccionados bajo la misma modalidad en que se elegían cuando el voto era obligatorio: por sorteo. En esas circunstancias, aquellos que serán inscritos automáticamente se verán forzados a participar en un acto del cual, bajo la lógica del voto voluntario, tienen el derecho a no ser parte. Haciendo eco de este hecho, la ley concede importante discrecionalidad en el nombramiento de los vocales a las autoridades electorales, las que pueden seleccionar prefiriendo "a aquellas personas que pueda presumirse más aptas para desempeñar las funciones de vocales de Mesas" (art. 41). Esta combinación de factores, a mi juicio, amenaza la actual garantía de imparcialidad que hasta ahora nuestro sistema de vocales implicaba, dado que carga a la autoridad electoral con la tarea de imponer una obligación a quien se ha incluido en el padrón electoral a costa de garantizar que no tiene obligaciones sino solo derechos. Especialmente en las nuevas mesas, la selección de los vocales podría llevar a la configuración de un cuerpo de ciudadanos responsables mucho más susceptible de ser influenciado o dirigido.

El nuevo sistema contiene una incoherencia más aguda. No obstante el sufragio será voluntario, de acuerdo con la nueva normativa, si una persona concurre a votar tendrá obligatoriamente que hacerlo en todas las elecciones que se estén desarrollando ese día. Esto implica, por ejemplo, que, cuando la elección de Presidente, senadores y diputados se desarrollen al mismo tiempo, quien concurra a votar no podrá hacerlo solamente en una de ellas. Esto es problemático en la medida en que contradice directamente el fundamento teórico más importante de tener un sufragio voluntario, esto es, la garantía de la expresividad política de la abstención.

Pese a que ello no fue significativamente discutido en el procedimiento de reforma de la Constitución, el mayor problema que afectaba al voto obligatorio era que no concedía ninguna posibilidad de expresión a quienes querían

rechazar al sistema político mediante su abstención electoral. Abstenerse de votar parece expresar, por parte de aquellos comprometidos con la práctica política, el más radical de los rechazos ante las alternativas políticas ofrecidas por la elección. Puede ponerse el ejemplo de un comunista comprometido para el cual es importante votar por su candidato en primera vuelta y a quien tanto el candidato de la Concertación como el de la derecha le repugnan de una manera tal que, para expresar su postura política, requiere del espacio comunicativo de la abstención. Tanto los votos blancos como los nulos son considerados como inválidamente emitidos por la legislación chilena, por lo que tampoco proveían ese espacio de comunicación. Si bien ese problema expresivo ha quedado resuelto y el significado de la abstención puede ser ahora elaborado como un acto que expresa rechazo o desprecio por el sistema político, esa libertad comunicativa no es respetada a quienes creen que hay elecciones que valen la pena (por ejemplo, la elección presidencial) y elecciones que no valen la pena (por ejemplo, porque en el régimen electoral binominal la elección está asegurada para las dos coaliciones principales), por más que estas se realicen en un mismo acto. Esta norma parece contraproducente en un sistema que basa sus aspiraciones de funcionamiento en la premisa de la libertad como un aliciente de la participación.

Ello nos lleva de vuelta a los posibles efectos del voto voluntario y la inscripción automática en el comportamiento de los ciudadanos el día de la elección. Respecto a ello, las expectativas del proyecto estaban puestas en la generación de diversidad y reflexión que el discurso político de los sectores actualmente representados se vería obligado a asumir en circunstancias como las actuales, donde el público que recibe la oferta electoral está renovado y tiene que necesariamente concurrir a votar. Sin embargo, no puede descartarse del todo que este nuevo escenario posibilite el fortalecimiento de nuevas fuerzas políticas que han permanecidos marginadas o el desarrollo de movimientos políticos antisistema cuyo foco pueda estar puesto en el carácter expresivo del abstencionismo.

## 3. El efecto de la reforma y la imagen de la comunidad política

Con motivo de la publicación de la reforma constitucional que modificaba los artículos 15 y 18 de la Constitución, escribí un artículo con el propósito de evidenciar las falencias de la discusión académica y parlamentaria en torno al significado y motivos de tal reforma. Señalé en esa oportunidad que los argu-

mentos esgrimidos en la discusión parlamentaria carecían de plausibilidad y que la verdadera razón, ideológica a mi parecer, no se había sincerado durante la tramitación del proyecto. Ahí identifiqué tres argumentos, uno conceptual, uno relativo a la participación y, finalmente, otro sobre el costo del sufragio.[7]

El argumento más largamente desarrollado fue el *conceptual,* conforme al cual la naturaleza del sufragio en cuanto derecho requería un ejercicio voluntario. Este no tiene fundamento jurídico dado que es lógicamente posible la existencia de derechos de ejercicio obligatorio. Ello está estrechamente relacionado con la idea que el interés en la asignación de derechos (como bien lo saben los economistas neoliberales) no solo implica al titular sino que también puede ser un interés colectivo. El ejemplo del derecho de los padres a tener una relación directa y regular con sus hijos es prueba de ello, al ser establecido tanto en favor del padre como del hijo. También es prueba de ello que, en el derecho comparado, los sistemas de voto obligatorio son tan comunes como los de voto voluntario.

El argumento de la *participación* sostenía que la reforma va a permitir aumentar el caudal de participación electoral, que viene decayendo desde la elección de 1989. Obviamente, cabe esperar una discusión más profunda en el futuro cuando existan datos que permitan evaluar los resultados del sistema. Entonces, se podrá corroborar a la luz de los hechos las hipótesis esgrimidas, basadas en un enigmático principio psicológico conforme al cual los seres humanos son más dados a hacer las cosas que no son obligatorias . Como ya mencionamos, este nuevo escenario abre un espacio para la importación, adaptación y elaboración de teorías sobre la "conducta del electorado" ahora ya no solo en relación a su intención de voto sino también a la efectiva participación en los procesos electorales. Estas teorías, análisis e hipótesis, que constituyen uno de los núcleos disciplinares de la ciencia política norteamericana, intentarán contestar preguntas como: ¿bajo qué condiciones las personas tienden a votar?, ¿cuál es el perfil de los votantes respecto a quienes no votan? o ¿cuándo las personas tienden a creer que su voto será decisivo para la elección? Estas preguntas y sus consiguientes respuestas tienen un parecido de familia con aquellas que se espera que los publicistas respondan: ¿cómo hacer el producto más atractivo para las personas o cómo resaltar los elementos atractivos del producto?, ¿cuál es el perfil del cliente y cuáles son sus patrones de consumo? o ¿cómo hacer que el cliente sienta que necesita el producto? Esa similitud no es casual.

7 Marshall, Pablo, "El derecho y la obligación de votar", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile,* 22 (1), 2009, pp. 79-89

Finalmente, abordamos el argumento del *costo del sufragio*. Este argumento señalaba que los costos individuales que la inscripción voluntaria y el sufragio obligatorio significaban para los ciudadanos eran demasiado altos. Ellos tendrían un impacto negativo en la participación política. Hoy parece plenamente atingente especular, sobre la base del nuevo sistema, sobre los niveles de participación en las próximas elecciones. Nuevamente quiero utilizar este argumento para introducir un comentario acerca del significado de la reforma, que puede ser ilustrado con esta extraña idea de analizar la actividad de participar en una elección democrática en términos de costos y, por supuesto, de los correspondientes beneficios que puede encontrarse en ella.

Cómo señalamos al comienzo, en esta sección se buscará responder a las preguntas sobre el significado del cambio de sistema para nuestra autocomprensión como comunidad. Las preguntas que me propuse son: ¿cuáles son los principios políticos en juego?, ¿cuál es el cambio? y ¿por qué se ha materializado?

Quiero responder a estas preguntas explicando cómo esta reforma contribuye a asentar un modelo neoliberal en la comprensión de nuestra comunidad o, más bien, de nuestra ausencia de comunidad. Quiero hacerlo presentando esquemáticamente una visión comparativa de la idea de comunidad política que está en el trasfondo de esta discusión. Se debe entender que ciertas familias de ideas políticas irreconciliables constituyen el marco que permite interpretar que en cuestiones como el derecho a la educación o los cambios al sistema electoral está en juego *lo político*; no se trata, por tanto, de cuestiones de mera eficiencia, eficacia y administración.

Después de fijar este marco de referencia común, en segundo lugar, quiero diluir las preguntas sobre la naturaleza y las razones del cambio de autocomprensión de nuestra idea de comunidad política, porque no creo que esta sola reforma constituya la consolidación de ese proyecto. Más bien, creo que la reforma puede ser vista como la normalización que el propio sistema político neoliberal impulsa respecto de elementos que son anómalos a él. En tal sentido, no tiene caso hablar de la implantación jurídica del neoliberalismo, sino solo de una adecuación y consolidación del mismo en las esfera jurídica y política a través de modificaciones institucionales que tienen el sentido de expresar cambios más profundos acontecidos en el nivel de la compresión de la esfera pública y la construcción de la subjetividad.

Resultará obvio que estamos hablando de neoliberalismo no como una mera teoría económica de la inacción estatal, como se lo ha tendido a com-

prender en Chile. Neoliberalismo es también, y más aun, un proyecto político hegemónico.

### 3.1. Un esquema de interpretación

Numerosos autores reconocen la coexistencia de dos lógicas antagónicas imbricadas en la construcción y funcionamiento de las democracias occidentales: la lógica liberal y la lógica democrática. Ambas tienden a afirmar la necesidad de instituciones de participación democrática y de protección de los derechos individuales. Cada cual lo hace, y aquí está el punto relevante que las distingue, considerando a unas como constitutivas de la vida en común y a la otra subordinada o coadyuvante a las primeras.[8]

Así, el *liberalismo* típicamente considera que la existencia de la comunidad y de su intervención en la vida de las personas está basada en el consentimiento individual, en la colaboración estatal en la persecución de los fines individuales y, sobre todo, en el respeto que la comunidad debe tener por la esfera autónoma del individuo.[9]

La democracia, desde esta perspectiva, es una forma de gobierno especialmente propicia para proteger la libertad individual, en la medida que las autoridades están vinculadas a la ciudadanía. Sin embargo, desde la perspectiva liberal, el criterio de la protección de la libertad individual no puede quedar entregado totalmente a las formas con control político del gobierno sino que debe ser acompañada de una protección jurídica de los derechos fundamentales de las personas, como una garantía de que las mayorías en el poder no puedan abusar de las minorías.

En armonía con esta visión instrumental de la democracia respecto a la autonomía individual, la esfera pública es vista como un espacio en que los actores individuales auto-interesados interactúan mutuamente en una constante negociación para lograr los acuerdos necesarios para mantener una armoniosa vida en común. La esfera pública es descrita por medio de la analogía del mercado, en que los comerciantes van a comprar y vender sus productos. En ese entendido, los individuos votan porque es una instancia que les permite influir en la construcción de las reglas que limitarán su libertad, mirando su interés particular; el derecho a voto es una ventaja. Esto lleva como conse-

8 Por ejemplo, Mouffe, Chantal, *The Democratic Paradox*, (Verso) 2005, pp. 1-16; Loughlin, Martin, *The Idea of Public Law,* (Oxford University Press) 2003; y Michelman, Frank, *Brennan and Democracy,* (Princeton University Press) 1999, pp. 3-15.

9 Por todos, Rawls, John, *Political Liberalism*, (Columbia University Press) 1996, pp. 1-45.

cuencia, en ciertos casos, que los individuos sean concebidos, en el momento en que participan en la vida pública, como electores racionales. Se llega a extrapolar así el comportamiento económico al comportamiento político y se transforma al elector en un consumidor de políticas públicas. Es cierto que ese no es siempre el caso y que muchos liberales presentan una imagen de la política mucho más cerca de la moral que de la economía, pero también lo es que ambas aproximaciones comparten un mismo individualismo metodológico.

La expresión sociedad, por oposición a corporación, refleja, en una analogía jurídica, el tipo de relación existente en este modelo. En una sociedad, sus miembros (los socios) aportan algo con la finalidad de destinarlo a producir y repartir los beneficios que se produzcan como fruto de ello. Detrás de esta forma jurídica, yace un mero compromiso instrumental de obedecer las reglas que sus miembros se han dado en común, subsistiendo frente a este compromiso una amplia esfera de acción en la cual los individuos pueden perseguir su interés particular. En una corporación, por el contrario, lo que resalta es una finalidad común a todos los asociados, que no puede ser traducida en la eventual particular ventaja que cada uno de ellos obtiene con su participación. El elemento común es el que diferencia a una y otra concepción, al liberalismo de la democracia.[10]

Por otro lado, la *democracia* comprende la existencia de la comunidad como algo constitutivo tanto de los sujetos como de la libertad e igualdad de la cual ellos gozan. Es por ello que la participación democrática es la más importante actividad que contribuye a construir un sistema en que los individuos puedan ser libres y, al mismo tiempo, determinar en conjunto la identidad de la comunidad en términos de una concepción del bien común.[11]

Los derechos individuales, desde la perspectiva democrática, están justificados como una forma de garantizar la libre e igual participación de los individuos en la democracia. Los derechos políticos tienen esa finalidad evidente. Desde esa perspectiva, incluso los derechos civiles y sociales vienen inspirados por la idea de asegurar ciertas condiciones de libertad individual y autonomía que permitan actuar en la esfera pública en términos de igualdad y libertad. Los derechos fundamentales, en definitiva, son entendidos como subordinados a la participación democrática.

10 Ver Loughlin, op. cit., p. 16 y ss.

11 Por todos, Barber, Benjamin, *Strong Democracy*, (University of California Press) 1984, pp. 117-162.

La concepción que la visión democrática tiene de la esfera pública es particularmente distinta a la idea de esta de los partidarios del mercado liberal. La analogía que mejor calza es la del foro, donde los ciudadanos se encuentran en un espacio público, dejando atrás sus negocios personales, para dedicar su tiempo a los asuntos públicos, a las cuestiones que afectan a la comunidad en su totalidad. Precedida por un proceso de diálogo en que se escuchan las razones ajenas y se exponen los puntos de vista propios, y se adquieren diferentes perspectivas , la votación es una instancia preciosa en la cual la voluntad colectiva es construida por medio de la aportación de cada uno de los ciudadanos y constituye el principal deber de los individuos para con la comunidad. Sin participación, la comunidad no es posible; sin comunidad, la libertad y la igualdad no son posibles. Basado en principios como la virtud, el bien común y la solidaridad, este discurso articula la esfera pública como una esfera autónoma a la racionalización económica.

Debo enfatizar nuevamente que, cuando hablo de liberalismo y democracia, no me refiero a sistemas políticos distintos sino a imágenes que se interrelacionan en la configuración de nuestras instituciones sociales y políticas. El cambio de un sistema obligatorio, donde el sufragio era comprendido como un deber ciudadano de participar en las decisiones fundamentales de la comunidad, a un sistema voluntario, donde el sufragio es comprendido como una ventaja que puede ser o no aprovechada porque mira en el exclusivo interés de su titular, constituye a mi juicio una clara señal de la prioridad de la lógica liberal sobre la lógica democrática. Sin embargo, creo que ese diagnóstico, en el particular caso de Chile, se queda corto. Dentro de la familia liberal pueden distinguirse visiones más o menos radicales; quiero sugerir que Chile está en un proceso de colonización por la más feroz de ellas.

### 3.2. El neoliberalismo como proyecto político

En el magnífico ensayo *Neoliberalismo y el fin de la democracia liberal,* Wendy Brown sostiene que el proyecto neoliberal tiene la capacidad de destruir a la democracia constitucional en los términos que la conocemos, esto es, de una transacción entre liberalismo y democracia. Brown describe cómo el éxito del proyecto neoliberal modifica las prácticas sociales y políticas de una manera tan radical que las instituciones de la democracia constitucional no subsisten como algo constitutivo, sino solo como un cascarón contingente e instrumental, que puede o no servir como eslogan de su proyecto hegemónico. La doc-

trina neoliberal desarrolla, en resumidas cuentas, un proceso de colonización de todas las esferas sociales.

Este proceso de colonización implica, en primer lugar, que la lógica microeconómica pretende ser implementada en la esfera pública, donde el valor del cálculo de utilidad monopoliza tanto el diseño institucional como las prácticas públicas. La racionalidad del mercado pasa a ser también la racionalidad pública: las decisiones públicas se toman siguiendo esta lógica. No hay espacio, así, para otro tipo de consideraciones culturales, sociales o políticas. Ello tiene profundas implicancias en el comportamiento del Estado. Se entiende que el Estado está al servicio del mercado, como su instrumental garante, no solo en lo que respecta a la economía propiamente tal sino que poniendo a merced de esa dimensión todo el resto de las políticas públicas, incluyendo aquellas relacionadas con cuestiones tan diversas como las tasas de natalidad o la delincuencia. El Estado adopta para sí mismo la lógica de mercado, por lo que se entiende a sí mismo como un actor más del mercado.

La colonización no termina en la esfera pública. La racionalidad del mercado también pretende ser implementada en la constitución de los individuos, que de agentes morales autónomos y ciudadanos mutuamente interesados pasan a ser sujetos instrumentalmente racionales, bajo la lógica del empresario responsable que se hace cargo de las ganancias y las pérdidas de su empresa económica. Las consecuencias de esta implantación, esta vez desde la perspectiva del sujeto, se hacen evidentes en la desintegración de la idea del interés público, despolitizando al ciudadano y eliminando cualquier iniciativa asociativa.

La conclusión de Brown es que el neoliberalismo está asociado a lo que Foucault ha llamado gubernamentalidad. Esto es, el control de los individuos no solamente mediante el ejercicio del poder público sino también mediante una constelación de mecanismos descentrados que básicamente funcionan a través del ejercicio mismo de la libertad individual. En otros términos, se trata de un orden en el cual la libertad es comprendida como un instrumento de dominación a través de la moralización de sus consecuencias, bajo la cual los sujetos se hacen responsables de ser racionalmente competentes bajo el modelo del empresario responsable y la sociedad entera es introducida dentro de la dinámica de la competencia de mercado. Así, la privatización de la seguridad social genera un mercado competitivo y configura a los individuos como los directos responsables y beneficiarios de una adecuada o económica planificación familiar. La impotencia de no poder distinguir entre aquellos

que buscan su enriquecimiento material, conforme al modelo del individuo egoísta, de aquellos que luchan con la ansiedad de cuidar de su futuro y el de su familia, es una de las técnicas de esta forma de control.[12] Según Dana Villa: nos enfrentamos a una atmósfera en la cual la privatización, el materialismo, la ansiedad económica y una creciente inequidad estructural son los factores que mejor describen nuestra experiencia como sujetos.[13]

El proyecto neoliberal hegemónico, además, presenta a la sociedad y el individuo como algo necesario y objetivo, parte de una naturaleza en la cual la intervención humana es inefectiva o indeseada. Oculta, de esta manera, que tanto las prácticas sociales como la identidad de los individuos son discursivamente construidas y, por tanto, esencialmente modificables. Oculta, asimismo, que la práctica política de dicha construcción puede ser contestada y enfrentada con otros discursos alternativos. En definitiva, el proyecto hegemónico se presenta como una realidad objetiva y al tiempo asume la imposibilidad de otro proyecto alternativo.[14]

Esta descripción parece extremadamente atingente a la experiencia del Chile de los últimos años. Dos ejemplos recientes de una forma de pensar en lo político que se ha vuelto cotidiano pueden alertarnos acerca de la influencia y al mismo tiempo el peligro que significa sucumbir ante el proyecto neoliberal. Uno tiene relación con el financiamiento de la educación; el otro, con la influencia del dinero en el sistema político.

En el debate sobre la modificación del modelo de educación superior, los argumentos han sido articulados, tanto por parte del gobierno como de la oposición, según la lógica del mercado. Tras la pregunta sobre quién debe pagar por la educación superior, subyace la pregunta sobre quién va a rentabilizar la ganancia de la inversión hecha por el Estado en el sistema educacional. Como la lógica neoliberal no permite visualizar la construcción de objetivos colectivos ni la valorización de otros activos que los propiamente monetarios, la discusión ha girado en torno a cómo diseñar un sistema que ponga todos los incentivos en el comportamiento económicamente racional de los actores del mercado y que permita la inversión del Estado en la manera más eficiente posible. Así, la propuesta favorita del Gobierno pasa por el sistema de crédi-

12 Brown, Wendy, *Edework: Critical Essays on Knowledge and Politics*, (Princeton University Press) 2005, pp. 37-59.

13 Villa, Dana, *Public Freedom*, (Princeton University Press) 2008, p. 9.

14 Sobre el concepto de hegemonía, ver Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, (Verso) 1985, pp. 93-148.

tos que incentivan la responsabilidad del cliente del sistema educacional y minimizan la inversión requerida. Casi podría decirse que la admisión de la necesidad de becas para los individuos más pobres obedece a una proyección de que su futura situación financiera puede distorsionar el mercado bancario e incita a hacer la pérdida financiera desde el comienzo.

Por otro lado, en la constante regurgitación del debate sobre la influencia de los empresarios en el sistema político, el diagnóstico es más fácil. La presentación y eterna discusión de la ley de lobby, la posibilidad de donaciones millonarias a las campañas políticas o el ridículo sistema de control de conflictos de interés que afecta a los parlamentarios y funcionarios del gobierno, son algunos botones de muestra de la normalización que ha alcanzado el flujo de la lógica del mercado en los pasillos de las instituciones de gobierno. El diputado Alinco, por ejemplo, respondió a las acusaciones sobre sobornos políticos como contraprestación en su voto del presupuesto del año 2011 con un cándido reconocimiento de que lo que había aceptado no era un soborno para él, sino un aporte no monetario para su campaña de 2013, en la cual sus electores agradecerían su capacidad como agente racional de mercado para negociar becas especiales para su distrito electoral.

### 3.3. Entre el *management* de lo político y la democracia como una responsabilidad compartida

Nuestra conclusión es que la reforma del sistema electoral contribuye a asentar no solo la lógica liberal sobre la lógica democrática en el diseño de nuestras instituciones políticas, sino que contribuye a afianzar un entendimiento de la política en los términos del neoliberalismo.

La política del neoliberalismo es la anti política. Si desde antiguo se distinguió entre la forma de gobernar una comunidad política y administrar una casa particular, y luego se expresó en las fórmulas de la política y la economía como disciplinas antagónicas, correspondientes a los ámbitos del Estado y el mercado, el neoliberalismo pretende no solo eliminar la distinción entre la esfera de los intereses privados y de los intereses comunes, sino también presentar la forma de administración de los asuntos privados como la forma en que la comunidad debe ser gobernada.

La administración económica como paradigma del gobierno del Estado tiene una particular lógica para el neoliberalismo. En primer lugar, no hay espacio para la asociación política de los individuos. Toda forma de asociación que no mire la persecución de intereses particulares es vista como una

amenaza paternalista o totalitaria. Como contrapartida, el tremendo prestigio y legitimidad de la persecución de intereses individuales, corporativos, burocráticos y estamentales funciona al mismo tiempo como una forma de bloquear cualquier expresión de interés genuinamente colectivo. Cuando en el proceso legislativo no se trata de acomodar y negociar los intereses de los empresarios con el de los consumidores y trabajadores, muchas veces se ve a las propias empresas reguladas diseñando, directamente o través de sus lobistas, la regulación de la que serán objeto. La idea misma de la sociedad civil como mediación entre los individuos y el Estado es rechazada, entregando a la "información perfecta" que arrojan las preferencias del mercado dicha tarea.

En segundo lugar, y lo que resulta no menos preocupante, la astucia y el oportunismo se presentan como las virtudes públicas más relevantes en una esfera en que la lógica del cálculo estratégico es gobernada por el monopolio de los medios masivos de comunicación y la transformación de la interacción política en una especial clase de relaciones públicas.[15]

En este contexto, el voto voluntario debe ser entendido, y es lógico así hacerlo, como la adecuación de un aspecto que no había sido todavía adaptado a la idea de la libertad como ausencia de interferencia y, en particular, de la no interferencia del interés común en la esfera individual. No importa, para el enjuiciamiento de este aspecto, qué tan importante haya sido el interés común perseguido o cuál haya sido la magnitud de la interferencia en la libertad individual. El asunto era una cuestión de principios.

Para terminar, quiero señalar que, si bien el voto obligatorio podía ser entendido como una manifestación del legado autoritario de la dictadura, se trataba de una de las pocas disposiciones que nos recordaba, en forma práctica, que vivimos en una comunidad de las cual todos somos responsables. Quiero sugerir que el voto obligatorio, en esos términos, podía ser entendido como una promesa. La obligación de votar está directamente relacionada con la idea de la responsabilidad política del ciudadano. Que alguien esté obligado a realizar una conducta, en este caso votar, dice relación con su responsabilidad tanto de realizar la acción (deber de votar) como ante las consecuencias de su realización (la elección de las autoridades por la ciudadanía). Si nuestra Constitución nos hacía responsables de votar, también puede decirse que nos prometía la creación de unas condiciones respecto de las cuales nuestra responsabilidad podía ser asumida. En estos términos, el voto obligatorio solo

15 Ver Villa, op. cit., pp. 1-26.

era coherente con unas condiciones que posibilitaran tanto individual como institucionalmente la imputación de la responsabilidad de los actos de la colectividad (a través de sus agentes gubernamentales) a quienes componen la ciudadanía. Por tanto, la existencia del voto obligatorio en la Constitución era una promesa de que dichas condiciones se verían a satisfechas en algún momento; una promesa esperanzadora de democratización. Esa promesa de democratización, en términos de la construcción de una esfera pública robusta que acogiera la deliberación colectiva; de un control robusto de la actuación de nuestras autoridades; y una institucionalidad en que los partidos políticos sirvieran de catalizadores y mediadores de las demandas de la ciudadanía; es decir, la promesa de una mayor igualdad política, me parece que fue olvidada junto con la modificación del sistema electoral.[16]

Se optó por otra forma de dotar de coherencia a la Constitución, borrando la promesa que el voto obligatorio representaba y adaptando entonces el sistema de votación al sistema neoliberal. No quiero decir con esto que, para activar un proceso de democratización de nuestra política, deba volverse a un sistema de voto obligatorio. Quiero sugerir, por el contrario, que las demandas de la democracia como lógica de lo político, en que la participación de la ciudadanía de una forma horizontal es el mayor de sus impulsos, exigen un mayor esfuerzo en un momento en que, en nuestro país, las bases para entender que somos una comunidad política que se autogobierna están cada vez más horadadas.

16 Ver Risser, David, "The moral Problem of Nonvoting", en *Journal of Social Philosophy,* 34, 3, 2003.

# LOS LÍMITES DEL FINALISMO. OTROSÍ: SUPERHÉROES Y HÉROES

Comentario al fallo del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento parlamentario que solicita se declare la inhabilidad de la señora Ena Von Baer para asumir como senadora de la República.
(Causa Rol N° 2087-11, del 29 de diciembre de 2011)

*Patricio Zapata Larraín*[1]

**Resumen**

Este artículo analiza críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento parlamentario que pedía la inhabilidad de la senadora Von Baer. A propósito de este fallo, se examina el método interpretativo "finalista", proponiéndose un conjunto de criterios que permiten conciliarlo con la seguridad jurídica, la separación de las funciones y la deferencia debida a los órganos de representación democrática.

## Introducción

Interpretación sistemática/finalista, o simplemente "finalista", es aquella que, sin perjuicio de partir del análisis de la textualidad del enunciado normativo, entiende que para arribar al más "correcto" de los posibles significados de un precepto es indispensable considerar, además, y especialmente, el conjunto de medios y fines del sistema del que este es parte.[2]

---

1 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Harvard; Doctor © en Derecho, Universidad de Chile.

2 Varias son las formas de entender el proceso interpretativo. Reconociendo esta realidad, en 2008 expresaba:
"Una primera respuesta, tesis de la exégesis ingenua, postula que la interpretación jurídica no es otra cosa que un proceso lógico, sometido a reglas preestablecidas y de fácil aplicación, por el cual se descubre el verdadero sentido y alcance de la ley. Para esta concepción, y habiendo buena fe, todo intérprete que conozca las reglas pertinentes debiera arribar al sentido genuino de la norma.
En las antípodas de la exégesis ingenua se ubican quienes plantean que la interpretación jurídica es un proceso esencialmente político y discrecional por el cual, sin perjuicio de algunas limitantes de hecho, los supuestos aplicadores de la ley en verdad actúan como creadores del Derecho. En esta perspectiva, y sin perjuicio de la justificación con que se revistan las decisiones, una determinada interpretación no puede sino ser el reflejo más o menos directo de los intereses o motivaciones del intérprete.

Desde el momento en que la lectura finalista imputa al sistema jurídico un cierto grado de coherencia global, el intérprete no puede sino preferir aquella comprensión de una norma aislada que calza más y mejor con el resto del conjunto. En algunos casos, esta perspectiva puede, incluso, llevar a que el intérprete desestime lo que aparece como el primero o más obvio de los sentidos puramente literales. Esta preferencia, lejos de evidenciar desdén por el trabajo del legislador o el constituyente, expresa más bien un ánimo de cooperación activa.

El finalismo, en la forma descrita más arriba, no promueve ni avala la disolución de la frontera que separa, y debe separar, la creación de normas, por una parte, y la aplicación de las mismas, por la otra. Cabe reconocer, sin embargo, que existe el riego que, en manos de jueces activistas o intérpretes abanderizados, el finalismo pueda constituirse, en los hechos, en un pretexto o coartada para la pura y simple creación de normas.

¿Cómo evitar el peligro anotado? Una posibilidad, por supuesto, consiste en evitar cualquier tipo de interpretación finalista. Existe, sin embargo, otra alternativa menos drástica: tratar de identificar ciertos criterios que circunscriban al finalismo dentro de márgenes compatibles con la separación de las funciones y la deferencia debida al legislador democrático. En otras palabras, proponer ciertos límites al finalismo.

Este artículo se propone, precisamente, y en lo principal, contribuir al perfilamiento de un finalismo con fronteras. Ahora bien, en vez de realizar un análisis puramente teórico del problema enunciado, este trabajo discutirá sobre la aplicabilidad del enfoque finalista en un caso jurisprudencial concreto. Nos referimos al fallo del Tribunal Constitucional chileno (TC) que, a fines de

---

Ambas posiciones extremas deben ser descartadas. Así como parece muy simplista pensar que puedan existir sentidos auténticos únicos para cada norma, listos para ser descubiertos por exégetas suficientemente honestos y prolijos; también resultan alejadas de la realidad aquellas visiones que, al hacer de la interpretación un acto de pura creación política, niegan toda y cualquier autonomía al Derecho y al jurista. En nuestra visión, la interpretación jurídica es una actividad de la razón práctica que, puesta en movimiento a partir de dudas o conflictos concretos, se apoya en los criterios elaborados por la dogmatica para construir, a partir de los materiales jurídicos disponibles pertinentes, respuestas razonables y coherentes", Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 141-144.

En palabras de Fernando Atria, Antonio Bascuñan y Rodrigo Correa: "La premisa de la interpretación es que puede atribuirse más de un sentido plausible a una disposición legal, ya sea considerada en abstracto o en consideración a su aplicación al caso concreto. Eso implica la plausibilidad de un margen de desacuerdo entre las partes, entre los integrantes de un mismo tribunal y entre distintos tribunales. Pero interpretar una ley no consiste en asignarle alguno de sus sentidos plausibles sino en justificar el sentido asignado. Eso es, determinar su correcto sentido y alcance. No se trata de descubrir un hecho preexistente, sino de dar razones que hacen de la decisión interpretativa una decisión obligada para el juez, por ser la mejor de entre las decisiones plausibles. Qué razones valen para justificar esa decisión es el problema central de la teoría de la interpretación de la ley", en "Interpretación de las leyes", *El Mercurio de Santiago*, 11 de julio de 2007, p. A2. Esto es, por lo demás, a lo que se refiere Ronald Dworkin cuando habla de *right answer*.

2011, resolvió negativamente el requerimiento de un grupo de parlamentarios que solicitó se declarara la inhabilidad de la señora Ena Von Baer para asumir como senadora de la República (**"Inhabilidad de Von Baer"**).[3]

Por las razones que se explicarán, considero básicamente acertada la decisión del TC. No obstante, reconociendo, al igual que los requirentes, que la práctica que permitió la llegada de la señora Von Baer al Senado –el reemplazar directamente Ministros por Senadores, y luego, viceversa, Senadores con Ministros– es muy inconveniente, el trabajo cierra con un ***Otrosí*** que reflexiona sobre la forma en que los ciudadanos podemos, y debemos, expresar nuestra oposición a los arreglos institucionales que consideremos defectuosos.[4]

## 1. El caso

Ena Von Baer es periodista y cientista política. Su interés en las políticas públicas la llevó a trabajar como analista en el Instituto Libertad y Desarrollo. Destacó luego como panelista en un programa televisivo de debate político, revelándose como una muy eficaz defensora de las ideas de la derecha chilena. En diciembre de 2009, y con solo 35 años de edad, fue candidata a senadora por su tierra natal, Temuco, faltándole apenas un 0.3% para ser elegida. Dos meses después, sin embargo, el nuevo Presidente de la República, Sebastián Piñera, la incluyó en su primer gabinete, designándola Ministra Secretaria General de Gobierno. Ocuparía dicho cargo entre marzo de 2010 y julio de 2011.

Apenas un par de semanas después que la señora Von Baer hubiera dejado sus funciones como Secretaria de Estado, el partido al que ella adscribe, la Unión Demócrata Independiente (UDI), en ejercicio de la prerrogativa que le reconoce la Constitución Política, la designó para que ocupara el escaño senatorial representativo de la Circunscripción de Santiago Sur-Oriente que quedó vacante, por incompatibilidad sobreviniente, cuando el político UDI elegido en 2005 por dicha zona, Pablo Longueira, aceptó asumir como Ministro de Economía.

El enroque entre la ministra y el senador mereció críticas políticas. Se cuestionó que el Presidente de la República continuara cooptando parlamentarios en ejercicio (en enero de 2011 había reclutado a los senadores Allamand

3 Tribunal Constitucional, Rol N° 2087-11, 29 de diciembre de 2011.

4 Quisiera precisar que, al menos en mi caso, el juicio crítico sobre el mecanismo empleado no implica ningún tipo de reproche respecto de la señora Von Baer.

y Matthei y en julio de 2011 fue el turno de los senadores Chadwick y Longueira). Se objetó también que, por mera decisión de la cúpula de un partido político, una persona pudiera pasar –sin solución de continuidad– desde el ejercicio de responsabilidades en el Ejecutivo al desempeño de funciones en el Poder llamado, en principio, a ser su principal contrapeso.[5] Conviene recordar, en todo caso, que esta práctica había sido inaugurada dos años antes cuando la diputada Carolina Tohá emigró al Ministerio Secretaría de Gobierno y para reemplazarla en la Cámara, su partido, el PPD, nominó a Felipe Harboe, hasta ese momento subsecretario del Interior.

La nominación de Von Baer, investida formalmente el 2 de agosto de 2011, generó también un cuestionamiento de orden jurídico constitucional. Con fecha 13 de septiembre de 2011 un grupo de 10 parlamentarios dedujo requerimiento ante el TC pidiendo que se declarara, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 14 de la Carta Fundamental, que la señora Ena Von Baer no pudo haber asumido como senadora por estar afectada por una inhabilidad constitucional. Concretamente, los requirentes sostuvieron que el hecho de haberse desempeñado como Ministra de Estado dentro del año inmedia-

5 En las ediciones de los días 18 y 19 de julio de 2011, El Mercurio de Santiago reproduce varias de esas críticas. Ricardo Lagos Weber, senador y vicepresidente del PPD, planteó que: "Encontraría pésima señal de la derecha chilena que le otorgue premios de consuelo a ministros que han tenido mal desempeño, como en el caso de Von Baer", agregando que "Más que un cambio de gabinete, esto es un enroque y una forma en que la derecha restituye a los senadores designados, lo que implica una pésima señal. Ya es raro que saquen senadores y los lleven al gabinete; peor aun que a los ministros los lleven al Parlamento, eso debilita al Senado y a las instituciones [...] aquí lo que hay son sillas musicales de las más ordinarias". La senadora del PDC Soledad Alvear, por su parte, señaló que "no me parece que se saquen parlamentarios para ir al gabinete y sean reemplazados a dedo por los partidos políticos vulnerando decisiones soberanas". Agregó que "los ministros que saquen del gabinete no deben llegar al Congreso. Por algo los sacan". El Presidente del PDC, Ignacio Walker, a su vez, señaló que "este gabinete es lo más parecido a un enroque" y que "dos de los tres ministros políticos siguen en sus puestos, cuando el consenso de la plaza era que el problema estaba en el equipo político. Y como si fuera poco, dos senadores dejan sus cargos de representación popular. Lo único que falta es que Von Baer vaya al Senado y que, habiendo perdido una votación en La Araucanía, sea promovida por secretaría como senadora". Indicó que cuando Carolina Tohá se integró al gabinete de Bachelet, "nosotros siempre consideramos que sería utilizado con buen criterio y con prudencia por el Presidente, pero en menos de siete meses cuatro senadores han sido sacados del Parlamento y reemplazados por senadores designados. Esto es un atentado contra la voluntad popular". El vicepresidente del PS, Marcelo Díaz, consideró "lamentable" la salida de senadores para asumir cambios en el gabinete "porque termina de desnaturalizar la función parlamentaria". Agregó que "si queremos cambiar a un régimen parlamentario, hagámoslo derechamente, no con resquicios".
Desde la perspectiva del análisis político, por su parte, Ascanio Cavallo planteó: "La rotación de ministros y la incorporación de dos senadores sugiere un severo déficit de personal en la Alianza. El gobierno enfrenta dificultades a la hora de seleccionar figuras capacitadas para estar en los más altos cargos de la administración. Peor aun, antes de cumplir dos años el Presidente ya ha debido echar mano a cuatro de sus senadores más potentes, debilitando sus propias fuerzas en esa cámara estratégica. Sacar parlamentarios para llevarlos al gobierno es una idea tan mala como sustituir esos cargos de congresistas por personas designadas por los partidos. Esta práctica fue iniciada por la Concertación, con fuertes reproches de la Alianza; ahora se invierte todo. Es posible que el gobierno no tuviese más alternativa, pero nadie puede ignorar que a medida que el Congreso se puebla nuevamente de senadores designados, la erosión de su prestigio no hará más que aumentar." *La Tercera*, 19 de julio de 2011.

tamente anterior a la fecha de su designación como senadora, hacía aplicable a su respecto el impedimento establecido en el artículo 57 de la Constitución Política.[6] Argumentaron que una lectura comprensiva de la Carta Fundamental demandaba que a los senadores designados para llenar una vacante se les exigieran, a lo menos, los mismos requisitos y condiciones requeridas para los senadores elegidos por voto popular.

En su contestación, la señora Von Baer argumentó que la inhabilidad del indicado artículo 57, al referirse textualmente a los requisitos para ser "candidato", era aplicable solamente para el caso de quienes accedían al Senado por la vía de elección popular, no correspondiendo, bajo esa lógica, extender la inhabilidad a la situación de las personas que son designadas para llenar una vacante, como ocurrió con la senadora Von Baer; se solicitó que el requerimiento fuera rechazado.

## 2. El fallo

La sentencia del TC se dio a conocer el 29 de diciembre de 2011. Por nueve votos a uno se rechazó el requerimiento.

Del voto de la mayoría, redactado por el Ministro Marcelo Venegas, quisiera reproducir un par de considerandos:

> CUARTO. Que configura la médula del presente conflicto constitucional la prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 57 de la Constitución, con relación al numeral 1 de su inciso primero, que es parte del denominado *"Estatuto de la Función Parlamentaria", conformado por una serie de restricciones y privilegios que facilitan y garantizan el adecuado cumplimiento de su importante rol en el sistema democrático representativo. Como limitación al acceso a las candidaturas es una restricción constitucional específica al derecho de admisión a todas las funciones y empleos públicos, que está asegurado en el N° 17 de su artículo 19, "sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes"*.
>
> Por lo expresado, para continuar el desarrollo de esta sentencia se recordará que este Tribunal Constitucional, en las numerosas sentencias con que ha decidido los conflictos que se le han planteado sobre la in-

6 "Artículo 57.- No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores: 1) Los ministros de Estado. [L]as inhabilidades establecidas en este artículo serán aplicables a quienes hubieren tenido las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección".

habilidad de parlamentarios o de ministros de Estado, entre otras las recaídas en los procesos roles 3 (1972), 19 (1983), 21 (1985), 190 (1994) y 1.357 (2009), ha precisado, en forma reiterada e invariable, las características y naturaleza jurídica de estas limitaciones constitucionales. En lo más sustancial, ha puntualizado que la actual Constitución estableció en forma sistematizada y explícita las causales de inhabilidad, incompatibilidad, incapacidad y de cesación en el cargo de los parlamentarios, en sus artículos 57 (54), 58 (55), 59 (56) y 60 (57), respectivamente; y se ha insistido en que las prohibiciones parlamentarias son limitaciones de derecho público que afectan la elección de diputados y senadores y el ejercicio de los cargos parlamentarios, cuyas infracciones aparejan sanciones como la nulidad de la elección, la cesación en el cargo de congresal y la nulidad del nombramiento, según los casos; y que, por ello, la aplicación de estas normas prohibitivas debe dirigirse solamente a los casos expresa y explícitamente contemplados en la Constitución, pues se trata de preceptos de derecho estricto, y no puede hacerse extensiva a otros, sea por similitud, analogía o extensión, conforme al principio de la interpretación restrictiva de los preceptos de excepción, unánimemente aceptado por la doctrina y aplicado reiteradamente por este tribunal;

VIGESIMO.- Que, en fin, corolario de lo razonado en los capítulos anteriores es que, por razones literales, de contexto, históricas y sistemáticas, debe forzosamente concluirse que, cuando el inciso sexto del artículo 51 de la Constitución, norma que regula la integración de las cámaras para mantener completa la composición que les señala la Constitución, exige al reemplazante de un parlamentario cesado en su cargo *"los requisitos para ser elegido diputado o senador", cuya verificación está encomendada al Presidente de la respectiva Corporación, alude única, inequívoca y exactamente, a los requisitos que establecen los artículos 48 y 50, que disponen, respectivamente, con las mismas expresiones utilizadas por el artículo 51, "para ser elegido diputado se requiere (...)" y "para ser elegido senador se requiere"; que además forman parte del mismo párrafo constitucional que la norma que establece la exigencia, el cual contiene, precisamente, las reglas sobre Composición y generación de la Cámara de Diputados y del Senado.*
*Asimismo y por iguales razones, debe concluirse que no es aplicable a las personas que son designadas por los partidos políticos para proveer las vacantes*

*de diputado o senador, que eventualmente se produzcan entre dos elecciones periódicas, la inhabilidad que establece el artículo 57 de la Carta Política, la cual afecta únicamente a quienes postulan a dichos cargos como candidatos en los aludidos procesos electorales populares, cuyo control corresponde a los órganos que señala la ley orgánica constitucional respectiva y al Tribunal Calificador de Elecciones;*

El único magistrado partidario de acoger el requerimiento, Carlos Carmona, redactó un extenso e interesante voto disidente. En este se formulan varios argumentos para no excepcionar a los parlamentarios reemplazantes de la inhabilidad del año que establece el artículo 57, inciso segundo. A continuación, algunos párrafos seleccionados:

> 14. Que una primera razón para no excepcionar de la inhabilidad del artículo 57 a los parlamentarios reemplazantes, dice relación con [...] que senadores electos y reemplazantes tienen que cumplir los mismos requisitos para asumir el cargo, se está reconociendo algo que parece evidente: si ambos tipos de parlamentarios ejercen igual tipo de facultades, son indistinguibles en su ejercicio, pues su voto vale lo mismo, tienen los mismos privilegios, las mismas obligaciones y, por ende, deben tener los mismos requisitos para ingresar a la corporación respectiva.
> Separarlos implica, por de pronto, ir contra el texto expreso del artículo 51, que los asimiló. No hay nada de analogía en la materia.
> Enseguida, implica que se crea un distingo adicional al previsto por la Constitución. Esta los separa en su fuente de legitimidad: elección en un caso, designación en otro. Pero, en todo lo demás, el tratamiento es equivalente. La Constitución separa a los reemplazantes y a los electos por el mecanismo de selección. Los reemplazantes se excepcionan de la elección popular para ser diputado o senador, pero no de los requisitos para llegar a ser tales.
> Asimismo, implica que el reemplazante tendría menos requisitos que el electo. Ello va contra la democracia representativa de nuestro sistema político (artículos 4° y 5°). No pueden ser más estrictos los requisitos para ser electo que para ser designado reemplazante. Es absurdo que la señora von Baer, que fue candidata a senadora, haya tenido que cumplir unos requisitos más estrictos para llegar al Parlamento por la vía de la elección popular, y otros más relajados para la designación por el

partido en que milita. La equiparidad de los requisitos permite que el reemplazante resista la comparación con cualquier ciudadano que, por la vía de las urnas, se postula a un cargo de diputado o senador.
A continuación, el artículo 57 se encuentra entre las normas comunes para los parlamentarios (así se denomina el párrafo en que se encuentra ubicada la norma, dentro del Capítulo V, del Congreso Nacional), aplicables, en consecuencia, tanto a los reemplazantes como a los electos.
Finalmente, implica que el reemplazante tendría una ventaja respecto del electo en el ejercicio del cargo, pues la inhabilidad tiene por propósito, como demostraremos más adelante, garantizar la probidad en la actuación parlamentaria;

15. Que una segunda razón que justifica no excepcionar de la aplicación de la inhabilidad del artículo 57 a la señora von Baer, es que no cabe argumentar que el artículo 57, porque utiliza la expresión "candidatos" (*"No pueden ser candidatos") y porque su inciso segundo habla de que la inhabilidad se cuenta desde un año antes de "la elección", no se aplicaría a los reemplazantes, debido a que no son electos por votación popular.*
*Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que cuando la Constitución define los requisitos que debe cumplir el reemplazante, habla también de elección. Dice que deben cumplir los requisitos para "ser elegido" diputado o senador. Por lo tanto, construye estos requisitos no estableciéndolos de modo especial, aparte de los parlamentarios electos, sino remitiéndose a los requisitos propios de éstos. La unión entre reemplazantes y requisitos que deben cumplir en términos de estar asociados a la elección, nace desde la regla original.*
*En segundo lugar, este argumento es extremadamente peligroso. Cuando la Constitución regula los requisitos para ser diputado y senador, utiliza la variable elección. El artículo 48 parte señalando que "para ser elegido diputado se requiere"; mientras que el artículo 50 lo hace señalando "para ser elegido senador se requiere". Si afirmamos que el artículo 57 no se aplica porque alude a elecciones, consecuentemente tampoco deberían aplicarse los artículos 48 y 50, quedando los reemplazantes sin necesidad de cumplir ningún requisito de los básicos para ingresar a la Cámara o al Senado. Así, si un diputado es designado en reemplazo de un senador que genera una vacante, no necesitaría tener los 35 años que exige el artículo 50. Ello libraría a los reemplazantes de cumplir todo requisito, salvo el de ser ciudadano, pues éste*

*lo establece el mismo artículo 51 en su inciso tercero; de todos los demás estaría exento, porque los artículos 48 y 50 hablan de "elegido".*
*Lo mismo cabría decir respecto de la pérdida de algún "requisito general de elegibilidad" como causal de cesación en el cargo de diputado o senador, y que regula el artículo 60, inciso penúltimo, de la Constitución. Tampoco se le podría aplicar dicha causal de cesación a los parlamentarios reemplazantes porque este precepto habla de "elegibilidad".*
*Tal criterio de interpretación parece contrario a la lógica y a un criterio sistemático de análisis. Por lo mismo, debe rechazarse.*
*Todo ello nos lleva a que si aplicamos dichos artículos a los reemplazantes, que se construyen desde la elección, realizando una interpretación razonable, debemos hacer lo mismo con el artículo 57. Por lo mismo, debemos entender que la inhabilidad del año debe adaptarse desde la elección a la generación de la vacancia;*

16. Que una tercera razón que justifica no excepcionar a los reemplazantes de la inhabilidad del artículo 57, es la estricta separación entre el cargo de parlamentario y el de Ministro de Estado.

17.[...] la prohibición del artículo 57 se enmarca dentro de la separación de funciones que estructura el régimen presidencial. Y la Constitución no se puede interpretar yendo contra su fórmula política.

19.[...] Ahora bien, la "libre circulación" de parlamentarios a Ministros y de éstos a parlamentarios, distorsiona la voluntad popular, pues mediante el expediente de generar la vacante por incompatibilidad y luego designar reemplazante, ingresan al Congreso parlamentarios no electos.
El abandono de un cargo parlamentario está sujeto por la Constitución a condiciones muy estrictas, buscando precisamente que no se pase a llevar la voluntad del electorado de elegir a una persona y no a otra, y por un período determinado, en el cargo de diputado o senador.
El reemplazante, de acuerdo al artículo 51, debe ejercer sus funciones por el término que faltaba a quien originó la vacante. Es decir, la idea es que haya un solo reemplazante por cargo vacante, salvo casos excepcionalísimos.
Sin embargo, por la aplicación de los artículos 51 y 59 de la Constitución, sin la inhabilidad del año, todo este diseño puede ser fácilmente vulnerado;

> 21. Que una quinta razón que justifica no excepcionar de la inhabilidad del año, es que ese plazo está destinado, sobre todo tratándose de los Ministros de Estado (respecto de las otras autoridades, la fundamentación es distinta), a que se fortalezca su independencia como parlamentario. Dicho plazo permite que el ex Ministro haga una pausa reflexiva, tome distancia de su ex jefe (el Presidente de la República) y de sus ex colegas en el gabinete (los otros Ministros de Estado) y pueda desempeñar sus funciones de legislador y de fiscalizador con autonomía y juicio propio.
>
> La Constitución, en muchas de sus normas, construye ficciones. ... El plazo del año es también una ficción. Se presume que una persona que ha sido Ministro de Estado tiene, después de ese período, la independencia para votar los proyectos del Ejecutivo en que trabajó, fiscalizar a los órganos de la administración y, en general, desempeñar su labor de parlamentario frente al gobierno del que fue parte.
>
> [...] El asunto se vuelve particularmente sensible si se considera que el principio de probidad tiene ahora rango constitucional (artículo 8°) y que respecto de los parlamentarios exige, entre otras cosas, *"observar una conducta parlamentaria intachable" (artículo 5° A, Ley N° 18.918).*
>
> *El plazo del año, por tanto, permite que el parlamentario reemplazante actúe con mayor facilidad, ajustado a las normas de probidad y de objetividad en su actuación. No es una regla baladí que se pueda obviar sin consecuencias para nuestro sistema...*

Tres de los Ministros que suscribieron el voto de mayoría se preocuparon, en todo caso, de expresar que aun cuando discrepaban de la conclusión del requerimiento, compartían, sin embargo, muchas de las aprehensiones en que este se funda.

Así, el Ministro Francisco Fernández indica:

> [...] estima necesario dejar constancia que, en su opinión, existe una contradicción entre el mecanismo de provisión de vacancias parlamentarias consagrado por el artículo 51 de la Ley Fundamental y el principio o base de la institucionalidad que proclama el artículo 4° de la propia Carta, en el sentido que "Chile es una república democrática",[...] a criterio de este previniente, el sistema de provisión de vacantes parlamen-

tarias debiera modificarse en el futuro para hacerlo congruente con esta elemental exigencia de un Estado Democrático de Derecho.

Los Ministros García y Viera Gallo, por su parte, cierran su extensa prevención manifestando:

> 34.- Que, concluyendo, el requerimiento presentado se hace eco de un conjunto de interrogantes válidas y pertinentes acerca del actual procedimiento de designación de vacantes parlamentarias. Hemos dicho que compete a los Poderes colegisladores definir un cambio posible; teniendo en cuenta lo sostenido hasta ahora. Los Ministros redactores de esta prevención exhortamos a su modificación, restableciendo, en la forma que determine el legislador, las elecciones complementarias como un método más acorde con el principio democrático para proveer las vacancias parlamentarias.

## 3. En lo principal: Los límites del finalismo

Tal como lo anticipara, considero que la decisión del fallo "Inhabilidad de Von Baer" es constitucionalmente correcta. En este acápite quiero explicar mis razones, dejando en claro que ellas no implican renegar de un finalismo bien entendido.

Me doy cuenta, por supuesto, que la primera y más fácil de las justificaciones para lo resuelto en "Inhabilidad de Von Baer" derivaría de una interpretación literalista de la norma constitucional más directamente concernida.[7] Me refiero al hecho que el artículo 57 de la Carta Fundamental dice textualmente que "no pueden ser *candidatos*[...] a senadores los Ministros de Estado [o quienes] hubieren tenido esa calidad dentro del año inmediatamente anterior a la *elección*" (los énfasis son nuestros).

Para una interpretación literalista el problema hermenéutico termina casi antes de empezar. La respuesta podría sintetizarse en el siguiente Twitt imaginario: *@enavonbaer nunca fue candidata. Nunca hubo elección para proveer vacante senatorial Santiago oriente. Ergo, no aplica la inhabilidad del art. 57.*

7 Por "literalismo" entiendo aquel enfoque interpretativo que homologa, sin más, el tenor literal de las palabras del enunciado normativo con el sentido de la norma. Para una crítica ver, Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, pp. 179-189.

Como ocurre con el 99% de las cosas importantes de la vida, en todo caso, el debate constitucional se resiste a ser encapsulado en los márgenes estupidificadores de 140 caracteres. El literalismo que, al igual que Twitter, trivializa todo lo que toca, debe ser desechado.

El voto disidente de Carmona hace un buen trabajo al mostrar que la Constitución no siempre es rigurosa cuando utiliza la palabra elección. Por otra parte, no me parece tan claro que, en general, y a todo evento, la palabra candidato deba circunscribirse a la situación del individuo debidamente registrado para participar en una votación popular (¿cómo se llama, si no es "candidatos", a los individuos propuestos por el Presidente de la República para ser Contralores, consejeros del Banco Central o Fiscales Nacionales?).

El sentido de "candidato" y "elección" en el artículo 57 solo se entiende, entonces, si se examina el contexto y la finalidad de dicho precepto. O sea, desde el finalismo.

Lo primero que cabe enfatizar es que la norma que estamos examinando, el artículo 57, es parte del régimen de prohibiciones o restricciones que afectan a las personas que deseen ser titulares, o ya son titulares, en algún órgano del Estado.

La constatación anterior tiene importantes consecuencias interpretativas. En efecto, se cumplen ya 40 años desde que nuestro Tribunal Constitucional comenzó a perfilar una doctrina jurisprudencial sobre el sentido y alcance que ha de dársele a estas inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades.

El fallo que da inicio a esta línea es "Inhabilidad de José Tohá".[8] En dicha sentencia, el viejo Tribunal Constitucional de 1970 rechazó por 4 votos a 1 el requerimiento de un grupo de parlamentarios que solicitaban se declarara la inhabilidad del Ministro del Interior señor José Tohá para ser designado Ministro de Defensa Nacional, permanecer en dicho cargo y desempeñarlo, en razón de encontrarse constitucionalmente suspendido de su funciones de Ministro del Interior por haber declarado la Cámara de Diputados que había lugar la acusación constitucional deducida en su contra. Fue a propósito de este asunto que el Tribunal aludió a un "principio de derecho universalmente compartido y consagrado por nuestra Carta Fundamental, en orden a que ninguna autoridad puede [...] crear inhabilidades ni prohibiciones que no arranquen de la ley, ni contravengan, aún el último supuesto, normas limitantes para el propio legislador emanadas de la Constitución. [E]s por lo anterior y la

8 Tribunal Constitucional, Rol N° 3, sentencia del 10 de febrero de 1972.

naturaleza democrática del sistema que nos rige, que el N° 8 del artículo 10, asegura a todos los habitantes la igual admisión a las funciones públicas "sin otras condiciones que las que las que impongan las leyes", con lo cual excluye las inhabilidades o prohibiciones que no tengan un origen de derecho expreso e indubitado" (considerando 10).

Lo interesante es que, a diferencia de otras definiciones jurisprudenciales, respecto de las cuales el Tribunal Constitucional ha oscilado según la época, composición o caso concreto, la doctrina de "Inhabilidad de José Tohá" ha sido seguida de manera fiel y constante durante las cuatro décadas siguientes. Veamos.

En 1983, en el caso "Inhabilidad de Sergio Onofre Jarpa", el TC rechazó unánimemente un requerimiento que solicitaba se declarara inhabilitado para continuar como Ministro del Interior al señor Sergio Onofre Jarpa en razón de haber formulado este unas lamentables declaraciones públicas en las que, frente a las protestas sociales contra la dictadura, llamaba a la ciudadanía a organizarse con el objeto de repeler lo que calificaba como la agresión de "grupos violentistas".[9] El TC estimó que no existía en la Carta Fundamental ninguna causal que incapacitara jurídicamente a los Secretarios de Estado por hacer llamamientos de este tipo, resaltando que "las normas jurídicas que establecen esta clase de inhabilidades son prohibitivas, excepcionales y restrictivas y, por ende, conforme a los principios más elementales de hermenéutica jurídica, al intérprete le está vedado crearlas por la vía de la analogía".

En 1994, y también en forma unánime, con la sentencia "Inhabilidad de Francisco Javier Errazuriz", el TC rechazó la solicitud que se le hizo de ordenar el cese en sus funciones del senador Francisco Javier Errázuriz por una supuesta infracción a la prohibición constitucional de realizar actividades empresariales incompatibles.[10] En el contexto de este fallo, el TC recordó que "la aplicación de estas normas prohibitivas debe dirigirse solamente a los casos expresa y explícitamente contemplados en la Constitución, toda vez que se trata de preceptos de derecho estricto, y no puede hacerse extensiva a otros, sea por similitud, analogía o extensión, conforme al principio de interpretación restrictiva de los preceptos de excepción unánimemente aceptado por la doctrina" (considerando 10).

9 Tribunal Constitucional, Rol N° 19, sentencia del 27 de octubre de 1983.

10 Tribunal Constitucional, Rol 190, sentencia del 7 de diciembre de 1994.

En 2008, en el caso "Inhabilidad del senador Navarro", el TC –y nuevamente por unanimidad– rechazó un requerimiento por el que se acusaba al senador Alejandro Navarro de haber incurrido en la falta constitucional consistente en incitar de palabra o por escrito a la alteración del orden público.[11] Leyendo el fallo, redactado por el Ministro Mario Fernández, se aprecia la firme decisión de no extender el alcance de la prohibición hasta más allá de lo que estrictamente puede desprenderse del texto constitucional.

En 2009, por su parte, el TC rechazó–otra vez por votación unánime– un requerimiento en que se solicitaba la inhabilidad de la señora Carolina Tohá para asumir como Ministro de Estado.[12] El fallo "Inhabilidad de Carolina Tohá" vuelve a afirmar la doctrina según la cual las inhabilidades se interpretaran restrictivamente.[13]

1972, 1983, 1994, 2008, 2009 y 2012. Tiempos, sin duda, distintos. José Tohá, Sergio Onofre Jarpa, Francisco Javier Errazuriz, Alejandro Navarro, Carolina Tohá y, ahora, Ena Von Baer. Difícil imaginar un grupo de políticos más heterogéneo. Cada uno de los requerimientos, por lo demás, tuvo su propia especificidad. Pese a lo anterior, sin embargo, y en todos los casos, y casi siempre por unanimidad, del TC ha sido capaz de mantener una misma doctrina: no inhabilitar a menos que se infrinja claramente una prohibición inequívoca.

11 Tribunal Constitucional, Rol 970, sentencia del 7 de octubre de 2008.

12 Tribunal Constitucional, Rol 1357, sentencia del 9 de julio de 2009.

13 Hay que indicar que en reemplazo de la señora Tohá, su partido, el PPD, procedió a designar al hasta entonces Subsecretario del Interior señor Felipe Harboe. Esto dio lugar a cierta polémica, que, en muchos sentidos, anticipaba la discusión del caso Von Baer. Sobre el particular, y escribiendo en 2009, el profesor Manuel Antonio Nuñez señaló: "es discutible que (Harboe) cumpliese con los requisitos para ser designado parlamentario por su Partido. Sobre ese particular debe recordarse que el artículo 51 exige que 'el reemplazante deberá reunir los requisitos para ser elegido diputado o senador, según el caso'. Más allá de cumplir con los requisitos positivos que indica el artículo 48 era claro que el ex subsecretario del Interior no cumplía con los requisitos negativos (inhabilidades) que establece el artículo 57 de la Constitución. Particularmente no podía demostrar que 'dentro del año inmediatamente anterior a la elección' carecía de la condición de subsecretario. Podría decirse que este caso, al no haber 'elección' propiamente tal, no era preciso exigir al pie de la letra el cumplimiento de las inhabilidades pues lo que ellas persiguen es que las personas que ostentan los cargos a que se refiere el artículo 57 no los utilicen con fines electorales. En verdad, la realidad demuestra que esta última explicación no es suficiente, pues en el caso que nos convoca la falta de elección no anula la necesidad de mantener la independencia entre Gobierno y Parlamento, en fin, entre colaboradores del Presidente y representantes populares. Lo anterior, sin perjuicio de que la remisión de los requisitos para esta forma de 'designación se hace claramente a los que proceden en caso de 'elección'", Nuñez, Manuel Antonio, "Sobre la designación como Ministros de Estado de los parlamentarios en ejercicio. El fallo "Tohá" y el estatuto constitucional de los parlamentarios y los Ministros de Estado dentro de nuestro sistema presidencial", Sentencias Destacadas, 2009, *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia*, (Libertad y Desarrollo) 2010, p. 112.

El segundo elemento de contexto está dado por la finalidad específica del artículo 57. Siendo indudable que la independencia y la probidad son propósitos constitucionales legítimos, me parece que la norma que nos ocupa tiene otro fin, también valioso, consistente en evitar que ciertos altos magistrados del país aprovechen su posición en el Estado para mejorar sus posibilidades de ganar una elección parlamentaria.

Ahora bien, y como ocurre con tantas otras reglas constitucionales, es bastante probable que la que se examina presente ciertas inconsistencias. ¿No sería lógico, piensan algunos, hacer extensiva esta prohibición a quienes desean postular como candidatos para el cargo de Presidente de la República? ¿No sería bueno que también se incluyera en el listado del artículo 57 a los Superintendentes? Por otra parte, no hay duda que las normas constitucionales específicamente diseñadas para velar por la independencia y probidad de los parlamentarios (los artículos 58, 59 y 60 de la Carta Fundamental) son, también, susceptibles de ser perfeccionadas. El punto constitucional relevante es que esas mejoras deben hacerse a través de la reforma constitucional y no de la interpretación extensiva.

Antes de pasar a otro punto, quisiera hacerme cargo de un aspecto del problema que pudiere explicar, quizás, que existan personas que, ordinariamente inclinadas a darle a las prohibiciones una interpretación estricta; pudieren pensar que, en este caso particular, no obstante, se justifica una lectura finalista que extienda un poquito el alcance de la inhabilidad. No me estoy refiriendo a la actitud de quien actuara movido por animadversión contra Ena Von Baer o contra la UDI (esas no son razones jurídicas). Pienso, más bien, en alguien que afirmara, o pensara que, si bien es cierto que se justifica la interpretación restrictiva de las prohibiciones tratándose de las personas que han ganado su escaño con la votación del pueblo, ello no ocurre, sin embargo, tratándose de alguien designado senador por la "cúpula" de un partido político.

Frente a un sesgo como el anotado, creo importante recordar que, aun cuando nos parezca malo, el sistema vigente para proveer las vacantes parlamentarias es el resultado de una decisión relativamente reciente y ampliamente mayoritaria del Parlamento; refrendada, por lo demás, por un Presidente de la República elegido en elecciones democráticas. El método actual vino a reemplazar, después de largo debate, a otra fórmula anterior que llegó a considerarse como muy mala.[14]

14 Me refiero al sistema según el cual la vacante se provee con el compañero de lista y, en subsidio, por elección por la Cámara respectiva sobre la base de una terna del partido al que pertenecía la persona que produjo la vacante.

Lo señalado anteriormente constituye razón constitucional suficiente para que el intérprete de la norma muestre algún tipo de deferencia por esta solución. Si nos parece que ha habido un error, lo que cabe, evidentemente, es promover un cambio en la dirección correcta. La experiencia de la última década prueba que el cambio en esta materia, si bien difícil, no es imposible. Lo que no es aceptable es usar el finalismo para "mejorar" la Constitución.

Me explico, por supuesto, que un método que deja en manos de la directiva de un partido político, y con completa libertad, la decisión de quien va a representar por varios años a circunscripciones que pueden tener 1.5 millones de electores, provoque dudas entre la doctrina y la ciudadanía.[15] Ahora bien, y por mucho que los partidos políticos estén aquejados por serios problemas de representatividad, me resisto, sin embargo, a sumarme al coro de los que extreman la crítica antipartidos hasta el punto de negarles toda función y legitimidad. Dejar al partido político al cual pertenecía un parlamentario que se ha incapacitado, la posibilidad de elegir a su reemplazante, excepcionalmente y por un tiempo corto no es una imbecilidad ni una aberración. Es una opción discutible y, como tal, debe ser abordada. A menos que, claro está, se considere que los partidos políticos son, intrínsecamente, bandas de sinvergüenzas a las cuales no se les puede confiar ningún tipo de responsabilidad democrática.

Quiero creer que los argumentos expuestos demuestran que la decisión de "Inhabilidad de Ena Von Baer" no descansa única, ni principalmente, en supuestos literalistas, sino que puede defenderse, y todavía mejor, desde la óptica del finalismo.

No obstante, quisiera hacerme cargo aquí de la duda de alguien que, estando convencido que la práctica de los enroques atenta contra principios básicos del régimen democrático (artículo 4° de la Constitución Política), piense que este era uno de aquellos casos en que estaba justificado "saltarse" la letra de las reglas en aras del sentido de dichos principios más generales.

15 En esta línea, Tomás Jordán ha expresado: "La STC N° 2087/2011 que rechazó el requerimiento para impedir la designación de la senadora Ena Von Baer, implica afirmar que tenemos un constituyente derivado partidocéntrico. Que mira el mundo desde y hacia los partidos políticos y no desde la deliberación mayoritaria, donde los partidos tienen un rol de representación. La regla constitucional que dispone que el partido del congresista vacante designe al reemplazante, nos muestra un sistema político autorepresentativo, generador de un efecto de distanciación entre este y la sociedad civil, debilitando el modelo democrático", "La sentencia del TC sobre la senadora Ena Von Baer y la urgencia de sanar nuestra anemia democrática", en *Diario Constitucional*, 19 de marzo de 2012. En el mismo sentido, Marcela Ahumada plantea que "el actual mecanismo de provisión de cargos parlamentarios, que permite a los partidos políticos designar a los reemplazantes, no se aviene plenamente con el principio democrático, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política y de alguna manera erosiona la libertad electoral", "La designación de parlamentarios como Ministros de Estado", en *Ars Boni et Aequi*, Año 8, 1, (Universidad Bernardo O´Higgins) p. 302.

Estoy pensando, entonces, en un interlocutor que me emplazara a explicar porqué, si en el pasado he defendido lecturas finalistas que significaban subordinar el alcance textual de una norma concreta de la Carta Fundamental con tal de dar eficacia al sistema y a los fines de la Constitución Política, no hago ahora, para este caso, otro tanto.[16] Puedo imaginarme, de hecho, a algún amigo (no voy a mencionar su nombre) insinuando que mi juicio sobre "Inhabilidad de Ena Von Baer" demuestra que mi defensa del finalismo ha sido, y es, la defensa de un finalismo de temporadas o a mi pinta ("quemando hoy lo que ayer adoraba...").También puedo visualizar, al mismo amigo, concluyendo –en tono triunfante– que inconsistencias como sería esta prueban que el finalismo no es, a fin de cuentas, una metodología seria.

La única forma de responder a esta suspicacia, me parece, es mostrando que el finalismo que se defiende no es un mecanismo abierto que permita lograr en todos los casos lo que algunos llaman "finales felices", esto es, resultados que, sospechosamente, siempre calzan con lo que al intérprete le interesa o le conviene.[17]

Comencemos despejando un primer equívoco. El finalismo que se defiende no tiene nada que ver con la idea según la cual el inicio y fin del análisis constitucional está en los valores y principios recogidos en la Carta Fundamental (paradigmáticamente, en el Capítulo I). Por el contrario, el finalismo reivindica la integridad constitucional, en cuya virtud no cabe pensar en una separación de castas entre unos insignes principios, por allá arriba, y unas humildes reglas, por acá abajo. Ni menos lucha de clases entre ellos y ellas.

No se me escapa, en efecto, que si el finalismo consistiera en resolver directamente los problemas interpretativos desde el Olimpo donde habitan frases como "las personas nacen libres e iguales", "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" o "el Estado está al servicio de la persona humana", el finalismo no sería otra cosa que un vehículo para hacer pasar por hermenéutica lo que son visiones personales.

El finalismo tiene la mayor consideración por la parte orgánica de la Constitución. Sabe que es en las reglas y a través de las reglas, más que en las gran-

16 En el pasado, por ejemplo, aplaudí cuando el TC determinó, contra texto expreso de un artículo de la Constitución, que el Plebiscito presidencial de 1988 no podía sino ser fiscalizado por el Tribunal Calificador de Elecciones ("Caso TRICEL", Rol 33). Deploré, por otra parte, cuando el mismo TC no quiso ir más allá del tenor literal a efectos de exigir que el sistema electoral incorporara el principio de proporcionalidad ("Ley de Votaciones Populares III", Rol 67).

17 Sobre este tema ver Atria, Fernando, "Lo que importa sobre los principios", en *Principios Jurídicos*, (Abeledo Perrot/Thomson Reuters) 2011, pp. 65-90.

des declaraciones de principios, que opera el "milagro" del derecho público: la limitación del poder estatal.

Digamos a continuación que el efecto natural y lógico de una interpretación finalista es tender a la armonización o conciliación entre el significado que se le reconoce a un precepto constitucional aislado y las exigencias del conjunto de la Carta Fundamental. En efecto, en la misma medida en que, de los posibles significados que tiene una norma concreta, se preferirá aquel que mejor de cuenta del sistema jurídico en su integridad, menos probable será que haya choques entre una y otro. Por lo mismo, el finalismo sirve, a veces, para disolver lo que en clave literalista serían contradicciones dentro del texto constitucional.

Hay ciertos casos, sin embargo, en que la lectura finalista pone de relieve la existencia de una tensión mayor dentro del sistema constitucional. Son aquellas situaciones en que el tenor literal de un precepto aislado no admite ninguna lectura coherente o conciliable con las exigencias del resto del texto constitucional. ¿Qué hacer en estos casos? Mientras el literalista, apretando los dientes, se sentirá obligado a aplicar de todas maneras la norma disfuncional y el originalista irá presuroso a buscar en la Actas de la Comisión Ortúzar alguna frase que le permita elegir, el finalista dirimirá la contradicción a favor de la integridad constitucional.[18]

Para llegar a poner entre paréntesis un precepto constitucional asistémico (o antisistémico) a favor del conjunto constitucional el TC necesitaría convencerse, y convencernos, que: a) no existe ninguna interpretación posible del precepto complicado que sea conciliable con el claro sentido del resto de la Carta Fundamental y b) que la aplicación de la norma asistémica será causa de grave afectación de importantes y numerosos otros preceptos de la Carta Fundamental.

Aplicando los criterios esbozados al caso Von Baer, me parece que la no extensión de la inhabilidad a la hipótesis de los parlamentarios de reemplazo no alcanza a configurar una vulneración grave y directa de otros preceptos constitucionales. Está en tensión, es verdad, con algunos principios de nuestro derecho público. Pero ello no basta para que el finalismo llegue al extremo

18 Por lo mismo, y en el extremo, el finalista no descarta que puedan haber normas constitucionales inconstitucionales. En esta conclusión tiene alguna compañía. Tanto el Tribunal Constitucional alemán ("Caso del Estado Sudoccidental", I BVerfGE 14, 1951) como la Corte Constitucional italiana (Sentencia N° 1146, del 15 de diciembre de 1988) han reconocido expresamente que esta es una hipótesis que no puede descartarse. Ver también: Bachof, Otto, ¿Normas constitucionales inconstitucionales?, (Palestra Editores) 2008.

de poner entre paréntesis un precepto constitucional claro, como lo es, me parece, el artículo 57. En ese sentido, no cabe comparar este problema, por ejemplo, con lo que tuvo que resolver el TC en el "caso Tricel", en el que la no instalación del Tribunal Calificador de Elecciones para el plebiscito de 1988, en los términos literales del artículo 11 Transitorio de la Carta Fundamental, implicaba negar directamente el derecho al voto libre e igual, el deber del Estado de establecer un sistema electoral público y la posibilidad efectiva de recurrir en el caso de agravio (artículos 4, 15, 18, 19 Números 2 y 3, todos ellos de la Constitución Política).

El finalismo, a continuación, debe ser deferente con las decisiones de los órganos de representación democrática. Por lo mismo, y precisamente para reconocerle al legislador subconstitucional un espacio de autonomía en el que se exprese la diversidad de visiones políticas de una sociedad plural, el finalismo evitará darle a las normas constitucionales alcances o sentidos demasiado contingentes o abanderizados.

El finalismo debe asumir, por último, que ha de cargar sobre sus espaldas un enorme peso argumentativo. Sus decisiones deben hacerse cargo de la mayor cantidad de elementos relevantes disponibles (texto, historia, tradición constitucional, doctrina, etc.). Solo de esa manera podrá decirse que constituye un auténtico esfuerzo por ofrecer la explicación más plausible de lo que la Constitución en su integridad realmente dice.

## 4.- *Otrosí*: Superhéroes y héroes

Cada cierto tiempo, y con más frecuencia de lo que quisiéramos, nos toca enfrentar situaciones que consideramos injustas o peligrosas. En algunos casos, la amenaza es conjurada oportunamente, ya sea por nuestras propias fuerzas o por el concurso eficaz de las personas o instituciones naturalmente llamadas a ello. A veces, sin embargo, el mal parece salirse con la suya. Cuando esto último ocurre, no es raro que–desde la impotencia– lancemos con fuerza un reclamo hacia el mundo: "¡alguien debiera hacer algo al respecto!".

Nuestras sociedades democráticas experimentan también, por supuesto, el abuso y la irregularidad. Para prevenir y reprimir estos fenómenos, el Estado de Derecho contemporáneo erige una compleja red de instituciones. Ahora bien, y por buenos que sean el diseño y operación de tal sistema, siempre existirán situaciones indeseables o inconvenientes que escapen a los controles ordinarios.

**¿Qué hacer en esos casos?**

Algunos piensan que, frente a situaciones como estas, resulta legítimo pedir que alguna persona o institución salte el vacío normativo por la vía de una acción correctiva supererogatoria.

Lanzada la sociedad a la búsqueda de ese "alguien que haga algo al respecto", es altamente probable que las miradas se dirijan hacia los Tribunales Constitucionales. Pese a ser instituciones relativamente nuevas, casi todas creaturas del siglo XX, los Tribunales Constitucionales han logrado acumular bastante prestigio. En tiempos de sospecha sobre la política, la neutralidad ideológica que muchos le asignan a estas Cortes solo viene a reforzar sus credenciales como aspirante natural a ser quien "haga algo" respecto de todo y cualquier vicio. Huelga decir que, producido el llamado de auxilio, no faltarán dentro del Tribunal Constitucional magistrados que sientan que, más allá de los marcos estrechos de los textos positivos, la sola existencia de la enfermedad demanda imperativamente la aplicación de un remedio. Y que, si no existe, hay que inventarlo.

Varios son los factores que explican que algunas personas, y no pocos juristas, atribuyan estos poderes exorbitantes al Tribunal Constitucional. Existe, por supuesto, la ingenuidad de quienes piensan que los jueces constitucionales están completamente al margen de las divisiones y de las presiones políticas. Concurre a veces, además, una desconfianza sobre la eficacia de otras instituciones garantes de la libertad (p.e., el Parlamento).

Aunque parezca una caricatura, podría decirse que la visión que venimos criticando concibe al Tribunal Constitucional como una especie de superhéroe, esto es, como un sujeto radicalmente altruista, dotado de poderes extraordinarios, al cual exoneramos del deber mundano de sujetarse estrictamente a procedimientos, formas y ámbitos competenciales; todo ello en la confianza, claro está, que estará ahí para salvarnos cada vez que fallen los mecanismos normales de protección.[19]

19 Sin ánimo de profundizar mucho más en el paralelismo entre superhéroes y tribunales constitucionales, me permito destacar, sin embargo, una cierta convergencia temporal entre unos y otros. Los superhéroes son artefactos culturales esencialmente estadounidenses. Hay quienes piensan que el primero de ellos fue el *Zorro* creado por Johnston McCulley en 1919. Su verdadera irrupción se produjo, sin embargo, a fines de la década de los 30 del siglo pasado (*Superman* en 1938, *Batman* en 1939, *The Spirit*, *Linterna Verde* y *Flash* en 1940, *Capitán America*, *Aquaman* y la *Mujer Maravilla* en 1941, etc.). Surgieron, por ende, en el contexto de un país aún golpeado por la gran depresión y que se preparaba para el inminente enfrentamiento con el Tercer Reich y el Imperio Japonés. No se necesita demasiada penetración psicosocial para entender que, además de ofrecer distracción (o evasión) frente a los problemas y los temores, los superhéroes permiten, además, soñar con un mundo en que los malos siempre reciben su merecido. Sobre este tema, ver el clásico trabajo de 1964 de Umberto Eco "El mito de Superman", en *Apocalípticos e integrados*, (Lumen y Tusquets editores), 1995, pp. 219-256.

El Tribunal Constitucional/superhéroe es la negación del Estado de Derecho y es, además, incompatible con la democracia.[20] Una sociedad regida por el imperio de la ley no puede, en efecto, permitir que exista algún órgano estatal, por venerable o importante que sea, al cual no se le aplique la regla de oro del Derecho público (solo se puede hacer aquello para lo cual existe autorización). El régimen democrático, por otra parte, es inconciliable con la existencia de un consejo de guardianes platónicos, habilitados, con cheque en blanco, para protegernos a todo evento, incluso contra nuestras propias debilidades.

Volvamos, ahora, al punto de partida de este *Otrosí*. Descartada la opción de apostar por un superhéroe y considerando que las instituciones más tradicionales parecen a veces impotentes frente al abuso o la irregularidad, ¿qué se puede hacer que no sea cruzarse de brazos? Aterrizando al caso Von Baer, y pensando que sería muy inconveniente que se repitan a futuro nuevos enroques entre Ministros y senadores, ¿qué se puede hacer para evitar que ello vuelva a ocurrir?

La respuesta, me parece, se encuentra en el terreno de la acción política. En efecto, resulta claro que la manera más directa de corregir las distorsiones provocadas por los "enroques" consiste en modificar las normas que permiten esa práctica. Muy concretamente, eso significa prestar apoyo a proyectos de reforma constitucional que apunten en esa dirección.[21]

---

Además, Reynolds, Richard, *Superheroes: A Modern Mythology (Studies in Popular Culture)*, (University Press of Mississippi) 1994. El primero de los tribunales constitucionales, por su parte, data de 1919 (el austriaco). Varios de los más representativos, en todo caso, nacieron inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Y lo hicieron, lo sabemos, como respuesta esperanzada frente al tipo de abusos y tropelías a que condujeron las guerras, los totalitarismos y algunas revoluciones violentas.

20 Lo señalado más arriba no cambia en lo absoluto mi posición favorable a la existencia de un Tribunal Constitucional. Reitero, por lo mismo, y para evitar cualquier equívoco, lo expresado en 2008: "El *judicial review* es, entonces, una opción política cuya adopción parece abonada por la experiencia histórica del último siglo. No afirmo, por tanto, que la Justicia Constitucional sea necesariamente la única manera de asegurar la libertad. Con mucha más humildad, pero no con menos convicción, sostengo que esta ha demostrado ser –aun cuando con diferentes niveles de éxito, dependiendo del país de que se trate– un mecanismo generalmente idóneo para proteger los derechos de las minorías. En el caso de Chile, además, el Tribunal Constitucional probó, en circunstancias difíciles, su aptitud para contribuir a la recuperación de los derechos de las minorías", *Justicia constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) p. 52.

21 Solo por vía de ejemplo, me permito llamar la atención sobre la Moción de los diputados Cardemil y Monckeberg (Boletin 7935-07), aprobado el 16 de noviembre de 2011 por la Sala de la Cámara de Diputados. Este proyecto establece:
"Artículo único.- Modifícase el artículo 51 en los siguientes términos:
1.- Reemplázase el inciso tercero por el siguiente:
Las vacantes de diputados y senadores se proveerán de acuerdo a las siguientes reglas:
a) Si la vacante se ha producido por condena judicial que le impide al condenado seguir desempeñándose como parlamentario; por haberse configurado una incompatibilidad de las establecidas en el artículo 58; una inhabilidad de las señaladas en el artículo 60 o cualquier otro ilícito constitucional establecido en esta Carta Fundamental, o por haber asumido el diputado o senador un cargo de aquellos a los que hace referencia la norma contenida en el inciso segundo del artículo 59, se procederá a realizar elecciones complementarias. No obstante, si restare menos de dos años para la siguiente elección par-

Que la política sea la vía más lógica, natural y directa para promover los cambios y perfeccionamientos institucionales no implica, por supuesto, que los caminos de la política sean sencillos o particularmente expeditos. De hecho, existe evidencia que sugiere que se trata de un camino lento, trabajoso y plagado de tensiones.[22] Esa puede ser, por lo demás, una de las causas que explican la inclinación de muchos grupos de interés por preferir la vía judicial antes de la ruta legislativa.

Sin perjuicio de constatar que el sistema político chileno está aquejado por defectos institucionales propios que lastran su eficacia y su legitimidad (p.e., el sistema electoral binominal), la verdad es que el carácter agotador y muchas veces frustrante de la política es una condición universal de esta actividad. Probablemente nadie ha expresado mejor esta idea que Max Weber en la notable conferencia sobre la vocación política que dirigió a un grupo de universitarios alemanes a principios de 1919. Dijo entonces Weber: "la política consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y mesura. Es completamente cierto, y así lo prueba la Historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez. Pero para ser capaz de hacer esto no sólo hay que ser un caudillo, sino también un héroe en el sentido más sencillo de la palabra".[23]

Dejemos, entonces, a los superhéroes en el terreno del comic y del cine. Confiemos, mientras tanto, en que cunda en la comunidad el heroísmo "en

---

lamentaria en el distrito o circunscripción en donde se ha producido la vacante, el parlamentario no será reemplazado.
b) Si la vacante se ha debido a muerte del parlamentario o a su renuncia por enfermedad grave debidamente calificada, el partido político al que pertenecía el diputado o senador al momento de ser electo, deberá presentar una terna ante la Rama del Congreso que corresponda, para que ésta se pronuncie dentro de treinta días, eligiendo al reemplazante en votación secreta y por mayoría simple. Una vez elegido el reemplazante, se comunicará al Tribunal Calificador de Elecciones, para que éste proclame al nuevo diputado o senador."
2.- Derógase el inciso cuarto.
3.- Reemplázase el inciso quinto por el siguiente:
"Los parlamentarios elegidos como independientes y aquellos que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán siempre reemplazados conforme a las reglas del inciso tercero letra a) de este artículo, cualquiera sea la causal que haya dado origen a la vacancia.".
4.- Sustitúyese el inciso final por el siguiente:
"Ningún diputado o senador podrá participar como candidato en una elección complementaria".

22 Piénsese, solo por vía ejemplar, en el larguísimo tiempo que tardaron en aprobarse las leyes que modifican el régimen jurídico de la prensa o que establecen medidas contra la discriminación. Considérese, por otra parte, el hecho que aun en el caso de reformas que cuentan con un apoyo abrumador de la opinión pública, el proceso político puede ser, sin embargo, extraordinariamente lento y accidentado (pienso, por ejemplo, en la necesaria reforma integral al sistema de salud privado o en el cambio del sistema electoral).

23 Weber, Max, *El político y el científico*, (Ediciones Libertador) 2005, pp. 83-84.

el sentido más sencillo de la palabra". Asumamos, en consecuencia, que, aun respecto de las irregularidades más repulsivas, los órganos del Estado solo pueden reprimir válidamente cuando, existiendo previa investidura regular de sus integrantes, actúan dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley. Y, en cuanto a aquellos otros problemas que nos incomodan, nos molestan o nos indignan, pero sobre los cuales la Constitución no fija posición ni contempla remedio, lancémonos heroicamente a la política, armándonos –agrega Weber– "desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de todas las esperanzas". Démonos el tiempo para tratar de persuadir a nuestros conciudadanos (aunque sea siempre más fatigoso que convencer a 6 de los 10 ministros del TC). Movilicemos a las organizaciones, marchemos por las calles, publiquemos en los medios y utilicemos las redes sociales. Ese, y no otro, es el heroísmo que necesita la democracia.[24] El heroísmo cívico que constituye, a fin de cuentas, la base última sobre la cual reposan todas nuestras libertades.[25]

24 A esto se refiere Montesquieu cuando afirma que el principio de la democracia es la virtud cívica. En el *Espíritu de las Leyes*, Libro III, Capítulo III, (Tecnos) 1987.

25 La idea según la cual la vigencia de las libertades depende, tanto o más que de la sapiencia de un buen sistema institucional de *checks and balances*, de la existencia de un ethos cultural pluralista, participativo y deliberativo, constituye una de las bases de lo que se conoce como republicanismo. Para una notable aplicación de tal enfoque a la realidad constitucional chilena ver Ruiz Tagle, Pablo y Cristi, Renato, *La República en Chile*, (Lom ediciones) 2006.

# SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

# CORTE SUPREMA Y MEDIO AMBIENTE ¿POR QUÉ LA CORTE ESTÁ REVOLUCIONANDO LA REGULACIÓN AMBIENTAL?

*Luis Cordero Vega*[1]

**Resumen**

El presente trabajo tiene por finalidad explicar las razones del actual estándar de decisión de la Corte Suprema en casos ambientales. La idea central desarrollada en él es que la Corte ha decidido adoptar un mecanismo de control de las decisiones de las autoridades ambientales a través de los estándares de revisión del procedimiento administrativo y que, por esa vía, se ha producido un aparente activismo. Se afirma, además, que buena parte de los problemas que explican la actual judicialización de proyectos se encuentran asociados a déficit regulatorios, que son internalizados a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

## 1. Introducción

Como se sabe, durante los últimos dos años la Corte Suprema ha adoptado varias decisiones sorprendentes por la innovación que han implicado en materia ambiental. La razón de esa sorpresa es que, con anterioridad ,la Corte había mantenido una actitud deferente hacia la autoridad administrativa al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), calificando regularmente sus competencias como propias de la discrecionalidad técnica de la Administración, entendiendo que todo lo que no fuera deferencia produciría una suerte de sustitución de competencias.[2]

1 Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2 Ver, en este sentido, Corte Suprema, sentencia caso "Celco", Rol N° 1.853-2005, del 30 de mayo de 2005. Sostuvo en esa oportunidad que: "consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida [...] haya sido dirigida en contra de la COREMA X

Esa práctica jurisprudencial se ejerció a través del recurso de protección, instrumento que, como se sabe, se ha transformado en el mecanismo contencioso administrativo por defecto en el sistema administrativo chileno.

Sin embargo, las cosas han cambiado consistentemente desde 2009. En agosto de ese año, la Corte Suprema acogió el recurso de protección en el famoso caso Campiche,[3] tesis que reprodujo con igual intensidad en el conocido caso Castilla.[4]

La tesis de ambos casos es que los jueces pueden controlar decisiones técnicas ambientales de la Administración cuando estas no se ajustan a las reglas de procedimiento o de validez de los actos administrativos de los cuales ellas emanan. En síntesis, como he tratado de demostrar en otro momento,[5] la Corte ha utilizado estándares de procedimiento administrativo para poder controlar ese tipo de decisiones. Lo relevante no son los supuestos ambientales, sino las reglas que han servido de base para adoptar esa decisión.

## 2. Entre la comprensión y la perplejidad

Tras esas sentencias, la Corte Suprema consistentemente ha razonado con los criterios señalados, reestructurando en parte el razonamiento judicial sobre estos temas y, de paso, obligando a los interesados a explicarse por qué esto está sucediendo.

Veamos, en síntesis, los casos que han llamado a la perplejidad.

En 2010 la Corte resolvió varios casos de interés. En el caso de *Pesquera San José*, la Corte se pronunció sobre la improcedencia de impugnar el trámite de admisibilidad de un proyecto que ingresa al SEIA como medio idóneo de producción de agravio a los recurrentes; sosteniendo entonces que lo relevante era

---

Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, *siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración* sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo". Énfasis agregado.

3 Corte Suprema, Rol N° 1.219-2009, 22 de junio de 2009. Para un comentario de esta sentencia y sus efectos ver Guiloff, Matías, "Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable", en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP) 2010, p. 204.

4 Corte Suprema, Rol N° 7.167-2010, 15 de noviembre de 2010.

5 Ver en este sentido nuestro trabajo "Por qué la Corte Suprema se enverdeció", en *Mercurio Legal*, disponible en línea http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/11/11/Por-que-la-Corte-Suprema-se-enverdecio.aspx

la decisión de término.[6] En el conocido caso *Piscicultura Palguín,*[7] uno de los primeros en donde se discutió la aplicación del Convenio N° 169 al interior del SEIA, legitimó la compatibilidad de la aplicación del precitado convenio con las reglas de participación ciudadana de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). En el caso *Shell,*[8] la Corte Suprema sorprendió al afirmar que la definición de contaminación no se agota en la "infracción a la legislación vigente", sino que además debe considerar otros factores de riesgo a la salud de las personas, la calidad de vida de la población y el patrimonio ambiental; en ese caso, la Corte además afirmó que la autoridad administrativa, una vez concluido el sumario respectivo al infractor, puede en ese contexto exigirle medidas necesarias para la reparación del daño ambiental causado. En el caso *Forestal Candelaria,*[9] la Corte sostuvo que el fisco podía, a consecuencia de la acción por daño ambiental, exigir indemnización de perjuicios en su favor en tanto sujeto que representa al afectado por el daño ambiental, pues esas acciones afectan al patrimonio ambiental de la Nación. En el caso *Nahuelpán,*[10] la Corte nuevamente se pronunció sobre la aplicación del Convenio N° 169 al interior del SEIA; en este caso, la Corte sostuvo que el procedimiento establecido para los EIA resultaba plenamente compatible con el Convenio. En el caso *Minera Zaldívar,*[11] la Corte sostuvo que, aunque sean parte de la calificación ambiental materias sobre salud y condiciones ambientales en lugares de trabajo, tal calificación no suprime las facultades propias de la autoridad sanitaria al respecto. En el caso *Castilla (I),*[12] la Corte confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que acogió el recurso en contra de la tramitación ambiental del proyecto termoeléctrico, estableciendo interesantes criterios de Derecho Administrativo procedimental aplicables a medio ambiente, en donde legitimó la impugnación de actos administrativos trámite en el SEIA.[13]

6 Corte Suprema, Rol N° 926 - 2010, 19 de abril de 2010.

7 Corte Suprema, Rol N° 1525 - 2010, 17 de mayo de 2010.

8 Corte Suprema, Rol N° 6.383-2008, 27 de julio de 2010.

9 Corte Suprema, Rol N° 5.027 – 2008, 31 de agosto de 2010.

10 Corte Suprema, Rol N° 4.078-2010, 14 de octubre de 2010.

11 Corte Suprema, Rol N° 3.907-2010, 29 de octubre de 2010.

12 Corte Suprema, Rol N° 7.167-2010, 15 de noviembre 2010.

13 Ver en este sentido mi trabajo denominado "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla. Un caso de Derecho Administrativo Procedimental", en *Revista Justicia Ambiental,* 3, 2011.

En 2011 la Corte mantuvo su aparente activismo. En el caso de la *Estación de Transferencias Lanco - Panguipulli,*[14] la Corte confirmó el criterio que se podía deducir de las sentencias Puelma Ñanco y Nahuelpan, al utilizar el concepto de afectación para delimitar la procedencia de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental; la Corte consideró que, si tal afectación se producía, entonces lo legalmente admisible era la presentación de un EIA, al permitir la existencia de participación ciudadana de acuerdo al Convenio N° 169. En el caso *Expo-Pork,*[15] la Corte cuestionó la forma en que la autoridad ambiental interpretó la norma legal sobre el impacto en el "valor paisajístico" de una zona, dada la opinión emitida por parte del organismo técnico sectorial (Sernatur); la Corte ocuparía ese criterio con posterioridad (2012) en los casos El Morro (II) y Río Cuervo. En el caso *Pitama,*[16] la Corte sostuvo que no era suficiente el cumplimiento de las obligaciones establecidas en una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) para exculparse del daño ambiental que las actividades puedan generar, trasladando el deber de diligencia permanente al responsable del proyecto respectivo; el caso es relevante, además, porque señala que, si el daño ambiental no es significativo, ello no excluye la indemnización subsidiaria de conformidad a las normas generales del Código Civil.En el caso del *Plan Regulador de San Pedro de Atacama,*[17] la Corte cuestionó la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) pese a que la totalidad de los planes reguladores y sus modificaciones se realizaban por esa vía; revocando la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, afirmó que, si se dictaba un acto administrativo que podía afectar a una comunidad indígena y no se realizaba la participación exigida por el Convenio, existía una ilegalidad que invalidaba el acto administrativo respectivo de la autorización ambiental.En el caso *Achibueno,*[18] la Corte decidió la regla de legitimación activa en materia ambiental de parte de una persona jurídica de derecho público como una municipalidad, admitiendo que, excepcionalmente, ello era posible en la medida que se identificara al menos una persona que pudiera ser afectada. En el caso *Codelco Ventanas* (Colegio la Greda),[19] la Corte señaló que la situación de la zona superaba con creces el incidente concreto que

14 Corte Suprema, Rol N° 6062-2010, 4 de enero de 2011.

15 Corte Suprema, Rol N° 5.191 - 2010, 18 de enero de 2011.

16 Corte Suprema, Rol N° 396 - 2009, 20 de abril de 2011.

17 Corte Suprema, Rol 258 - 2011, 13 de julio de 2011

18 Corte Suprema,Rol N° 4.777 - 2011, 06 de octubre de 2011.

19 Corte Suprema, Rol N° 5370 - 2011, 21 de octubre de 2011.

había afectado al establecimiento y que las medidas a adoptar debían analizarse en ese contexto. En el caso de la *Línea de Transmisión de Forestal Arauco,*[20] en que se impugnaron las adendas de la evaluación ambiental, la Corte sostuvo que constituían actos trámite o intermedios no susceptibles de impugnación, de manera que lo relevante desde esta perspectiva era el acto administrativo terminal que decidía la aprobación o rechazo del proyecto, haciendo un matiz con la sentencia Castilla (I). En el caso *Cosayach,*[21] la Corte, al revocar las sentencias previas, sostuvo que para apreciar el calificativo "significativo" en el daño ambiental, este no dependía de las dimensiones de la pérdida, disminución o detrimento de lo afectado, sino de la "calibración" de los deterioros ocasionados, atendido el lugar y componente ambiental de que se trate. En el caso del *Morro (I),*[22] la Corte si bien rechazó el recurso de protección, se volvió a pronunciar sobre la legitimación de personas jurídicas para recurrir invocando el artículo 19 N° 8 de la Constitución. En el caso *Santa Marta,*[23] la Corte sostuvo un criterio semejante que en el caso Shell, al afirmar que los organismos sectoriales mantenían sus competencias de fiscalización ambiental a pesar de que lo fiscalizado se encontrara en una RCA.

En lo que va de 2012, la Corte ha seguido sorprendiendo en sus fallos en los casos *Parque Eólico de Chiloé,*[24] *Sondajes de Prospección Patagua*[25] y *El Morro* (II),[26] todos acogidos por omisión en la aplicación del Convenio N° 169 y su impacto dentro del SEIA. Además, la Corte se pronunció en fallo dividido en dos casos hidroeléctricos emblemáticos en la región de Aysén: *Hidroaysen* (rechazado) y *Río Cuervo* (acogido).[27]

¿Qué explica que la Corte esté actuando así? ¿Es esta Corte Suprema más verde que las anteriores? En mi opinión, lo único que ha hecho la Corte es mirar los casos asociados a la regulación ambiental, y en especial al SEIA, mayoritarios en su jurisprudencia, con los anteojos de la teoría del Derecho y el procedimiento administrativo.

20 Corte Suprema, Rol N° 7.342 - 2011, 26 de octubre de 2011.

21 Corte Suprema, Rol N° 5826 - 2009, 28 de octubre de 2011.

22 Corte Suprema, Rol N° 8.644 - 2011, 13 de diciembre de 2011.

23 Corte Suprema, Rol N° 6235 - 2009, 20 de diciembre de 2011.

24 Corte Suprema, Rol N° 10.090 - 2011, 22 de marzo de 2012.

25 Corte Suprema, Rol N° 11.040 - 2011, 30 de marzo de 2012.

26 Corte Suprema, Rol N° 2211 - 2011, 27 de abril de 2012.

27 Corte Suprema, Rol N° 2463 - 2012, 11 de mayo de 2012.

Al igual que como hace un tiempo la propia Contraloría General de la República (CGR) había razonado, hoy la Corte Suprema reconociendo la condición de experto en los organismos administrativos ambientales, ha advertido a los litigantes que el experto en el Derecho, especialmente en el Derecho público, es ella. De modo que ha actuado como un verdadero contencioso de nulidad de un procedimiento administrativo complejo como es el SEIA.

Esta situación se explica en parte por las características de la regulación ambiental en su contenido y forma, el diseño procedimental en el sistema legal chileno y la manera en que los jueces entendieron esas relaciones.

Algo de esto es lo que trataré de explicar a continuación.

## 3. El contexto para entender la discusión regulatoria y judicial en materia ambiental

Como se sabe, en las últimas décadas, la protección del medio ambiente ha sido una preocupación central de los Gobiernos, lo que ha ido asociado a una cierta convergencia y acuerdo común sobre la necesidad de su protección en el contexto del debate público. Sin embargo, pese a este acuerdo -que es relativamente no controvertido- existen razones distintas para muchos que justifican tal protección.

Probablemente lo que mejor exprese esta controversia se vincula con las que pueden denominarse las cuatro preguntas básicas tras la discusión sobre regulación ambiental: (a) ¿quién debería establecer las políticas ambientales?; (b) ¿cómo deberíamos adoptar las decisiones, considerando los dilemas entre protección ambiental y el costo de las medidas?; (c) ¿qué instrumentos deberíamos usar? y (d) ¿cómo deberíamos vincularnos con la incertidumbre científica?[28]

El propósito de la regulación ambiental es tratar de ayudar a comprender y revelar normativamente los valores detrás de la protección ambiental y los contravalores de los actos que la contraen.[29] Por tal motivo, entender las racionalidades tras la discusión de la regulación ambiental es determinante, sobre todo porque una buena cantidad de ellas se trasladan al debate judicial.

Es evidente que el camino seguido para la consolidación de la regulación ambiental explica en parte los potenciales conflictos que subyacen a la discusión en esta materia.

28 Farber, Daniel A., Freeman Jody y Carlson, Ann E., *Cases and Material on Environmental Law*, 8° ed. (West - Thomson Reuters) 2011, pp. 3 y 4.

29 Ver Bell, Stuart y McGillivray, Donald, *Environmental Law*, (Oxford University Press) 2008, pp. 42-53.

En efecto, las razones de los grupos ambientales para justificar la protección ambiental son distintas a aquellas que pueden sostener las agrupaciones de empresarios. Estas visiones no solo incluyen preferencias de interés público –que siempre son invocadas por cada uno– sino también la forma de comprender el desarrollo.[30]

Esto explica los distintos paradigmas que habitualmente se esgrimen tras la regulación ambiental, en tanto presupuestos de justificación posible, que subyacen no solo a la regulación sino que sobre todo al debate público que justifica la promoción de una agenda regulatoria u otra.[31]

Pero con indiferencia de cada uno de ellos, si las decisiones de regulación ambiental las dejamos encerradas en las paredes de los expertos sobre la base de los paradigmas señalados, entonces se podría lesionar seriamente la confianza pública, por lo cual la adopción de decisiones técnicas sujetas a transparencia, rendición de cuentas y participación pública pareciera ser una adecuada receta para no lesionar esa confianza. En efecto, como se advierte,[32] la regla general es que las decisiones ambientales van más allá que un ejercicio aislado de la técnica, pues incluyen cuestiones política y de preferencias valóricas que no son triviales y que definen los proyectos de vida de comunidades completas (tipo de mundo en que queremos vivir, las implicancias éticas de nuevas tecnologías o el desarrollo del Estado en la promoción de la vida colectiva), que se complejizan en condiciones de incertidumbre capturadas por la técnica.[33] En efecto, mientras los economistas están seguros de su capacidad de medir cuestiones éticas o de distribución en términos monetarios (esto es, de costo-beneficio), el debate político y su proceso deliberativo pareciera ser más conveniente para capturar los matices de las decisiones ambientales.

Se afirma que durante los últimos cuarenta años hemos cambiado los ejes

30 Uno de los grandes problemas que evidencian las explicaciones sobre la regulación en base al interés público es que generan problemas de acción colectiva, guiando la regulación a favor de aquellos que concentran más sus intereses particulares. El remedio habitual para reducir ese riesgo es, curiosamente, ampliar la participación de la comunidad de manera que se produzcan verdaderos sistemas de control entre grupos de interés. Para una explicación en detalle ver Baldwin, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin, *Understanding Regulation* (Oxford University Press) 2012, p. 43.

31 Ver un resumen de los paradigmas es en Holder, Jane y Lee, Marie, *Environmental Protection, Law and Policy* (Cambridge University Press) 2007. Habitualmente se cita el paradigma científico, el de evaluación o gestión de riesgos, el de incertidumbre científica y principio de precaución, y el de valoración económica.

32 Sunstein, Cass, *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medio ambiente* (Katz Editores) 2006, pp. 59-62 (traducción de José María Lebrón).

33 De ello da cuenta la manera de abordar un proyecto en el SEIA, el SEA, una comunidad determinada o el Tribunal pueden sostener o argumentar cuando un proyecto o actividad genera "[...] alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos". (art. 11, letra c) LBMA).

de la regulación ambiental desde un sistema de centralidad normativa en el Estado a otro basado en un concepto de gobernabilidad ambiental. Pero, ¿qué explica este cambio? ¿Son los instrumentos actuales más eficientes y eficaces que sus predecesores? ¿O la naturaleza misma de los problemas ambientales implica desafíos que en sí mismos llevan a cambios, lo que implica inevitables ajustes regulatorios?[34]

Como se sabe, la denominada moderna regulación ambiental es consecuencia de la discusión mundial durante la década de los 60 promovida por activistas ambientales que advertían sobre los efectos de los pesticidas en el ambiente y las personas,[35] así como las consecuencias del denominado neomaltusianismo[36] y la preocupación del denominado Club de Roma,[37] acompañada de una serie de desastres ambientales que evidenciaron el riesgo de determinadas actividades.

Esto dio origen a una primera iniciativa de regulaciones ambientales en el mundo, acompañada de agencias administrativas responsables de la gestión ambiental. A partir de entonces, en muchos países se crearon agencias administrativas o ministerios responsables en materia ambiental, en buena parte estructurados sobre las competencias tradicionales que sostenían los ministerios de Salud y los de Agricultura, pues los primeros concentraban competencias en materia de salud humana y los segundos en recursos naturales asociados a la actividad agrícola.

Durante ese proceso de diseño y estructuración, los modelos regulatorios fueron cambiando en el tiempo, sin sustituirse unos a otros sino que agregando objetivos y propósitos para abordar adecuadamente los conflictos ambientales.

En el caso chileno, esa evolución no fue distinta. Se construyó sobre las estructuras que le sirvieron de base: la sanitaria y agrícola,[38] lo que permitió

34 Gunningham, Neil, "Environmental Law, Regulation and Governance: Shifting Arquitectures", en *Journal of Environmental Law*, 21, 2009, p. 179.

35 Carson, Rachel, *Silent Spring* (Houghton Mifflin) 1962.

36 Ehrlich, Paul, *The Population Bomb*, (Ballantine Books) 1968.

37 Se debe recordar que, en 1972, Naciones Unidas realizó la conferencia de Estocolmo sobre el ambiente humano, constituyéndose en la primera reunión mundial sobre temas ambientales. La influencia neomalthusiana veía la dimensión ambiental como una cuestión crítica, dando origen al texto del Club de Roma, denominado "Los Límites del Crecimiento".

38 Así, por ejemplo, en 1973 se estableció el primer programa de acción para el medio ambiente de la Comisión Europea; en Francia, en 1971, se creó el Ministerio de Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente y, en 1976, se dictaron las leyes sobre Protección de la Naturaleza e Instalaciones Clasificadas; en Alemania, en 1974, se estableció la Agencia Federal del Medio Ambiente; en el Reino Unido, la Ley sobre Control de Contaminación data de 1974. En Argentina, se creó, a nivel nacional, la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano en 1972, y 14 de sus 24 provincias incorporaron

diseñar un modelo normativo de coordinación, desde 1994, sobre la base de los denominados "instrumentos de gestión ambiental,[39] dependientes esencialmente de una Administración de coordinación. La dictación de la Ley N° 20.417 de reforma a la institucionalidad ambiental consolidó ese modelo de gestión de instrumentos, pero a cargo de entidades públicas diferenciadas: el Ministerio de Medio Ambiente a cargo de las políticas y la regulación ambiental; el Servicio de Evaluación Ambiental a cargo de la gestión permisológica y la Superintendencia del Medio Ambiente a cargo del sistema de fiscalización integrado de instrumentos de gestión ambiental.[40]

Así las cosas, la regulación ambiental en nuestro país se ha caracterizado por: (a) su regulación legal fragmentada, dado que los instrumentos legales habitualmente utilizados respondieron a propósitos normativos distintos a los ambientales, como sucede en materia sanitaria y de protección agrícola; (b) su baja densidad legal, porque el legislador establece reglas de criterios o de fines para que la Administración adopte sus decisiones; (c) su intensa regulación administrativa: la Administración es la que debe definir desde los estándares de calidad ambiental (criterio de política) hasta la autorización concreta de un proyecto o actividad (criterios de gestión); (d)una amplitud del ejercicio de potestades discrecionales expresamente entregadas por el Congreso a las autoridades ambientales, generando el ejercicio natural de márgenes de apreciación frente a los cuales se exigirá control; (e) una participación progresiva de instituciones de control para enfrentar dicha discrecionalidad, no solo por parte de los jueces, lo que ha ampliado el rol de la Contraloría General de la República como institución "adjudicadora" de casos ambientales; (f) una regulación denominada de infraestructura, es decir, en donde el legislador ha adoptado normas de creación institucional y reglas de procedimiento para adoptar reglas am-

la protección ambiental en sus Constituciones Políticas, dictando, además, leyes generales de medio ambiente destinadas a regir en sus respectivos territorios; en Colombia se dictó la Ley N° 23 de 1973 por medio de la cual el Congreso Colombiano delegó facultades extraordinarias al Presidente para expedir el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, el que fue finalmente publicado bajo el Decreto N° 2.811 de 1974 y derivó en la dictación de una diversa normativa complementaria de conservación ambiental y en la configuración, en 1976, del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente como la entidad central de la nueva institucionalidad ambiental de dicho país; en Venezuela, se dictó la Ley Orgánica del Ambiente el 16 de junio de 1976, con la consecuente creación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables en diciembre del mismo año.

39 Ley N° 19.300 y sus instrumentos: el SEIA, normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención y planes de descontaminación.

40 Ver artículo 2°, Ley N° 20.417.

bientales en vía administrativa, pero sin definir regulaciones sustantivas en materia de uso de recursos naturales, por ejemplo; y (g) la existencia de reglas progresivas de participación de los interesados en la regulación y conflictos ambientales, que ha implicado una cierta demanda de horizontalización de las decisiones públicas.

Este contexto sustantivo y de diseño explica el aparente activismo de la Corte Suprema estos últimos años. A continuación, trataré de explicar desde mi perspectiva cuál ha sido el camino para explicar este proceso.

## 4. Explicaciones para el aparente activismo y judicialización de la gestión ambiental: La progresiva procedimentalización de la Administración en materia ambiental

Se ha sostenido que el comportamiento de la Corte es consecuencia de cierto activismo ambiental, que afecta la estabilidad de las reglas del juego y vuelve impredecibles las decisiones de los privados.

Esa crítica desconoce la manera en que está construida la regulación ambiental y además ignora, como ya señalé, que la Corte no ha hecho otra cosa que aplicar reglas de Derecho administrativo procedimental para resolver conflictos ambientales. Esto no ha sido una novedad en la jurisprudencia reciente de la Corte, que progresivamente ha ido procedimentalizando los conflictos entre los particulares y el Estado, sobre todo en materia ambiental.

A continuación explicaré como se expresa ese fenómeno a partir de ciertos aspectos del sistema de Derecho Público que pareciera necesario no olvidar.

**a) La regla general es la amplitud del acceso a la jurisdicción**

A partir de las situaciones antes descritas, algunos han pretendido ver que se ha estado judicializando el SEIA y, en consecuencia, afectando seriamente a las inversiones por eventuales errores cometidos por la administración y la ambigüedad y/o vacíos del marco legal vigente, lo que genera una gran conflictividad para los proyectos privados.

En mi opinión, razonar de ese modo implica persistir en los errores de diagnóstico y de implementación de adecuadas políticas públicas en materia ambiental.

En efecto, en el sistema chileno, la impugnación de los actos administrativos está reconocida como una garantía para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, que adquiere el carácter de protección

constitucional, como recientemente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.[41]

Esa garantía tiene tres manifestaciones evidentes. En primer lugar, el principio de que todo acto administrativo puede ser impugnado siempre en vía administrativa mediante los recursos administrativos reconocidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE)[42] y en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA,[43] que ya estaban internalizados en la práctica legal chilena desde la década de los 60, incluida la denominada revisión de oficio, llamada habitualmente invalidación.[44]

41 El Tribunal Constitucional, en sentencia rol 2009, de 2011, sostuvo que:
31. Que, el artículo 19, inciso segundo, frase final, del proyecto de ley en estudio establece que, en contra de las resoluciones que clasifiquen a los establecimientos educacionales, de acuerdo al artículo 17 del proyecto, los recursos administrativos de la Ley N° 19.880 procederán "solo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional".
Lo anterior, restringe una de las "Bases generales de la Administración del Estado" a que alude el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, así como la Ley N° 18.575, dictada en su virtud, habida cuenta de que coarta el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, incluido por esta ley en su artículo 2°, al señalar, en términos amplios, que "todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes" (se destaca lo pertinente).
*Por lo que tal reducción es inconstitucional, ya que no aparece justificado que la resolución específica de que se trata sólo pueda ser objetada, por vía administrativa, únicamente en esos dos supuestos, excluyendo los otros a que naturalmente se puede extender la invalidez de un acto administrativo*. Como tampoco aparece razonable menoscabar el régimen recursivo general con el designio de inmunizar las decisiones de un servicio público en particular, cuyo es el caso de la Agencia de Calidad.
Por dichas razones se declarará inconstitucional la referida parte del inciso segundo del artículo 19 del proyecto;
32. Que el artículo 86 del proyecto de ley, que señala que "contra la sanción de amonestación no procederá recurso alguno", será declarado inconstitucional por este Tribunal.
*Ello contraría el principio constitucional de impugnabilidad, en cuya virtud todo acto administrativo, sin excepción, puede ser revisado a instancias del afectado, sea que acuda ante el propio emisor o bien ante un tribunal, previamente o con posterioridad a que éste produzca efectos, de conformidad con lo prescrito en los artículos 7° y 38 de la Constitución Política de la República, y 2°, 3°, inciso segundo, y 10 de la Ley N° 18.575.*
*En efecto, no existe fundamento alguno que justifique cometer una derogación singular, esto es abolir para este caso particular el principio general de que todo acto administrativo es siempre reclamable*. Ni aun a pretexto del aparente ínfimo rigor de éste, si se considera que un conjunto de amonestaciones a firme podría producir efectos adversos en contra del sancionado, al consolidar un estado de reprochable conducta por su parte".
(Énfasis agregado)

42 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, arts. 2 y 10.

43 Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, art. 15 y Capítulo IV.

44 En el conocido dictamen 89.271, de 1966, la CGR sostuvo que:
*Los decretos y resoluciones se pueden dejar sin efecto por un acto administrativo posterior de contrario imperio (resolución o decreto que los derogue) principalmente por tres causales: a) por ilegalidad, b) por el incumplimiento de una obligación prevista por la ley o por el propio acto cuya sanción específica es la extinción del mismo, y c) por ser contrario al interés público en general o específicamente de la entidad emisora del acto. Respectivamente estos modos de extinción corresponden a la invalidación, caducidad y revocación.*

En segundo término, el expedito acceso a la impugnación de la actuación de cualquier organismo administrativo por la vía del recurso de protección –que ha actuado como verdadero contencioso administrativo– y por la denominada acción de nulidad de derecho público, sin reglas de agotamiento de la vía administrativa previa, aumentan la probabilidad de resistencia en contra de un acto de la administración, cualquiera sea su tipo.[45]

Finalmente, el acceso a la solicitud de dictaminación de la Contraloría GR y la manera en que este organismo la ha utilizado como mecanismo de control de legalidad, ha implicado que sea un contencioso administrativo de facto, basado en un simple derecho de petición, que se traduce en amplios poderes sobre los actos y procedimientos dictados.[46]

Como se podrá apreciar, desde el punto de vista del diseño institucional, la manera en que se interpreta constitucionalmente la impugnación de los actos administrativos lleva a que el costo del litigio para el que impugna sea bajo, pues la exigencia constitucional impone el deber de permitir el acceso expedito a la jurisdicción.

Bajo esas condiciones, si existen condiciones materiales para un conflicto, el acceso a la impugnación resulta inevitable. En otros términos, la existencia de "conflictividad" no se debe a prácticas "erradas" o la implementación inadecuadas de reglas, sino que, por el contrario, se trata una condición estructural de diseño institucional, que se ve potenciado por el diseño del SEIA como procedimiento administrativo integrado, que a continuación explicaré.

**b) El SEIA: un procedimiento integrado que permite deliberación pública y privada**

Como se sabe, para la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBMA), la Evaluación de Impacto Ambiental corresponde al procedimiento a cargo de la autoridad ambiental competente que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental

---

La invalidación que consiste en la extinción de un acto administrativo por violación del derecho objetivo (Constitución, ley, reglamento) no tiene límites para ser ejercida en lo que respecta a los posibles derechos adquiridos por los administrados. Los principios fundamentales del estado de derecho impiden que se puedan adquirir derechos al amparo de una violación de preceptos constitucionales, legales o reglamentarios.

(Énfasis agregado)

45 Ver Ferrada, Juan Carlos, (coord.), *Justicia Administrativa,* (Lexis Nexis) 2005.

46 Ver Cordero Vega, Luis, "La jurisprudencia administrativa: Entre el juez activista y el legislador positivo", en *Anuario Derecho Público,* (Universidad Diego Portales) 2010.

de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.[47] El SEIA es un procedimiento administrativo especial destinado a la evaluación ambiental de los proyectos y actividades que, de conformidad con el artículo 10 de la LBMA, son susceptibles de causar impacto ambiental.

El procedimiento de evaluación ambiental finaliza con un acto administrativo terminal que otorga una autorización administrativa[48] (la Resolución de Calificación Ambiental o RCA) que es vinculante para los organismos de la Administración asociados a la calificación ambiental,[49] como se explicará más adelante.

Así, desde la perspectiva procedimental, la característica que aparece con más fuerza en la conceptualización del SEIA es aquella que lo identifica con un "procedimiento complejo". Es decir, el SEIA tendría un propósito integrador,[50] lo que se manifiesta en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base a la evaluación, así como en la pretensión de la LBMA de operar en el marco de una *ventanilla única* de todos los permisos ambientales considerados por nuestra legislación,[51] de manera que los pronunciamientos provienen de una opinión técnica o de procedimientos administrativos diferentes, pero que se agregan al procedimiento del SEIA, formando parte de la evaluación ambiental porque se encuentran asociados a permisos ambientales.

47 Ver LBMA, artículo 2° letra i).

48 Laguna De La Paz, Juan Carlos, "Autorización administrativa", en Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo,* (Iustel) 2005, p. 277, indica que la autorización es "el acto mediante el que la Administración habilita a un sujeto para el ejercicio de una actividad", "previa comprobación que se realizará sin daños para el interés general", lo que se traduce, en la mayoría de los casos, en la "comprobación de que el solicitante reúne los requisitos previstos en la normativa" respectiva. También en, *La autorización administrativa*, (Civitas) 2006, p. 263.
Sobre el particular, ver Tribunal Constitucional, sentencias roles 467, considerando 40° y 41; y 1413, considerando 10.

49 Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2007, p. 208.

50 González, Jesús y González, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Cuarta edición, (Thomson - Civitas), 2007, p. 85.

51 Que el SEIA sea un instrumento que pretende operar bajo la fórmula de la ventanilla única quiere decir que todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que deban o puedan emitir los órganos competentes en relación con un proyecto determinado necesariamente deben expedirse dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (Artículos 8.2. y 9.2. LBGMA). En otras palabras, esta es la única oportunidad e instancia de las entidades públicas competentes para opinar, desde un punto de vista ambiental, sobre el proyecto. No podrán, por tanto, formular reparos ambientales a este una vez que la Comisión Regional del Medio Ambiente o la Dirección Ejecutiva dicten la correspondiente resolución de calificación ambiental (Artículo 24.2, LBGMA).

Por tales motivos y como hemos explicado en otro momento, los problemas al interior del SEIA han terminado siendo debates de Derecho Administrativo procedimental.[52] Como indiqué con anterioridad, luego de largos años en que los tribunales no acogían recursos de protección ambiental, en el último tiempo la Corte comenzó acogerlos, no sobre las base de cuestiones ambientales, sino por debates estrictamente de procedimiento administrativo.[53]

¿Es esto producto de un error? No es así. Corresponde a una cierta focalización de la Corte Suprema en los últimos años en materia de Derecho Administrativo Procedimental, lo que se ha manifestado en otras áreas como el decaimiento del procedimiento administrativo, la motivación de los actos administrativos o la invalidación.[54] Ese mismo activismo en materia de procedimiento es posible de observar en la jurisprudencia de la CGR.

**c) En materia ambiental están en juego "intereses colectivos", lo que incide en la legitimación**

Una cuestión que subyace para muchos es que al parecer se le atribuiría a la participación ciudadana algunas consecuencias, como resultado de que dada la legitimidad amplia que al parecer se le reconocería a la comunidad, se incentivaría aparentemente el litigio, considerando especialmente la reforma de la Ley 20.417 y la aprobación del Convenio.

Si esa es la intuición, está errada. En efecto, como se sabe por una amplia literatura disponible en buena parte de los modelos comparados sobre las Leyes de Procedimiento Administrativo, estas son garantías para los ciudadanos, no solo para aquellos sometidos directamente al acto administrativo de la autoridad (por ejemplo, el titular de un proyecto) sino que también a terceros que, no siendo inicialmente parte de él, pueden potencialmente participar porque se afecta o se puede afectar una situación jurídica susceptible de protección, lo que se denomina "interesado legítimo".[55]

52 Ver Cordero Vega, op. cit., nota 13.

53 Cordero Vega, op. cit., nota 5.

54 Ver, en este sentido, los trabajos sobre la Corte Suprema y decaimiento del procedimiento sancionador, derecho administrativo sancionador, responsabilidad del estado y nulidad e derecho público, disponibles en línea http://www.elmercurio.com/legal/Analisis/index.aspx?userNameAutor=lcordero&tipoPortadilla=Autor

55 Ver artículo 21 LBPA. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos. 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Así las cosas, es una cuestión pacífica en Derecho Público que los legitimados para participar en un procedimiento administrativo son relativamente amplios y que esos sujetos tienen derecho a interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales.

Lo anterior es especialmente relevante en el caso del medio ambiente, pues, como también es pacífico en la literatura, corresponde a una condición respecto de la cual los sistemas legales dan el atributo de "interés colectivo o difuso", de manera que la legitimación naturalmente se amplía.

En tal escenario, la pregunta realmente relevante será cuál es la intensidad de la legitimación, lo que se traducirá en las medidas que pueda adoptar el juez tras la impugnación.

En efecto, como he sostenido en otro momento,[56] lo que está en juego en el reconocimiento de protección de los intereses difusos o colectivos por vía de legitimidad procesal ante el juez administrativo no es menor. Si los titulares de los precitados intereses (cuya delimitación resultará esencial) disponen de facultades para reclamar la decisión de fondo de una autoridad administrativa, es decir, si pueden cuestionar la *ratio decidendi* de la autoridad (son titulares de una verdadera acción de defensa de los intereses difusos), ello supone un derecho de participación fuerte en la medida que les otorga un derecho subjetivo para examinar las razones justificatorias de la decisión administrativa.

Si, en cambio, los titulares de intereses difusos frente a la Administración tienen el derecho a formular alegaciones (en base a sus derechos a emitir opinión, libertad de información y derecho de petición) y la acción conferida solo se da para exigir la ponderación adecuada de dichas alegaciones, esos titulares disponen de un derecho de participación débil.[57]

La distinción recién expuesta es relevante debido a que, a través de ella, es posible dimensionar la intervención intrusiva que se puede reconocer a los jueces en la protección de estos intereses. Si la legitimación es fuerte, los jueces podrán ir más allá de la mera tutela subjetiva (por la naturaleza del interés comprometido y la citada conexión de antijuridicidad); en cambio, si la legi-

3. *Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

(Énfasis agregado)

56 Cordero Vega, Luis, "Procedimientos contenciosos administrativos y protección de intereses difusos y colectivos", en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, (Konrad Adenauer) 2009.

57 La distinción entre participación fuerte y débil se encuentra en Peña, Carlos, "Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: Antecedentes dogmáticos y conceptuales", en Las acciones de interés público, *Cuaderno de Análisis Jurídico*, 7, (Universidad Diego Portales) 1997.

timación es débil el juez se transforma en un garante de los procedimientos de decisión de afectación de estos intereses, de manera que solo podrá anular los procedimientos.

Esto explica que los efectos de la distinción de fundamentos de legitimidad en los recursos administrativos y luego judiciales en el SEIA entre el titular y la comunidad se traduzcan en que el primero pueda obtener protección directa de los derechos que afirma lesionados, mientras la segunda solo podrá optar como máximo la nulidad o invalidez de los procedimientos.

De este modo, no se puede sostener que la circunstancia de que una comunidad solo pueda interponer reclamos en razón de que sus "observaciones no fueron debidamente ponderadas", implique que ella solamente pueda obtener una recalificación. La lógica de darle derecho al recurso administrativo y a la acción jurisdiccional es que, aun teniendo un derecho de participación débil –pues no puede por esa vía solicitar tutela sobre otros derechos de los que sea titular–, sí puede por dicha vía reclamar la rectitud del procedimiento y, en consecuencia, su validez

## 5. ¿Cómo se puede explicar la conflictividad?

Si lo que hemos explicado con anterioridad está más bien vinculado a cuestiones estructurales del sistema de impugnación de los actos administrativos, a lo que se agregan las cuestiones estructurales de legitimidad procesal en el caso del medio ambiente, ¿qué explica la "percepción" de conflictividad y de activismo de la Corte, que para muchos parece haberse puesto del lado de los "verdes"?

Es una tendencia habitual, luego de la jurisprudencia analizada, que para un sector importante la causa de la judicialización de proyectos son: magnitud del proyecto, implementación del Convenio, mecanismos de participación ciudadana, inadecuada distribución de cargas ambientales, insuficiencia del SEIA en la estrategia energética nacional y delimitación de la línea de base.

En mi opinión, la mayoría de las razones expuestas está vinculada a la situación de que el SEIA es un procedimiento administrativo que internaliza el déficit de la política pública general que, por su diseño, jamás estará en condiciones de solucionar, lo que explica una de las reformas a la institucionalidad ambiental.[58]

58 Ver Historia de la Ley 20.417, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 13 y 14.

Por ejemplo, los proyectos de magnitud enfrentan un déficit evidente de política pública y lo limitado de las reglas de Ordenamiento Territorial (OT).[59] La ausencia de definición de reglas claras *ex ante* al desarrollo de un proyecto específico y la proliferación de reglas de OT y otras de protección ambiental o de biodiversidad de carácter inorgánico sobre el territorio,[60] generan como consecuencia inevitable la conflictividad entre los vecinos de un proyecto y el titular, de manera que, cuando la regla no está definida por la regulación general, termina el SEIA definiendo, de un modo inadecuado, la regla de localización y, por esa vía, internalizando los costos asociados a su funcionamiento, entre los cuales se encuentra la impugnación de las decisiones, dado que, como se ha demostrado, el costo del litigio ambiental, por definición institucional, es bajo.

Dicho de otro modo, muchas de las cuestiones que hoy está resolviendo la Corte corresponden a omisiones regulatorias, a problemas de diseño institucional y a una falta de comprensión de cuáles son las reglas básicas que cualquier proyecto o actividad que desee instalarse en un determinado lugar debe respetar.

Además, subyace a ello una cierta conciencia de que las garantías procedimentales para los ciudadanos tienen un sentido, que en ese lugar el Derecho Administrativo cumple un rol central y que la revisión judicial de las decisiones de organismos administrativos se justifica desde la perspectiva procedimental.

En resumen, estamos siendo testigos de lo que la literatura legal denomina "control intenso de la discrecionalidad". Ello sucede cuando la revisión judicial no solo verifica la idoneidad formal del acto (competencia, procedimiento, motivación, fin) sino que sostiene su resolución sobre el control del expediente administrativo, desde el cual afirma su control sobre un estándar legal. La Corte Suprema ha utilizado precisamente ese estándar de control en alguno de los casos ambientales más importantes de estos dos últimos años; los litigantes ambientales debieran tener esto presente cuando lleven sus casos a la Corte.

59 Ver Cordero, Eduardo, "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, 2007.

60 Ver para la dispersión normativa http://www.proyectogefareasprotegidas.cl/documentos/documentos-del-proyecto/

# LAS RAZONES DE LA CONFLICTIVIDAD DEL SECTOR ELÉCTRICO: EL CASO DE LA CONSULTA INDÍGENA

*Pilar Moraga Sariego*[1]

**Resumen**

La oposición de terceros a la realización de proyectos del sector eléctrico se atribuye de manera usual a una cierta "percepción" de la ciudadanía que, "desinformadamente", decide iniciar acciones judiciales en contra de los proyectos eléctricos por el temor a los eventuales impactos ambientales y sociales que estos puedan producir. Sin embargo, la conflictividad expresada a través de la "judicialización" de los proyectos del sector busca más bien encontrar un punto de equilibrio entre el desarrollo eléctrico nacional y el respeto a los derechos de las personas consagrados en nuestro marco jurídico, como consecuencia de la ausencia de una política energética sustentable.

## Introducción

El informe preparado por la Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico, de noviembre 2011, reconoce la conflictividad existente en el sector eléctrico y explica que esta encuentra su origen en la percepción de la sociedad según la cual los estándares sociales y ambientales de los proyectos del sector no son los adecuados y en la preocupación de la sociedad por la protección del medio ambiente y los impactos sociales del desarrollo eléctrico. A lo anterior se suma la idea de la sociedad de que las decisiones se adoptan en base a "criterios tecnócratas y beneficios privados". El informe se preocupa de analizar dichas "percepciones" con el fin de mejorar la credibilidad de la política y

1 Abogada U. de Chile, Dr. en Derecho Universidad de Lille - Francia, Investigadora Académica, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

disminuir los conflictos.[2] Sin embargo, pareciera ser que la conflictividad va más allá de la sola "percepción social" y que lo que está en juego en realidad es el equilibrio entre el desarrollo energético y el respeto a los derechos de las personas.

Tal conflictividad se profundiza en un contexto carente de política energética explícita y orgánica que considere los aspectos económicos, sociales y ambientales del sector en una óptica de desarrollo sustentable; de regulación suficiente en ámbitos como el ordenamiento territorial, el proceso de consulta indígena consagrado en el Convenio 169 de la OIT y de evaluación ambiental estratégica operativa, todo lo cual presiona al sistema de evaluación de impacto ambiental a resolver problemas sociales que están fuera de su vocación legal.

En esta perspectiva, el presente trabajo contextualizará, en una primera parte, la conflictividad llevada a tribunales por terceros en oposición a proyectos del sector eléctrico, para luego analizar la conflictividad desde la perspectiva de la implementación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, en el marco de la jurisprudencia reciente.

## 1. Antecedentes de la conflictividad del sector eléctrico

El desarrollo del sector eléctrico ha experimentado un aumento progresivo del nivel de conflictividad durante la tramitación de proyectos. Se trata de una realidad que es transversal a todo tipo de fuentes, renovables convencionales y no convencionales, y no renovables, y más intensa en el caso de megaproyectos hidroeléctricos y termoeléctricas a carbón. La oposición de los terceros encuentra su origen en diversas causas, las cuales se describen a continuación.

### 1.1. Las razones de la conflictividad

El documento de la Comisión Nacional de Energía "Política energética: Nuevos lineamientos" identifica algunas de las causas de la conflictividad social generada en el marco de la tramitación de los proyectos del sector eléctrico, entre las cuales destacan las siguientes:[3]

- Los beneficios de los proyectos energéticos son generales, pero sus impactos locales, situación que favorece la oposición entre los intereses de las comunidades con los objetivos establecidos en materia

2 Informe de la Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico, noviembre 2011, p. 137.

3 Comisión Nacional de Energía, "Política energética: Nuevos lineamientos. Transformando la crisis energética en una oportunidad", 2008, p. 91.

energética a nivel nacional.[4] A su vez, los impactos locales tienen un efecto global, que Chile debe considerar en su estrategia energética para efectos de cumplir con sus compromisos internacionales.[5]

- Los proyectos energéticos no son intensivos en mano de obra.[6]
- Dado el sistema impositivo, los proyectos energéticos no generan muchos recursos tributarios para la comuna donde se instala el proyecto.[7]
- Falta de regulación del uso territorial. En esta materia, el documento de la Comisión Nacional de Energía reconoce la importancia de contar con una estrategia nacional de gestión integrada de cuencas, que facilite la articulación de los diversos usos del territorio y así simplifique "el proceso de implantación de proyectos energéticos".[8]
- Ubicación de proyectos energéticos en zonas indígenas. La Comisión Nacional de Energía subraya la oportunidad que representa la implementación del Convenio 169 de la OIT para regular los derechos de los pueblos indígenas en armonía con el desarrollo energético y, de esta manera, reducir el nivel de oposición existente.[9]

Las causas de los conflictos generados en torno a proyectos del sector eléctrico identificadas por la Comisión Nacional de Energía, según lo expuesto anteriormente, coinciden en gran parte con las causas de conflictividad identificadas en el estudio de la Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile sobre "Análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la inversiones del sector energía":[10] implementación

4 Ibíd., p.51.

5 Ibíd. En la XV Conferencia de las partes de la Convención de Cambio Climático que tuvo lugar en Copenhagen (Dinamarca) en 2009, Chile se comprometió voluntariamente a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en 20% al año 2020. En la XVI Conferencia de las Partes que tuvo lugar el año siguiente en Cancún (2010), Chile confirmó este compromiso. Dado el estado actual de las negociaciones, es altamente probable que este compromiso se transforme en obligatorio a partir de 2015.

6 Comisión Nacional de Energía, op. cit., p. 91.

7 Ibíd.

8 Ibíd.

9 Ibíd.

10 Fundación Facultad de Derecho, Estudio "Análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la in-

del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, mecanismo de participación ciudadana, inadecuada distribución de las cargas ambientales, insuficiencia del sistema de evaluación de impacto ambiental en la definición de una estrategia energética nacional y determinación de la línea de base.[11]

Además, este trabajo deja constancia de la relación que existe entre el tamaño de los proyectos y el nivel de oposición a los mismos, expresado a través de la presentación de acciones y recursos en sede administrativa y judicial. Así, entre mayor es la envergadura del proyecto, mayor es el nivel de oposición de terceros, tal como se puede observar en el cuadro presentado a continuación.

Cuadro N° 1: Magnitud de los proyectos eléctricos y nivel de conflictividad

| PROYECTO | MW INSTALADOS | TOTAL DE RECURSOS PRESENTADOS |
|---|---|---|
| HidroAysén | 2.750 | 23 |
| Castilla | 2.354 | 19 |
| Los Robles | 750 | 17 |
| Achibueno | 135 | 12 |
| Alto Maipo | 530 | 10 |
| El Tatio | n/a | 9 |
| Pacífico | 350 | 7 |
| Patache | 110 | 6 |
| Campiche | 270 | 6 |
| San Clemente | 6 | 4 |
| Línea de transmisión Loncoche-Villarrica | n/a | 2 |
| Pirquenes | 50 | 1 |
| Parque Eólico Chiloé | 112 | 1 |

Fuente: Fundación Facultad de Derecho, Estudio análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en las inversiones del sector energía", enero 2012, p.182. Universidad de Chile, realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

versiones del sector energía", (Universidad de Chile) 2012. Realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

11 Ibíd., p. 181.

La conflictividad se concreta, en la mayor parte de los casos, en la presentación de acciones judiciales de parte de terceros a los proyectos, las cuales en su mayoría son rechazadas por los Tribunales de Justicia.

### 1.2. Contexto de la conflictividad en sede judicial y sus resultados

La mayoría de los recursos judiciales presentados contra los proyectos más emblemáticos del sector eléctrico son recursos de protección interpuestos en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Estos son presentados por terceros a los proyectos (personas naturales o jurídicas, organizaciones ciudadanas, alcaldes, diputados y/o senadores) en contra de la autoridad (COREMA regional/Comisión de Evaluación, Dirección Ejecutiva de CONAMA/Dirección ejecutiva del SEA, Secretarías Regionales Ministeriales, tales como SEREMI de Salud o Dirección General de Aguas).[12]

Sin embargo, el efecto de la intervención de terceros en la aprobación de los proyectos es más bien menor, pues, en su mayoría, los recursos son rechazados. El rechazo se funda, en numerosos casos, en un análisis formal del proceso de dictación de los actos administrativos impugnados, pues se considera que la naturaleza del recurso de protección no permite pronunciarse sobre el fondo, tal como se desprende de los términos del fallo relativo al proyecto los Robles:

> Que, conforme lo señalado precedentemente, la Resolución Exenta 214-08 ha sido dictada de conformidad con la legislación ambiental vigente, sin que exista reproche alguno en cuanto a su legalidad, pero además, las discusiones ambientales de fondo, que en esta Sede no es posible analizar en consideración a la naturaleza del recurso, han sido formuladas a la autoridad correspondiente, haciendo uso de los recursos legales y han sido debidamente considerados y aceptados conforme a las razones científicas y técnicas que en cada caso se señala, desestimándose otras, también en forma fundada.[13]

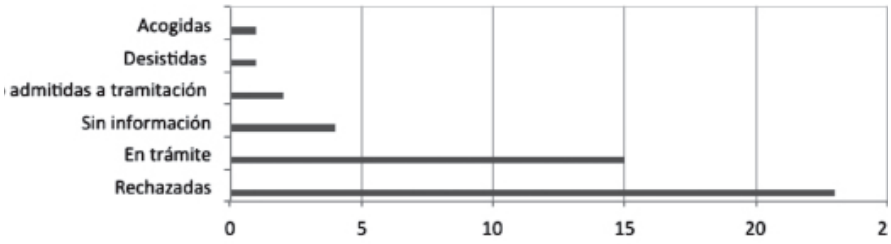
Dichos argumentos le sirven en este caso, a la Corte de Apelaciones de Talca, para desestimar el recurso de protección presentado por terceros en contra de la Resolución que califica favorablemente el proyecto termoeléctrico Los Robles.

12 Ibíd., p. 82.

13 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°72-2009, sentencia del 27 de noviembre de 2009, considerando undécimo.

Asimismo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, en el marco del análisis del recurso de protección presentado en contra de la resolución que califica favorablemente el Proyecto Línea de Transmisión Loncoche-Villarrica, señala que "la resolución exenta recurrida es la consecuencia de la aplicación de un procedimiento legalmente reglado, el que ha cumplido con las diversas etapas que lo constituyen, incluyendo la consulta a los servicios involucrados, todos los cuales, menos uno, informaron favorablemente el proyecto sometido a Evaluación de Impacto Ambiental",[14] con lo cual se concluye que "el acto consistente en la dictación de la resolución exenta N° 16 no es ilegal ni arbitrario, por lo que tampoco se ha infringido el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación".[15] Los mismos argumentos se utilizan en el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechaza el recurso de protección presentado contra la resolución que califica favorablemente el Proyecto Eólico Chiloé "Que al no existir un acto arbitrario o ilegal, es innecesario analizar la transgresión de las garantías constitucionales que el recurrente estima amagadas".[16]

Gráfico n°1: Resultados de las acciones presentadas por terceros en oposición a proyectos del sector eléctrico




Fuente: Fundación Facultad de Derecho, Estudio análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la inversiones del sector energía", enero 2012. Universidad de Chile, realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

14 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°150-2011, sentencia del 3 de mayo de 2011, considerando vigésimo.

15 Ibíd., considerando vigésimo primero.

16 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°239-2011, sentencia del 11 de octubre de 2011.

En el contexto antes descrito, en que la gran mayoría de los recursos presentados por terceros que se oponen a los proyectos del sector eléctricos en sede judicial son rechazados, el gran efecto de la judicialización es el retraso de los proyectos, lo que en términos económicos no parece ser muy relevante para la ejecución de los mismos.[17] En todo caso, cabe resaltar que la oposición de los terceros a los proyectos eléctricos no es antojadiza y que se fundamenta en diversos argumentos, los cuales se analizan a continuación.

### 1.3. Argumentos utilizados por terceros para justificar su oposición

Los fundamentos de las acciones judiciales presentadas por terceros dicen relación, en su mayoría, con cuestiones de fondo referidas principalmente a: a) vulneración de derechos, b) ilegalidad o arbitrariedad de la resolución que califica ambientalmente el proyecto, en razón de la inadecuada ponderación de las observaciones o ausencia del procedimiento de consulta indígena, deficiencias en la definición de la línea de base del proyecto.[18]

a. Vulneración de derechos. Es posible observar que gran parte de la oposición de terceros a los proyectos del sector eléctrico más emblemáticos se fundamenta en la vulneración de ciertos derechos, como el derecho a la vida (artículo 19 N° 1 CPR), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 CPR),el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8 CPR),el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N°21 CPR) y el derecho de propiedad (artículo19 N°24 CPR).[19]

b. Ilegalidad de la RCA. La mayoría de las acciones judiciales (en gran parte recursos de protección) iniciadas en contra de los proyectos del sector eléctrico dicen relación con la resolución que lo califica ambientalmente (RCA)[20] y excepcionalmente respecto de actos trámites, aquellos dictados en el marco de un procedimiento administrativo, dando curso progresivo al mismo.[21] Lo

17 Fundación Facultad de Derecho, op. cit., p. 188 y ss.

18 Ibíd.

19 A diferencia del recurso previsto en caso de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 9°, 11°, 12°, 13°, 15°, 16°, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25°, del artículo 19 de la CPR, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, la CPR establece en el caso de la garantía constitucional del número 8 de la misma disposición lo siguiente: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

20 Ibíd., p. 83.

21 Bermudez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing) 2010, p. 84.

anterior se explica por el hecho de que la doctrina jurisprudencial ha sido, durante largo tiempo, reacia a aceptar que los actos trámites o intermedios tuvieran la aptitud de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales cautelados por el recurso de protección, tendencia que ha ido tomando una orientación en el sentido contrario. Respecto de esta nueva orientación, cabe recordar el caso del proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo, en el marco del cual se interpuso acción de protección "contra el Servicio de Evaluación Ambiental de Aysén, por la existencia de un acto arbitrario o ilegal que amenazaría y/o vulneraría las garantías constitucionales incluidas en los numerales 1, 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, consistente en la emisión del Informe Consolidado de Evaluación" (ICE).[22] El fundamento de la arbitrariedad o ilegalidad alegadas por el recurrente en ese caso, se basaba en la omisión de un informe técnico recomendado por el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), relativo al riesgo que generaba el proyecto respecto de la población "en relación a la falla Liquiñi-Ofqui y la actividad volcánica de la zona".[23] La Corte Suprema acogió el recurso, declarando la ilegalidad del ICE, la que constituía a su juicio una amenaza a las garantías consagradas en el número 1 y 8 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República. En este orden de ideas, la Corte resolvió que, previo "a pasar el estudio de impacto ambiental a la Comisión de Evaluación Ambiental para que ésta se pronuncie respecto de la aprobación o rechazo del proyecto "Central Hidroeléctrica Cuervo", el titular del proyecto debe realizar el estudio de suelo indicado por el SERNAGEOMIN, "el que deberá ser incluido en el informe consolidado de evaluación que servirá de base al pronunciamiento de dicha Comisión".[24] De esta manera, la Corte confirmó al menos dos de los criterios utilizados en el fallo de Central Castilla: 1) "Que los pronunciamientos sectoriales cuando son vinculantes tienen efectos invalidantes de la evaluación ambiental en general", y 2) "que esos actos trámites cualificados, son susceptibles de impugnación autónomamente".[25]

22 Corte Suprema, Rol N°2463-2012, sentencia del 11 de mayo de 2012, considerando tercero.

23 Ibíd.

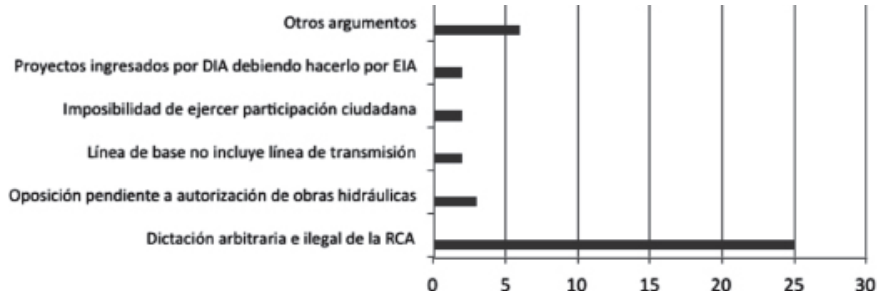
24 Ibíd., considerando décimo.

25 Cordero, Luis, "Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla: Un caso de Derecho Administrativo Procedimental", en *Justicia Ambiental*, 3, (Fiscalía Nacional del Medio Ambiente) 2011, p. 200 y ss.

*Defectos en el proceso de participación ciudadana y consulta indígena*. También es posible advertir que, en gran número de casos, los terceros reclaman la vulneración al principio de participación ciudadana (Central Termoeléctrica Los Robles, Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo, entre otros), incluyendo alegaciones fundadas en defectos en la aplicación del procedimiento de consulta indígena prevista en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por nuestro país.[26] Lo anterior ha dado lugar a alegaciones fundadas en que el ingreso del proyecto no se debió realizar vía Declaración, sino por Estudio (Parque Eólico Chiloé).

Área de influencia del proyecto *(línea de base)*.Otro fundamento de las acciones de terceros respecto de los proyectos eléctricos es la distinta interpretación del área de influencia del proyecto, cuestión que ha sido debatida a propósito de varios de los proyectos del sector eléctrico (Proyecto hidroeléctrico Hidroaysén o Proyecto hidroeléctrico Alto Maipo).

Gráfico n°2: Argumentos de terceros en oposición a proyectos eléctricos en sede judicial




Fuente: Fundación Facultad de Derecho, Estudio análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la inversiones del sector energía", enero 2012. Universidad de Chile, realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

26 Decreto 236, Ministerio de Relaciones Exteriores, 14 de octubre de 2008.

Así, es posible concluir que las reclamaciones en juicio efectuadas por terceros respecto de los proyectos eléctricos se fundamentan en argumentos que persiguen el restablecimiento del equilibrio entre el desarrollo de una actividad económica y el respeto de los derechos de las personas.

Es necesario precisar que la ausencia de una definición del Estado en ciertas materias (política energética, ordenamiento territorial, implementación del convenio 169, implementación de la evaluación ambiental estratégica) alimenta el nivel de conflictividad. El análisis de la jurisprudencia reciente en materia de la implementación del Convenio 169 da cuenta de manera muy clara cómo la diversidad de interpretaciones entre los terceros a los proyectos y la autoridad ambiental, en un terreno de indefinición normativa, favorecen la conflictividad en el sector eléctrico.

## 2. La conflictividad desde la perspectiva de la implementación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT

El artículo 6 N°1, letra a) del Convenio 169 establece la necesidad de "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". A su vez, el número 2 de la misma disposición prescribe que: "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

Varios de los casos judiciales iniciados en contra de los proyectos eléctricos más emblemáticos se han fundamentado en la ausencia o en la defectuosa aplicación del procedimiento de consulta indígena antes descrito.

El conflicto en este caso se genera por la diversa interpretación entre la autoridad ambiental y los terceros al proyecto respecto de la procedencia o improcedencia de este mecanismo de "consulta", pero también sobre el modo de hacerla efectiva, tal como se deja constancia a continuación.

### 2.1. Incumplimiento del procedimiento de Consulta indígena del Convenio 169 de la OIT

La revisión de la jurisprudencia reciente permite constatar la diversa visión que existe entre la autoridad ambiental y los terceros que se oponen a la ejecución de proyectos del sector eléctrico respecto de cuándo procede aplicar el

mecanismo de consulta consagrado en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por nuestro país, y también sobre su contenido.

Tal diferencia interpretativa es una de las razones que explican la conflictividad generada en el sector eléctrico, tal como se observa, por ejemplo, en el caso del Parque Eólico Chiloé, en el marco del cual la Comunidad Indígena Antu Lafquen presentó una acción cautelar de protección contra la Resolución Exenta N°373/2011, de 18 de agosto de 2011, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de los Lagos que calificó favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé". La Comunidad consideró que tal decisión era ilegal y arbitraria, pues el proyecto debió ingresar al sistema por medio de Estudio de Impacto Ambiental, en conformidad al Artículo 11 de la Ley 19.300, con lo cual se violaban las garantías del Artículo 19 n°2 y n°21 de la CPR.[27] Asimismo, la comunidad fundó un segundo reproche de ilegalidad en la ausencia del deber de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT.[28] La acción fue acogida por unanimidad por la Corte Suprema en fallo del 22 de marzo de 2012, el cual dispuso que el proyecto debía someterse a un estudio de Impacto Ambiental, "cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto por los artículos 26 al 31 de la Ley 19.300 se rija por los estándares del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales".[29]

El contenido del fallo antes citado se condice con los términos de una resolución de la Corte Suprema en materia minera, dictada el 30 de marzo del mismo año, que acogió la acción cautelar presentada por los comuneros de la Quebrada de Tarapacá en contra la Resolución exenta N°81/2011 de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, que calificó favorablemente el proyecto "Sondajes de Prospección Paguanta", emplazado en el área de Desarrollo Indígena "Jiwasa Orage", reconocida por Decreto Supremo N°67.[30]

En ambos casos, la Corte consideró lesionada la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues la no aplicación de la consulta consagrada en el Convenio niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.

En materia del contenido del procedimiento de consulta, ambos fallos dan cuenta de la insuficiencia de los acercamientos voluntarios respecto de las exigencias o estándares del procedimiento de consulta previsto en el Convenio

27 Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando primero.

28 Ibíd., considerando cuarto.

29 Ibíd., considerando undécimo.

30 Publicado en el Diario Oficial el 9 de mayo de 2001.

169 de la OIT. Al respecto, la Corte Suprema señaló que "las reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad acerca de los alcances del proyecto"[31] o bien "el compromiso voluntario de realizar socialización mensual, durante la ejecución del proyecto, con la finalidad de informar a las comunidades involucradas de lo realizado, procurando, especialmente, aclarar los alcances de la actividad de prospección",[32] "distan de satisfacer las especiales características que posee" el procedimiento de consulta consagrado en el Convenio 169. Dicha falta "torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía acatar a la autoridad por imperativo legal".[33]

En esta lógica, la Corte Suprema declaró dejar sin efecto las resoluciones de calificación ambiental respectivas[34] y estableció la necesidad de realizar un Estudio de Impacto Ambiental en reemplazo de las Declaraciones a través de las cuales los proyectos mencionados ingresaron al SEIA, pues este comprende un procedimiento de participación ciudadana.

La Corte señaló, además, que la aplicación de este procedimiento "deberá ajustarse" a los términos del Convenio 169,[35] con lo cual reconoció que el procedimiento de participación ciudadana por sí solo no responde a los requerimientos del mecanismo de consulta previstos por tal Convenio, a diferencia de lo sostenido hasta ahora por la autoridad ambiental en su calidad de recurrida en los casos analizados.

### 2.2. Suficiencia del procedimiento de participación de la Ley 19.300

Tal como hemos enunciado precedentemente, el análisis de la jurisprudencia reciente permite afirmar que para la autoridad ambiental el procedimiento de participación ciudadana contemplado en la Ley 19.300 es suficiente para responder a la obligación del Estado de Chile referido a la aplicación del mecanismo de consulta indígena consagrado en el Convenio 169 de la OIT. Esta visión discrepa de aquella sostenida por las comunidades indígenas que, por

31 Corte Suprema, Rol N°10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando octavo.

32 Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, sentencia del 30 de marzo de 2012, considerando octavo y noveno.

33 Corte Suprema, Rol N°10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando noveno y Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, sentencia del 30 de marzo de 2012, considerando noveno.

34 Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos, Resolución Exenta N°373/2011 del 18 de agosto de 2011, Proyecto Eólico Chiloé y Comisión de Evaluación Región Tarapacá, Resolución Exenta N°81/2011 del 29 de agosto de 2011, proyecto Sondajes de Prospección Paguanta.

35 Corte Suprema, Rol N°10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando décimo y Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, sentencia del 30 de marzo de 2012, considerando undécimo.

el contrario, consideran necesaria la creación de un mecanismo que garantice el respeto a los estándares del Convenio, lo cual ha sido confirmado por los Tribunales de Justicia. De mantenerse esta asimetría interpretativa respecto de la manera de implementar el procedimiento de consulta indígena en análisis, es altamente probable que el nivel de conflictividad del sector energético no solo se mantenga, sino que se agrave.

En el caso del Proyecto de Línea de Transmisión Loncoche Villarrica, segundo circuito, la autoridad ambiental señaló a propósito de la "supuesta violación" al Convenio 169 de la OIT: "que no existe tal, y por el contrario el SEIA se basa en el principio de la participación ciudadana, por lo que es plenamente conciliable con las normas que informan tal Convenio". En esta ocasión, la defensa de la autoridad ambiental deja en evidencia la distancia interpretativa existente con las comunidades en esta materia al afirmar "que en todo caso lo alegado por su contraria obedece a una interpretación equívoca del Convenio 169 de la OIT, en cuya virtud pretenden otorgarle un efecto erróneo sobre toda la legislación interna e instituciones, haciendo creer que el SEIA o cualquier otro instrumento aplicado por el Estado no se condice con los principios mencionados en ese Convenio, por lo que deben ser excluidos de nuestro ordenamiento o bien modificados, lo que es una interpretación completamente errada".[36]

A semejanza de lo que sucede en casos emblemáticos del sector eléctrico como el antes citado, en el ámbito del sector minero, el caso El Morro confirma de manera muy clara los dichos anteriores en defensa de la recurrida al señalar: "CONAMA se mantuvo en contacto permanente con la directiva, entregándosele el Estudio de Impacto Ambiental en las etapas de participación ciudadana, junto con las copias de la adenda y actas de reuniones efectuadas fuera del periodo de participación ciudadana para recoger sus inquietudes. La comunidad formuló sus observaciones". Al respecto agrega que el procedimiento de consulta indígena previsto por el Convenio 169 no exige de parte del Estado la creación de un procedimiento reglado, sino que basta con realizar un procedimiento de "buena fe", conforme a los términos del Convenio, a través de los organismos competentes y normas vigentes en un contexto de flexibilidad, tal como sostuviera el Tribunal Constitucional.[37] La autoridad

36 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 150-2011, sentencia del 3 de mayo de 2011, considerando segundo.

37 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°618-2011, sentencia del 17 de febrero de 2012, considerando primero y considerando segundo, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N°2211-2012, fallo del 27 de abril de 2012.

ambiental, además, afirma en su defensa que es el procedimiento de participación ciudadana previsto en la Ley 19.300 el idóneo para efectuar el mecanismo de consulta en cuestión: "[...] el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es conciliable con los principios que informan el Convenio 169[...]".[38]

Cabe destacar que, en ambos casos, la recurrida ha invocado el fallo del Tribunal Constitucional para fundamentar que no es necesario crear nuevas instituciones jurídicas para implementar el proceso de consulta indígena previsto en el Convenio 169.

Del análisis anterior es posible constatar de manera clara la distancia interpretativa existente entre los argumentos de los recurrentes (comunidades indígenas) y los de la autoridad ambiental respecto de la oportunidad y del modo de aplicar el procedimiento de consulta, y las dificultades de suponer que este puede implementarse en el marco del procedimiento de participación ciudadana contemplado en el SEIA. En efecto, la propia Corte Suprema reconoce que la aplicación de este procedimiento de consulta indígena requiere una adaptación de la normativa relativa al procedimiento de participación propio del SEIA. Además, el propio Convenio 169 se refiere a actos legislativos y administrativos, con lo cual no es posible sostener que el SEIA pueda una vez más constituirse como foro para resolver asuntos que se encuentran fuera de su vocación legal. La literatura coincide con esta afirmación al sostener que: "el mero cumplimiento de las disposiciones sobre participación ciudadana establecida en la Ley 19.300 no supone un cumplimiento pleno de la consulta regulada en el Convenio 169".[39]

En este contexto es posible admitir que, mientras no exista una visión unívoca y/o al menos consensuada de la manera cómo se implementa el procedimiento de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT, plasmada en la legislación y construida en base a un consenso social, los terceros a los proyectos que se identifiquen como indígenas se sentirán legitimados a iniciar acciones legales en contra de los proyectos que puedan afectar sus derechos.

La conflictividad antes descrita y generada por los problemas en la implementación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, que se traduce en una transgresión al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, deja de manifiesto la importancia de contar con una política

38 Ibíd.

39 Precht, Alejandra y Aylwin, Sebastián, "Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA", en *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, 2010, p. 459.

energética en la que se reconozca, a semejanza de los textos internacionales, el rol de las comunidades indígenas en la implementación de un desarrollo de tipo sustentable que tome en cuenta los imperativos de desarrollo económico y justicia inter generacional.[40]

## Conclusiones

Del análisis efectuado es posible concluir lo siguiente:

- La mayoría de los recursos presentados por terceros en oposición a proyectos del sector energía en sede judicial son recursos de protección fundados en el no respeto de derechos y/o en la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución que califica ambientalmente los proyectos.
- La mayoría de esos recursos son rechazados.
- Existen vacíos normativos que favorecen la conflictividad; por ejemplo, en materia de ordenamiento territorial.
- Una de las razones de la oposición de terceros a los proyectos del sector eléctrico es la no aplicación del mecanismo de consulta a los pueblos indígenas previsto en el Convenio 169 de la OIT suscrito por Chile.
- La ausencia de aplicación del mecanismo de consulta se debe al vacío legal existente en la materia, el que da lugar a distintas interpretaciones sobre la oportunidad, significado y estándares aplicables al procedimiento.
- Que la aplicación del mecanismo de consulta consagrada en el Convenio 169 de la OIT y la dictación de la normativa necesaria para su aplicación es una obligación del Estado y no de los titulares de los proyectos. En esta lógica, la indefinición legal que lleva a la incerteza en la tramitación ambiental de los proyectos del sector no se debe a la "oposición por la oposición" de los terceros a los proyectos del sector eléctrico, sino al incumplimiento por parte de la autoridad de su deber de dictar las normas necesarias para una correcta implementación de la obligación internacional asumida por Chile.
- Que el SEIA no es la instancia idónea para la aplicación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, pues la consulta se aplica a actos de la autoridad no necesariamente ambientales y a actos legislativos y porque no cumple con los estándares necesarios.

40 Henderson, Gail, "Rawls and Sustainable Development", en *McGill International Journal of Sustainable Development, Law and Policy*, 3, 2011.

- La tramitación ambiental de proyectos del sector eléctrico demuestra la injustificada presión que experimenta el sistema de evaluación de impacto ambiental, pues, de existir dificultades en el procedimiento, estas son percibidas por las autoridades gubernamentales como amenazas al desarrollo económico del país, cuando en realidad la responsabilidad de ello escapa al SEIA cuyo único objetivo es determinar –a través de un estudio o declaración de impacto ambiental–, si la actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes (artículo2, letra j, Ley 19.300) y en ningún caso la definición de si la actividad o proyecto contribuye a responder a las necesidades de abastecimiento energético del país.
- Este debate se debiera abordar y resolver en el marco de la política energética con la que debiera contar el país, la que debiera responder a las exigencias del desarrollo económico y también a las necesidades de protección ambiental y social, siempre respetando los derechos garantizados a las personas por nuestro ordenamiento jurídico.

# NOTAS AL ÚLTIMO INTENTO DE REFORMA DEL SISTEMA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA

*Matías Larraín* [1]

"¿Y ahora qué sucederá? ¡Bah! Tratativas
pespunteadas de tiroteos inocuos, y, después, todo
será igual pese a que todo habrá cambiado".
G. di Lampedusa,El Gatopardo

**Resumen**

En agosto de 2010, el Ministro de Hacienda del actual gobierno convocó a un conjunto de expertos del sector financiero para que analizara la posibilidad de introducir cambios a la estructura organizacional de los reguladores financieros y al sistema de supervisión financiera propiamente tal. En marzo de 2011, la llamada Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera (también conocida como Comisión Desormeaux) entregó sus recomendaciones, la mayoría de las cuales, pese a su contundencia, fueron desechadas por el Gobierno.

El presente artículo examina las principales recomendaciones realizadas por la Comisión Desormeaux en dos dimensiones: (a) la estructura o gobierno de los reguladores financieros nacionales, con especial énfasis en la determinación del grado de independencia o autonomía política, normativa, fiscalizadora y presupuestaria que debe caracterizar a estos órganos en su relación con el gobierno central; y (b) el enfoque o arquitectura de la supervisión financiera, y como las recomendaciones de la Comisión se encuadran con las distorsiones y falencias que dejó en evidencia la reciente crisis financiera de 2008-2009. Para ambas dimensiones, el artículo aporta antecedentes de contexto que permiten evaluar en su mérito las recomendaciones de la Comisión Desormeaux y analizar críticamente las medidas adoptadas por el Ministerio de Hacienda en relación a ellas

1 Abogado UDP y LL.M Duke Law School. Asociado del Estudio Correa Gubbins.

## 1. Antecedentes

En agosto de 2010, en el marco de la agenda de reformas al mercado financiero denominada "Mercado de Capitales Bicentenario", el Ministro de Hacienda del gobierno del Presidente Piñera anunció la instalación de una comisión de expertos que analizaría posibles perfeccionamientos al modelo institucional de supervisión y regulación del mercado financiero local. Dicha comisión recibió el nombre de "Comisión de Supervisión Financiera" y se hizo conocida como la "Comisión Desormeaux", en referencia a su presidente, el ex consejero del Banco Central Jorge Desormeaux.[2]

El informe de la Comisión Desormeaux evacuado en marzo de 2011[3] y el mezquino recogimiento de sus recomendaciones que hizo el Gobierno, constituyen uno de los hitos regulatorios de 2011.

En el presente artículo se analiza el contexto general que sirvió de base al trabajo de la Comisión Desormeaux, los principales aspectos de su informe y sus conclusiones más relevantes. Finalmente, se analizan las propuestas de la Comisión que fueron recogidas por el Gobierno.

## 2. La idea de reformar al regulador: Gobierno y arquitectura de la supervisión financiera

Hasta la caída de Lehman Brothers y el comienzo formal de la crisis financiera en septiembre de 2008, la idea de introducir mejoras en la estructura organizacional de los reguladores financieros en Chile se había enfocado casi exclusivamente en analizar e intentar resolver los riesgos de interferencia política, captura y/o falta de independencia propios de su estructura organizacional. A esto se refiere el denominado "gobierno de la supervisión", que implica el análisis del diseño organizacional de los reguladores en función de los niveles de autonomía e independencia respecto del gobierno central y al mercado regulador mismo.[4]

2 La Comisión fue presidida por el ex consejero del Banco Central, Jorge Desormeaux, y estuvo integrada además por el ex decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica, Arturo Irarrázaval; el ex Ministro de Economía y ex superintendente de Valores y Seguros y actual Presidente del Consejo para la Transparencia, Alejandro Ferreiro; los académicos Luis Cordero, Ronald Fischer y Arturo Cifuentes; y el ex Coordinador de Mercado de Capitales del propio Ministerio de Hacienda, el economista Pablo Correa.

3 Disponible en http://www.hacienda.cl

4 Ver Mascindaro, Donato, Vega, Rosaria y Quintyn, Marc, *The Economic Crisis: Did Financial Supervision Matter?* Working Paper, WP/11/261, (Fondo Monetario Internacional) 2011, p. 4.

Pero la crisis financiera puso de manifiesto también la necesidad de introducir reformas al modelo de supervisión financiera, pues hizo evidente (i) su incapacidad para desarrollar de manera eficaz una supervisión de los conglomerados financieros, (ii) la falta de una estructura regulatoria que permita hacerse cargo de los problemas de riesgo sistémico asociados a la concentración y sofisticación del mercado financiero y (iii) la insuficiencia del *disclosure* como eje regulatorio del sistema de supervisión de la industria de servicios financieros no bancarios. El análisis del sistema o enfoque de supervisión financiera propiamente tales lo que se denomina, por su parte, "arquitectura de la supervisión".[5]

En el presente capítulo se analizan separadamente el gobierno y la arquitectura de la supervisión de los reguladores financieros chilenos, y cómo las recomendaciones de la Comisión Desormeaux se encuadran en cada una de ellas.

### 2.1. "Gobierno de la supervisión": La emancipación del regulador

El llamado gobierno de la supervisión del sector financiero local, esto es, la estructura organizacional de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), de la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) y de la Superintendencia de Seguridad Social (SUCESO), al igual que buena parte de las agencias regulatorias chilenas, se encuentra organizado bajo la forma de lo que la doctrina administrativista nacional denomina órganos descentralizados funcionalmente.

Estos órganos se caracterizan principalmente por tener (i) personalidad jurídica de derecho público y (ii) patrimonio propio (aunque esto último implica únicamente un margen de discrecionalidad mayor en el manejo de su presupuesto, el que, en todo caso, es determinado anualmente por el Gobierno Central y el Congreso Nacional en la Ley de Presupuestos); (iii) por estar sometidas a controles externos o heterónomos de naturaleza flexible, únicamente técnico-jurídicos y supuestamente no de mérito, oportunidad o conveniencia; y (iv)por mantener una relación de tutela o supervigilancia, no de subordinación o jerarquía, con el gobierno central.[6] Además, estos órganos (v) son usualmente dirigidos por autoridades unipersonales, designadas y removidas libremente por el Presidente de la República bajo el modelo de exclusiva confianza.

5 Ibíd.

6 Cea, José Luis, *Teoría del Gobierno*, (Ed. Universidad Católica de Chile) 1999, p. 151.

Precisamente, el régimen de designación y remoción de las autoridades superiores de los reguladores, el limitado poder normativo de que están dotados, así como su falta de independencia para determinar y administrar su presupuesto, han constituido un foco de atención y motivo de constante preocupación por parte de los propios reguladores,[7] el Ministerio de Hacienda,[8] el Congreso Nacional[9] e incluso de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).[10]

A partir de esas críticas, se ha puesto de manifiesto la debilidad del denominado gobierno de la supervisión de los reguladores financieros locales y se ha comenzado a abogar por la idea de introducir reformas legales que permitan transitar desde el modelo de organismo descentralizado y dirigido por autoridades unipersonales libremente designadas y removidas por el Presidente de la República, a un modelo de agencia regulatoria independiente

7 Ver Superintendencia de Valores y Seguros, *Comisión de Valores y Seguros: Una reforma para impulsar el crecimiento, la transparencia y el mejor gobierno del mercado de capitales*, 2008.

8 Ya en 2008, el Ministerio de Hacienda había anunciado formalmente la presentación de una reforma a la estructura organizacional de la Superintendencia de Valores y Seguros, la que estaría estructurada sobre la base de tres grandes objetivos: primero, modificar su estructura superior, pasando de una estructura unipersonal a una colegiada; segundo, separar las funciones de dirección superior en dos órganos distintos: uno a cargo del ejercicio de la potestad sancionadora y el otro a cargo del ejercicio de la función de supervisión y normativa; y tercero, reformar el mecanismo de designación y remoción de los miembros de los órganos superiores, pasando de un régimen de "exclusiva confianza" a uno de nombramiento mixto y remoción por causa fundada, en el entendido que por esta vía los órganos superiores de la SVS estarán dotados de un margen de autonomía mayor del que gozan en la actualidad. Ver Ministerio de Hacienda: *Estado de la Hacienda Pública 2008*, p. 123-124. Disponible en http://www.hacienda.cl

9 Ver Informe de Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados de enero de 2010, en que se propone reformar la Ley Orgánica de la SVS de modo que se transforme la actual estructura de gobierno unipersonal, que recae en el Superintendente (de confianza exclusiva del Presidente), en una Comisión de Valores y Seguros (CVS) regida por una estructura colegiada y con un alto grado de autonomía, proponiendo, en particular, el establecimiento de un Consejo Directivo, del cual dependan las áreas de valores y seguros en materias normativas y de supervisión, y un Tribunal de Valores y Seguros, que retenga la facultad sancionadora que hoy detenta el Superintendente. Sobre la designación de los integrantes del Consejo Directivo, los nombramientos deberían seguir los parámetros que se utilizan para designar a los consejeros del Banco Central, es decir, serían propuestos por el Ejecutivo, ratificados por el Senado y nombrados por un período fijo con un recambio por parcialidades periódicas. Para asegurar su independencia, la remoción sería mediante decreto fundado del Presidente de la República respecto de inhabilidades sobrevinientes, con toma de razón de la Contraloría General de la República. Disponible en www.camara.cl

10 Particularmente ilustrativa resulta la recomendación realizada por el Comité de Gobiernos Corporativos de la OCDE a nuestro país en 2011, en que, teniendo presente el hecho que el cargo de Superintendente de Valores y Seguros es designado y puede ser discrecionalmente removido por el Presidente de la República, sugirió la necesidad de "establecer un sistema de pesos y contrapesos que permita proteger a la SVS del riesgo de intervención política en el cumplimiento de sus decisiones". Esta necesidad de independencia, agrega la OCDE en su informe, "tomará más relevancia una vez que a la SVS le corresponda la supervisión de las empresas públicas o controladas por el Estado". Ver OCDE, *Corporate Governance in Chile*, 2011, p. 12. Disponible en http://www.oecd.org

(ARI), de enorme popularidad a partir de los años 90 en otras jurisdicciones,[11] que implica la existencia de reguladores financieros autónomos de la estructura jerárquica del Gobierno, libres de la posibilidad de intervención política, con un alto grado de *expertise* en su ámbito de competencia y dirigidos por comisiones o cuerpos colegiados cuyos miembros se encuentran sujetos a un régimen causado de remoción. Tal es el caso de la Autoridad de Mercados Financieros de Francia, de la Securities and Exchange Comisión (SEC) de Estados Unidos o la BAFIN alemana, de la Comisión de Valores Mobiliarios de Brasil y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de México.

Sintetizando las críticas de que ha sido objeto el gobierno de la supervisión de nuestros reguladores financieros, se suele afirmar que este parece no dar garantías suficientes en cuanto al grado de independencia objetiva y autonomía necesaria de los reguladores para ejercer sus funciones de manera idónea desde el punto de vista político, normativo, fiscalizador y presupuestario. Veamos cada una de estas dimensiones y las recomendaciones de la Comisión Desormeaux en relación a cada una de ellas:

### 2.2.1. Independencia política

La *independencia política* se refiere a la probabilidad de que el regulador no pueda ser objeto de interferencia en el ejercicio de sus funciones por parte del gobierno central. El grado de autonomía de una agencia regulatoria en esta materia se puede determinar considerando algunos de los siguientes factores:

> (i) La forma en que sus autoridades principales son designadas y si pueden o no ser removidos de sus cargos discrecionalmente por el Presidente de la República u otra autoridad política de alto nivel.[12] Aquellas agencias regulatorias dirigidas por autoridades que no pueden ser removidas discrecionalmente por el Presidente de la República sino que se encuentran sujetas a un régimen de remoción causado y sujeto a la aprobación de un órgano autónomo externo o heterónomo (como puede ser la Corte Suprema o el Senado), se

11 ARI son órganos públicos encargados de la supervisión o regulación de una determinada actividad o industria, dotados de amplios niveles de independencia o autonomía, y en que la posibilidad de injerencia política por parte del Gobierno central se encuentra limitada únicamente a la entrega o establecimiento de políticas generales, no a la resolución o revisión de casos especificos. Ver Jacobzone, Stephane, "Independent Regulatory Agencies in OECD Countries: An Overview", en *OCDE Working Party on Regulatory Management and Reform*, 2005, p. 92

12 Ramirez, Steven, "Depoliticizing Financial Regulation", en *William and Mary Law Review*, 2000, p. 5.

entiende que gozan de un mayor grado de independencia, pues existen contrapesos que disminuyen la posibilidad de injerencia política por parte del gobierno central.

(ii) La estructura de gobierno de la agencia y si esta considera autoridades unipersonales o cuerpos colegiados; estos últimos suponen el aseguramiento de mayores niveles de independencia y, en un cierto plazo, regularidad, conformidad y consistencia de sus decisiones.[13] [14]

(iii) La duración de sus autoridades superiores en el cargo, especialmente de quien la preside,[15] así como si su composición se renueva periódicamente en su totalidad o de manera traslapada, evitando así que los nombramientos de sus consejeros o miembros superiores coincidan con el inicio de cada ciclo político.

(iv) La jerarquía de las autoridades políticas que participan en el nombramiento de sus autoridades superiores, entendiéndose que hay mayor independencia si las designaciones consideran la opinión, el examen o la decisión de autoridades políticas de alto nivel.[16]

Haciéndose cargo de las críticas relacionadas con la falta de *independencia política* del gobierno de la supervisión financiera, la Comisión Desormeaux propuso que el modelo de designación y remoción de las autoridades superiores de los nuevos reguladores financieros fuera reformado conforme a las siguientes recomendaciones:

1° Pasar de órganos dirigidos por autoridades unipersonales al establecimiento de comisiones integradas por 4 directores cada una.

2° El cargo sería de dedicación exclusiva y por un período fijo de 6 años, es decir, por periodos que exceden el ciclo político presidencial.

3° Que el nombramiento de los directores de cada comisión sea realizado por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, con un quórum de 4/7, de modo de asegurar un grado de consenso y representatividad apropiado en las designaciones.

4° Que el presidente de cada comisión sea elegido por el Presidente de la República entre los directores en ejercicio de las respectivas comisiones. Este

13 Jacobzone, Stephane, *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities: A Comparative Overview Across OECD Countries*, 2005, p. 84. Disponible en http://www.oecd.org.

14 Ramírez, op. cit., p.8.

15 Ibíd., p.6.

16 Jacobzone, op. cit., p. 84.

desempeñaría las funciones ejecutivas y asumiría la representación judicial y extrajudicial de la institución.

5° Que la remoción del cargo de director sea por notable abandono de deberes, por incumplimiento de las obligaciones del cargo o por inhabilidad o incompatibilidad, lo que debería ser solicitado por el resto de la comisión o por el Presidente de la República ante la Corte Suprema.

Las recomendaciones de la Comisión Desormeaux sin duda apuntan en la dirección correcta y su implementación implicaría un salto cualitativo en materia de independencia política de los reguladores financieros en comparación a la situación actual. Sin embargo, los niveles de independencia del modelo de gobierno de la supervisión financiera que propone la Comisión Desormeaux podrían incrementarse aun más si el presidente de cada comisión también durara periodos fijos en ese cargo, eliminando con ello la exigencia de contar con la confianza del Presidente de la República para mantenerse en el mismo.

La independencia política del presidente de cada comisión, sobre todo en cuerpos colegiados de cuatro miembros como los que se proponen, es de vital relevancia para garantizar la autonomía del regulador, especialmente si se repara en sus facultades directivas, en la potestad de dirimir las discusiones al interior de cada comisión en caso de empate y en el rol que les cabe en el Consejo de Estabilidad Financiera (CEF), que se analiza en el próximo capítulo.

En este sentido, las razones de mayor "congruencia" entre lo que la Comisión Desormeaux llama "objetivos de política pública" y la "orientación" de la gestión al interior de cada regulador, como argumento para justificar la necesidad de una regla de esa naturaleza, parece insuficiente, pues ella se satisface plenamente con los deberes de coordinación, eficiencia y unidad de acción que la ley actualmente asigna a los órganos de la Administración del Estado.[17]

### 2.1.2. Independencia normativa

La *independencia normativa* se refiere a la potestad del regulador para dictar normas prudenciales y regulaciones relacionadas con las prácticas que las instituciones financieras deben adoptar para mantener la seguridad y estabilidad, incluyendo los niveles de capital mínimo, límites de exposición y provisiones.[18] La independencia, en este caso, viene dada por la potestad de dictar

17 Ver artículos 3° y 5° de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

18 Quintyn, Marc y Taylor, Michael W., "Should Financial Sector Regulators Be Independent?", en *Economic Issues*, 32, (IMF) p. 9. Disponible en http://www.imf.org.

esta clase de reglas de manera autónoma, rápida y flexible, sin tener que someterse al control externo de uno o más órganos políticos.[19]

Como se sabe, el mercado financiero y los agentes que participan en él suelen moverse con una rapidez que sobrepasa por mucho los tiempos que toma la aprobación parlamentaria de una regulación idónea para cada nuevo producto o conducta financiera. En derecho comparado, la experiencia muestra que las agencias regulatorias tienen amplias potestades normativas, lo que asegura que la regulación sea contemporánea al desarrollo de nuevas prácticas y productos por parte de los agentes que participan en el mercado financiero.

Sin embargo, en nuestro país la potestad de los reguladores para dictar normas administrativas de detalle o complemento es limitada; a diferencia de otras jurisdicciones, las leyes sectoriales aplicables no solo contienen principios generales y las bases esenciales de la regulación, sino que, en muchos casos, normas técnicas extremadamente detalladas, que exceden por mucho las competencias técnicas del parlamento y la velocidad de este para reaccionar frente a cambios o circunstancias que pueden hacer necesaria una nueva regulación sectorial.[20]

Compartiendo este diagnóstico, la Comisión Desormeaux recomendó dotar a las entidades regulatorias de *mayores facultades normativas*, de manera de posibilitar una adecuación más oportuna y expedita del marco normativo que rige al mercado financiero regulado.[21]

En relación a este punto, la Comisión Desormeaux también hizo presente la dificultad de iniciar un proceso de "deslegalización" de ciertas materias y reconfiguración del ámbito o dominio que correspondería al parlamento y a los reguladores, al menos para el conjunto de normas legales actualmente vigentes.

---

19 Ibíd.

20 Ver Larraín, Guillermo y Larraín, Matías, "Hacia una reforma de la institucionalidad financiera en Chile", Documento de Trabajo, 12, (Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo) 2012, p. 21.

21 Estrechamente vinculado a esta recomendación, la Comisión Desormeaux sugirió además la instalación de un sistema integrado de evaluación de impacto regulatorio, que permita mejorar la calidad del mismo a través del establecimiento de reglas claras sobre la materia.
En este mismo sentido ya se había pronunciado el ex Ministro de Hacienda del gobierno de la Presidenta Bachelet, en cuanto al reconocimiento de que uno de los desafíos pendientes en materia regulatoria era establecer, a nivel central, una agencia de supervisión de la calidad de la regulación económica, en la línea de la *Better Regulation Executive* inglesa y de la *Office of Information and Regulatory Affaires* estadounidense, cuya función principal es la de compilar y revisar la regulación existente, así como analizar la idoneidad, pertinencia e impacto económico de las propuestas de cambios regulatorios diseñadas por distintas agencias regulatorias sectoriales. Ver Ministerio de Hacienda, *Estado de la Hacienda Pública 2009*, p. 191. Disponible en http://www.hacienda.cl

### 2.1.3. Independencia de fiscalización

La *independencia de fiscalización* supone que los reguladores tienen la potestad de monitorear, supervisar e inspeccionar a las instituciones financieras, así como de imponer sanciones y revocar licencias o autorizaciones, de manera autónoma, sin la intervención del Gobierno central[22] o de la industria regulada.

La independencia de fiscalización supone la concreción de varios objetivos. En primer lugar, implica la existencia de un marco legal idóneo que permita al regulador ejercer sus potestades de fiscalización y sanción de manera autónoma respecto del gobierno central. Para alcanzar este objetivo, los mecanismos de nombramiento de sus autoridades superiores y la existencia de un régimen de remoción causado, ya comentados, resultan claves.

En segundo lugar, la independencia de fiscalización implica también la idea de asegurar que las potestades de supervisión, fiscalización y sanción se ejerzan de forma independiente de los sujetos regulados, es decir, evitando el riesgo de captura del regulador respecto de la industria fiscalizada. En relación a este punto, (i) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, (ii) el nivel de remuneraciones de las autoridades superiores y directivos del regulador, (iii) la eficacia de un régimen de inhabilidades post empleo y (iv) la existencia de un régimen que les otorgue protección legal frente a las decisiones que adopten en el ejercicio de sus funciones, son factores de vital importancia.

Ponderando las críticas y debilidades del actual gobierno de la supervisión de los reguladores financieros en materia de independencia respecto de los sujetos fiscalizados, la Comisión Desormeaux propuso las siguientes medidas:

1° Que el cargo de director de una Comisión sea de dedicación exclusiva y que quienes lo ejerzan posean un reconocido desempeño profesional o académico en el área.

2° Que el sistema de inhabilidades e incompatibilidades se asimile al que rige hoy para las autoridades superiores y consejeros del Banco Central de Chile.

3° Que las remuneraciones de las Comisiones sean suficientes para retener a personal altamente capacitado, tanto a nivel directivo, como de equipos profesionales.

4° Que las rentas del Presidente y los directores se fijen a través del procedimiento utilizado por el Banco Central de Chile.

22 Ver Quintyn, op. cit., pp. 6 y 11.

5° Establecer un régimen de post-empleo para los directores y principales ejecutivos de las Comisiones, garantizando el 80% de su remuneración por un período de dos años. Durante ese período, dichas personas no podrían trabajar en el sector regulado,[23] y

6° Extender a todos los funcionarios de agencias reguladoras el beneficio de defensa legal en los juicios generados como consecuencia de las decisiones adoptadas en el desempeño de su cargo.[24]

Pese a compartir las medida propuestas por la Comisión Desormeaux en esta materia, el régimen de incompatibilidades exigible a los consejeros del Banco Central contenido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Banco Central podría ser insuficiente para aislar de manera eficaz el riesgo de captura de los reguladores financieros, particularmente en cuanto a la posibilidad de que estos puedan mantener posiciones en valores de oferta pública emitidos por sociedades fiscalizadas.

De este modo, los niveles de independencia de fiscalización podrían elevarse aun más si, por ejemplo, se estableciera (i) la obligación de televisar las sesiones de comisión y sala del Senado en que se discutan las respectivas designaciones (incluidas, además, las exposiciones de los candidatos) y, en concordancia con la recién aprobada Ley de Reforma Constitucional N°20.414 sobre Calidad de la Política,[25] (ii) la obligación de mantener en el sitio web de cada órgano las declaraciones actualizadas de su patrimonio e intereses; (iii) el establecimiento de un estricto régimen de prohibiciones y abstenciones de transar instrumentos en el mercado financiero local; y, eventualmente, (iv) la obligación de enajenar ciertos activos o de constituir un fideicomiso ciego (rebautizado por el Gobierno como "Mandato de Administración Discrecional

23 Esta recomendación implicaría un complemento o una modificación de la prohibición de la llamada puerta giratoria o "*revolving door*" contenida en el inciso final del artículo 56 de la LOCBGAE, que pesa sobre las autoridades públicas que ejercen funciones fiscalizadoras de desempeñarse en la industria regulada dentro de los seis meses siguientes a la cesación en el cargo. Intentos similares de complemento y medidas para mejorar la eficacia de esta prohibición formaron parte de la agenda de mejoramiento de la calidad de la política, probidad y transparencia que impulsó el Gobierno de la Presidenta Bachellet en 2006 (ver proyectos de ley (i) que establece impedimentos para ocupar cargo en instituciones privadas sujetas a fiscalización por el funcionario respectivo (Boletín N°4186-07) y (ii) que amplia la incompatibilidad a 12 meses de los ex funcionarios de los entes fiscalizadores para incorporarse al sector privado (Boletín N° 502506).

24 Este derecho de protección fue incorporado con ocasión de la aprobación de la Ley 20.190 de 2007, como resultado de las recomendaciones que ya habían hecho en la materia el Banco Mundial y la OCDE.

25 Ver incisos 3° y 4° del nuevo artículo 8° de la Constitución Política, incorporado por la Ley de Reforma Constitucional N°20.414 de enero de 2010 en relación con la publicidad de las declaraciones de intereses y patrimonio y con la habilitación legal para el establecimiento de la figura del fideicomiso ciego para ciertas autoridades públicas en caso de conflicto de interés.

de Cartera de Valores y Enajenación de Activos") para la administración de sus activos financieros cuando su posición pueda acarrear un eventual conflicto de interés para un director en particular.[26]

En tercer lugar, la independencia de fiscalización supone la existencia de un procedimiento adecuado de protección de los derechos de los sujetos regulados, esto es, un procedimiento sancionatorio con reglas claras e instancias separadas de investigación y sanción, que respete las garantías procesales de los sujetos fiscalizados.

En efecto, una de las potestades más emblemáticas de que están dotadas las agencias reguladoras es aquella que las habilita para imponer sanciones administrativas (multas, censuras, revocaciones, etc.) en aquellos casos en que los entes fiscalizados infrinjan el marco regulatorio a que están sujetos. Aun más, buena parte de la independencia de una agencia regulatoria se juzga, precisamente, en su autonomía para ejercer esta atribución. Con todo, el ejercicio del poder sancionatorio por parte de las agencias regulatorias en general plantea una serie de problemas.[27]

Una primera cuestión implica decidir si la agencia constituirá una instancia más bien jurisdiccional o, si se quiere, de primera instancia. En ese caso, las sanciones han de ser impuestas por el órgano administrativo luego de un proceso previo, debidamente sustanciado internamente, en que los administrados están revestidos de las suficientes garantías en materia de derecho a defensa, prueba e imparcialidad y objetividad del órgano sancionador. En este caso, al interior del órgano regulador deberá existir una instancia separada, dotada de cierta autonomía funcional, encargada de recabar los antecedentes y la prueba suficiente que permita fundar racionalmente la imposición de la sanción. Deberá existir, además, una instancia independiente, idealmente colegiada, dotada de la competencia para ponderar los antecedentes recabados por el acusador y la prueba o argumentos aportados por el administrado, de manera tal que el acto sancionatorio sea impuesto, en los hechos, por una autoridad investida de la debida objetividad e imparcialidad. Esta es la lógica que parece recomendar la Comisión Desormeaux al hacer presente la necesidad de dar mayores garantías de objetividad e

26 De especial relevancia para el gobierno de la supervisión de los nuevos reguladores financieros resulta analizar las nuevas exigencias en materia de declaración de patrimonio e intereses, así como la obligación de enajenar ciertos activos o de otorgar mandatos de administración de cartera previstas en el proyecto de ley que Regula la Función Pública, actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado (ver Boletín 7616-06).

27 Ver Larraín, Guillermo y Larraín, Matías, op. cit., p. 24.

imparcialidad a los fiscalizados, trasladando la potestad sancionatoria a la Comisión respectiva.

Al proponer este modelo, la Comisión Desormeaux se separó del diseño institucional que ha sido adoptado en otros casos análogos, en que la agencia regulatoria cuenta esencialmente con potestades acusatorias y un poder sancionatorio directo restringido, y su acción se encuentra sometida a la aprobación de mérito y forma por parte de un órgano independiente cuasi jurisdiccional. Tal es el caso del modelo de protección de la libre competencia vigente en Chile desde mediados de la década pasada, en que el poder acusatorio reside en la Fiscalía Nacional Económica y la potestad sancionatoria propiamente tal reside en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Un modelo similar fue recientemente adoptado también en materia tributaria y aduanera, con los recientemente instalados Tribunales Tributarios y Aduaneros.[28]

Con todo, la Comisión recomendó, además, que en materia de reclamación de sanciones e impugnaciones en contra de actos administrativos o normativos de las Comisiones, sea posible la revisión judicial de las decisiones de la agencia, tanto en la legalidad como en la "razonabilidad" de las decisiones.

En relación a este punto, pareciera ser que la Comisión Desormeaux decidió tomar distancia de la tendencia predominante en materia de revisión judicial de decisiones de agencias regulatorias, determinada por la aplicación de la llamada doctrina de la "deferencia", la cual postula que las cortes deben abstenerse de revisar el mérito y conveniencia de decisiones administrativas técnicas cuando estas han sido adoptadas al interior de la administración, en el marco de procedimientos complejos, provistos de instancias de reflexión y análisis de los pros y contras de cada una de ellas.[29]

---

28 Hasta la dictación de la ley, el Servicio de Impuestos Internos (SII) y el Servicio Nacional de Aduanas ejercían funciones de juez y parte en los procesos que mantenían con los contribuyentes, situación que había sido objeto de innumerables reproches de constitucionalidad. La Ley N° 20.322 de 2009, que Crea los Tribunales Tributarios y Aduaneros, estableció tribunales independientes del SII y de administración aduanera, bajo la supervigilancia de la Corte Suprema. Asimismo, instituyó un recurso especial de amparo en favor de los contribuyentes, a través del cual se busca proteger a quienes consideren vulnerados sus derechos producto de un acto u omisión de la administración tributaria o aduanera. El conocimiento de estos casos corresponderá en primera instancia a los Tribunales Tributarios y Aduaneros y, en segunda, a las Cortes de Apelaciones respectivas.

29 La doctrina de la deferencia, en el caso de la revisión judicial de decisiones adoptadas por agencias regulatorias, fue elaborada por la Corte Suprema Norteamericana a partir del caso *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (1984) y* se ha transformado en uno de los pilares del sistema de reparto de competencias y controles entre órganos del Estado. De acuerdo a la mencionada doctrina, los jueces pueden revisar la legalidad de las decisiones adoptadas por agencias regulatorias, si fueron dictadas conforme al procedimiento previsto en la ley y si lesionan o no derechos subjetivos, pero no pueden revisar la decisión en sí misma ni su mérito o conveniencia, pues ello requiere conocimientos técnicos que los jueces ordinarios no tienen.

### 2.1.4. Independencia presupuestaria

La *independencia presupuestaria* está dada en función del nivel de injerencia del Gobierno central y del Congreso Nacional en la confección y determinación del presupuesto del regulador, así como por la intensidad y clase de controles a que debe someterse en la administración del mismo.[30]

Adicionalmente, la independencia presupuestaria está determinada en función de la libertad de las autoridades superiores del regulador para organizar al personal de la institución, en atención a las necesidades que ella misma defina.[31] Si el financiamiento de la institución está determinado en el presupuesto nacional, la partida correspondiente al regulador debe ser propuesta y justificada por este, de acuerdo a parámetros objetivos y razonables.[32] Los reguladores del sector financiero chileno tienen fijado su presupuesto sobre base anual en la ley de presupuestos.[33]

En relación a este punto, la Comisión Desormeaux recomendó dotar a las agencias regulatorias de un cierto grado de *autonomía presupuestaria*, de forma que la nueva institucionalidad no se vea restringida en el ejercicio de sus atribuciones, ni en su autonomía, por limitaciones presupuestarias. En concreto, la Comisión recomendó:

1° Que el presupuesto de los reguladores se financie con una tarifa regulatoria, objetiva y legalmente definida, de cargo de las entidades reguladas, y

2° Que dicha tarifa sea ajustada quinquenalmente por el Consejo de Estabilidad Financiera-CEF (cuyas características y atribuciones se analizan más adelante), bajo parámetros establecidos por ley, lo que en opinión de la Comisión le daría estabilidad al presupuesto, protegiendo la autonomía de las comisiones.

30 Ver Jacobzone, op. cit., p.101.

31 Ver Quintyn, op. cit., p. 15.

32 Ibíd., p.16.

33 Con la particularidad del caso de la SBIF, en que, pese a lo dispuesto en los artículos 8° y 9° de la Ley General de Bancos, que establecen que los recursos para el funcionamiento de la misma son de cargo de las instituciones fiscalizadas, cerca del 75% de los recursos aportados por la industria bancaria para este fin son anualmente traspasados a rentas generales de la Nación bajo la forma de excedentes de caja de los servicios e instituciones incluidos en la Ley de Presupuestos. Así, por ejemplo, para el año 2011, del total aproximado de USD$64,3 millones que recibió la SBIF por parte de los bancos, alrededor de un 76% (US$49 millones) fueron traspasados a Rentas Generales bajo la Ley de Presupuestos. Ver http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=38022

## 2.2. Problemas relacionados con la "arquitectura de la supervisión"

### 2.2.1. Modelos de arquitectura de la supervisión

En general, en relación con la arquitectura de la supervisión financiera se suelen distinguir al menos cuatro modelos: (i) El modelo institucional, por silos o industrias, (ii) el modelo por funciones (iii) el modelo de *Twin Peaks* y (iv) el modelo integrado o de supervisor único.[34]

A continuación, se revisan los aspectos principales de cada uno de esto modelos de arquitectura de la supervisión financiera:[35]

> i) El *modelo institucional*, por silos o industrias, es el modelo estándar y uno de los más difundidos en el mundo, y estructura a los supervisores de acuerdo al estatus legal de los sujetos regulados. Así, la supervisión financiera contempla una estructura regulatoria para bancos, compañías de seguros, administradoras de fondos de terceros, emisores de valores, intermediarios y bolsas. Algunos países que aplican este tipo de enfoque regulatorio son Chile, Estados Unidosm,[36] China, Hong Kong y México. Se suele señalar que este modelo no se hace cargo de la supervisión de conglomerados financieros y que puede ser fuente de descoordinaciones entre reguladores o de arbitrajes regulatorios, por la aplicación de regulaciones diversas a una misma actividad.
>
> ii) El *modelo funcional* está determinado según el negocio que llevan adelante los sujetos regulados, sin importar su estatus legal, correspondiendo a cada tipo de negocio su propio regulador funcional. El modelo funcional de arquitectura de supervisión financiera tiene la ventaja de ser más eficiente y disminuir la posibilidad de arbitraje regulatorio. Sin embargo, no se hace cargos de los problemas de supervisión de conglomerados financieros, e implica el establecimiento de una estructura organizacional compleja y aparatosa, con múltiples reguladores.[37]

34 The Group of Thirty, 2008, "The Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace", en Larraín, Guillermo y Larraín, Matías, op. cit., p. 18.

35 Un análisis más detallado de las características y ventajas de cada modelo de arquitectura de la supervisión financiera se puede encontrar en ibíd., pp. 18-19.

36 El caso norteamericano es excepcional, ya que el enfoque por silos se complementa con el característica del enfoque integral. Adicionalmente, el nivel de complejidad de la estructura regulatoria de Estados Unidos es muy alto debido a la cantidad de organismos existentes a nivel estatal. Por esta razón, en el 2008 U.S. Treasury's *Blueprint of a Modernized Financial Regulatory Structure* propuso transitar hacia un enfoque funcional en el largo plazo. Citado por ibíd., p. 18.

37 Ver Banco Central de Chile, División de Política Financiera, *Informe Comisión de Supervisión Financiera: Análisis de las propuestas más relevantes*, Disponible en www.bcentral.cl

iii) El *modelo de Twin Peaks* implica un sistema de supervisión por objetivos, en que existen dos reguladores: uno a cargo de supervisar la solvencia de los agentes o sujetos regulados y otro a cargo de la supervisión de la conducta de los mismos. El modelo original de este tipo nació en Australia, pero hay varios países que lentamente se mueven en esa dirección, incluyendo a Francia y España.

iv) El *modelo integrado* implica la reunión, en un solo regulador, de las funciones de supervisión de solvencia y conducta de mercado de los sujetos o agentes regulados. Este modelo de supervisión fue implementado por primera vez en el Reino Unido en 1998. Hoy en día ha sido adoptado también por Bolivia, Colombia, Alemania, Japón y Suiza. Este modelo supone una mejor aproximación a la supervisión de conglomerados financieros y la eliminación de potenciales arbitrajes regulatorios. Sin embargo, al tener a su cargo la supervisión de objetivos múltiples, el modelo Integrado puede exponer al regulador a eventuales de conflictos.

### 2.2.2. Lecciones regulatorias de la crisis financiera en relación con la arquitectura de la supervisión

La crisis financiera dejó en evidencia una serie de problemas relacionados con la arquitectura de la supervisión financiera de aquellas jurisdicciones organizadas bajo el modelo de supervisión institucional (por silos o industria). En primer lugar, la crisis develó la ineptitud para hacerse cargo de la regulación de conglomerados financieros. En segundo término, puso en evidencia la falta de una estructura regulatoria idónea que permitiera enfrentar adecuadamente los problemas de riesgo sistémico asociados a crisis o periodos de estrés. Y, en tercer lugar, demostró la insuficiencia del *disclosure* como eje regulatorio del sistema de supervisión financiera no bancaria.

En cuanto a los problemas relacionados con la supervisión de conglomerados financieros, la crisis financiera evidenció que los sistemas de supervisión basados en el modelo institucional (por silo o industria) carecían de (i) estándares uniformes para la supervisión de esos grupos y de (ii) instancias adecuadas y regulares de coordinación entre reguladores para monitorear y controlar el riesgo sistémico, operacional y financiero asociado a estos grupos.[38] Asimismo, la crisis dejó al descubierto (iii) la incapacidad de los regula-

38 Brown, Elizabeth, "The New Laws and Regulations for Financial Conglomerates: Will They Better Manage the Risks than the Previous Ones?", en *American University Law Review*, Vol. 60, 2, 2011, p. 19.

dores para advertir y entender esos riesgos con una mirada global del negocio financiero y no segmentado por industrias en particular y su ineptitud para hacerse cargo del rápido crecimiento y de la alta concentración de la industria de servicios financieros en general, que permitieron a muchos de esos grupos alcanzar tamaños tan desmedidos que se hicieron demasiados grandes para dejarlos caer ("*to big to fail*"),obligando a muchos gobiernos a diseñar cuantiosos planes de salvataje, con todos los problemas de riesgo moral que ello implica.[39]

Asimismo, aunque estrechamente vinculado a lo anterior, la crisis financiera demostró también que la lógica regulatoria que utiliza la arquitectura de la supervisión financiera basada en el modelo institucional (por silos o industrias) para supervisar y regular el sector financiero no bancario no puede descansar exclusivamente en el *disclosure*.[40]

En efecto, el modelo regulatorio del mercado financiero no bancario se funda casi exclusivamente en la capacidad de los inversionistas para realizar su propia estimación y análisis riesgo/retorno asociado a una determinada inversión, sobre la base de la información que los emisores de valores divulgan constantemente al mercado. En ese contexto, al sistema regulatorio le corresponde proveer las condiciones necesarias para que toda la información relevante que pueda afectar la decisión de invertir se encuentre disponible para todos los inversionistas de manera igualitaria y oportuna. Sobre las empresas que buscan financiamiento en el mercado (el emisor de los valores) pesa el deber de divulgar al público (al mercado) toda la información sobre sí mismo, sus valores y negocios de un modo veraz, suficiente y oportuno. Y sobre los

Disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol60/iss5/2

39 Ibíd.

40 El *disclosure,* o la obligación de divulgar información al mercado, es la metodología que el derecho del mercado de valores ha escogido como la principal herramienta para velar por la existencia de un mercado eficiente. El razonamiento que subyace a esta predilección por la información es que los inversionistas son protegidos de manera idónea únicamente si todos los aspectos relevantes de los títulos o valores en transacción han sido total y correctamente revelados. El *disclosure* total, se asume, provee a los inversionistas de la oportunidad para evaluar el mérito y el riesgo de una inversión y, en el caso de inversionistas con un mayor grado de sofisticación, de defenderse por sí mismos. De este modo, el modelo regulatorio del mercado financiero descansa en la capacidad de los inversionistas para realizar su propia estimación y análisis riesgo/retorno asociado a una determinada inversión, debiendo el sistema regulatorio proveer las condiciones necesarias para que toda la información relevante que pueda afectar la decisión de invertir se encuentre disponible para todos los inversionistas de manera igualitaria y oportuna. Sobre el emisor de los valores pesa el deber de divulgar al público (al mercado) toda la información sobre sí mismo, sus valores y negocios de un modo veraz, suficiente y oportuno. Y, sobre los demás agentes que participan en el mercado, esto es, intermediarios, bolsas, inversionistas y medios de comunicación, entre otros, pesa la obligación de no distorsionar, falsear, adulterar ni presentar de un modo falso, tendencioso o interesado esa información. Ver Larraín, Guillermo y Larraín, Matías, op. cit., p. 10.

demás agentes que participan en el mercado –esto es, intermediarios, bolsas, inversionistas y medios de comunicación, entre otros– pesa la obligación de no distorsionar, falsear, adulterar ni presentar de un modo falso, tendencioso o interesado esa información.[41]

Con todo, la regulación aplicable al sector financiero no bancario contempla mecanismos muy limitados para enfrentar problemas de liquidez, solvencia y riesgo sistémico que pueden gatillarse como consecuencia de una crisis de alta intensidad respecto de sujetos regulados que nos son bancos.[42] Como asegura el Profesor Steven Schwarcz, cuyas opiniones fueron recibidas por la Comisión Desormeaux, el *disclosure* por sí solo es inadecuado para prevenir una crisis sistémica, especialmente si es de la magnitud de la que tuvo lugar en 2007, en la medida que el sistema está diseñado para que los inversionistas obtengan utilidades a partir del uso que hagan de la información divulgada, aun cuando con sus acciones afecten la seguridad o salud del sistema financiero en general.[43]

### 2.2.3. Propuestas de la Comisión Desormeaux en relación a la "arquitectura de la supervisión"

En sintonía con el diagnóstico anterior, especialmente con las debilidades del modelo institucional (por silo o industria) que quedaron en evidencia con ocasión de la última gran crisis financiera, la Comisión Desormeaux recomendó adoptar un modelo de *Twin Peaks* o de supervisión por objetivos, que agrupe las tareas de supervisión y regulación financiera en dos grandes áreas: (i) la supervisión de solvencia, a cargo de una Comisión de Solvencia (CS), y (ii) la supervisión de conducta de mercado, a cargo de una Comisión de Conducta de Mercado (CCM).

Para la Comisión Desormeaux, la CS debería reunir la actual SBIF y la Intendencia de Seguros bajo un solo órgano regulador, cuyo objetivo sería promover la estabilidad y solvencia de las instituciones financieras bajo fiscalización. Para ello, recomendó que la CS herede las facultades de la SBIF y de la Intendencia de Seguros en lo que se refiere a regulación de solvencia y supervisión de instituciones financieras.

41 Ibíd.

42 Ver Schwarcz, Steven, "Protecting Financial Markets: Lessons from the Subprime Mortgage Meltdown", en *Duke Law School Legal Studies*, Research Paper Series N°175, 2007, p. 14. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1056241

43 Ibíd.

Aunque la lógica regulatoria es muy similar, la Comisión decidió no incorporar a la CS al regulador del sistema de pensiones, esgrimiendo para ello la profunda modificación de que fue objeto el sistema de pensiones en 2008, en que a la SP le fueron conferidas atribuciones en materia de supervisión del pilar solidario del sistema de pensiones y competencias respecto de los Administradores del Fondo de Cesantía, materias que, si bien pueden ser de resorte financiero, pertenecen más bien al ámbito de la seguridad social.[44]

Asimismo, y pese al rol de supervisión de solvencia y conducta de mercado que actualmente ejerce la SUCESO respecto de las llamadas Cajas de Compensación de Asignación Familiar, autorizadas por ley a participar en el mercado del crédito, la Comisión no se pronunció respecto al futuro de esta superintendencia ni a la supervisión de este cada vez más relevante segmento de la industria crediticia no bancaria.[45]

De acuerdo con las recomendaciones de la Comisión Desormeaux, la CCM se formaría con la intendencia de Valores de la SVS, más los elementos de conducta de mercado actualmente en la SBIF y la Intendencia de Seguros, además de la institucionalidad de defensa del consumidor financiero actualmente a cargo del SERNAC, reforzada con la entrada en vigor de la Ley N°20.555 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. El objetivo de la CCM sería promover la confianza en los servicios financieros y velar por su integridad, con el fin de proteger a los consumidores y asegurar el buen funcionamiento de los mercados financieros. Para ello, heredaría de la SVS las atribuciones y potestades relacionadas con la supervisión y regulación de mercados.

Finalmente, para abordar los problemas de riesgo sistémico asociados a la concentración del mercado financiero, la Comisión Desormeaux propuso la creación de un Consejo de Estabilidad Financiera(CEF),a cargo de velar por la integridad y solidez del sistema financiero. El CEF estaría integrado por el Ministro de Hacienda (quien lo presidiría), el Presidente del Banco Central de Chile (Banco Central) y los Presidentes de las tres nuevas Comisiones: CS, CCM y de Pensiones (CP).Para cumplir con su misión, el CEF estaría dotado básicamente de las siguientes atribuciones:

44 Con todo, la Comisión sí recomendó someter al regulador de pensiones a las reformas de "gobierno de la supervisión", en el sentido de transformarla en un cuerpo colegiado dotado de mayores grados de independencia y autonomía desde el punto de vista político, normativo, fiscalizador y presupuestario.

45 Véase Larraín, Guillermo y Larraín, Matías, op. cit., p. 19.

i) Tendría un rol preventivo, identificando, supervisando y mitigando los riesgos para la estabilidad financiera.
ii) Formalizaría la coordinación entre agencias regulatorias para evaluar y manejar el riesgo sistémico
iii) Podría elaborar y recomendar políticas que contribuyan a la macro estabilidad financiera, estableciendo para ello: (a) requerimientos contra cíclicos de capital y garantías, ponderaciones variables de reservas y castigos en función del riesgo; (b) límites al endeudamiento y provisiones de riesgo prospectivas; (c) requisitos de liquidez y límites a la concentración de activos en sectores específicos; (d) límites a la deuda exigible en el corto plazo, normas para limitar el riesgo de contraparte y niveles de *disclosure* o información mínimos en los estados financieros; y (e) requisitos mínimos de sistemas de respaldo y de *backoffice* y normas operacionales.
iv) Podría recomendar la incorporación de nuevos sectores o instrumentos al perímetro regulatorio, si estimase que esos instrumentos o sectores representan un peligro para la estabilidad financiera.
v) En caso de crisis, de manera de limitar su propagación y evitar que afecte al resto de la economía, coordinaría las acciones de los organismos reguladores, del Banco Central y del Ministerio de Hacienda, pudiendo recomendar la intervención de una institución cuyo colapso financiero pudiera provocar riesgo sistémico. Esta intervención podría consistir en la extensión de créditos de corto plazo, adquisición de activos o la liquidación ordenada de la entidad. A su turno, el Banco Central estaría facultado para extender créditos de urgencia o adquirir activos del sector financiero no bancario si su colapso representara un riesgo sistémico. Tal como los bancos, estas instituciones estarían sujetas a un sistema de liquidación ordenada, la que, para evitar temas de riesgo moral, debería contemplar severos castigos para los inversionistas y acreedores de la institución afectada.

En cuanto al funcionamiento y distribuciones de poderes al interior del CEF, las decisiones de este se adoptarían por mayoría simple, salvo cuando comprometiesen recursos fiscales o la autonomía del Banco Central, en cuyo caso el Ministerio de Hacienda y el Banco Central tendrían poder de veto.

En relación a esto último, para la Comisión Desormeaux, las decisiones del CEF no afectarían la independencia de los reguladores sectoriales, salvo en materias que afecten la estabilidad financiera, en cuyo caso debería darse prioridad a la macro estabilidad financiera por sobre los objetivos de solvencia y conducta de mercado correspondientes a cada regulador. Aun más, la Comisión Desormeaux recomendó que en caso de ambigüedad en la interpretación de una norma de importancia sistémica, el CEF pudiera establecer la interpretación definitiva, con efecto vinculante sobre los reguladores.

Esta es quizás una de las recomendaciones más relevantes de la Comisión Desormeaux en materia de arquitectura de la supervisión financiera, pues, frente a decisiones regulatorias que puedan poner en riesgo la estabilidad macroeconómica, recomendó que el elemento concluyente sea la protección de esta última, aun cuando ello importe sacrificar la protección del consumidor o, eventualmente, la posibilidad de imponer una sanción a un determinado agente por una conducta abusiva.

Aunque entre los economistas existe relativo consenso en cuanto a la lógica detrás de una política como esta, el desafío para el derecho constitucional y administrativo de encuadrar un razonamiento como este con el sistema legal no parece ser un tema pacífico en otras jurisdicciones.[46]

## 3. Lo que recogió el Gobierno de las recomendaciones de la Comisión Desormeaux: Gobierno de la supervisión y la instalación de facto del CEF

Pese al esfuerzo desarrollado por la Comisión Desormeaux y a la contundencia de la gran mayoría de sus recomendaciones, el Gobierno decidió adoptar solo algunas de ellas. En efecto, en abril de 2011, un mes después de haber recibido el informe final evacuado por la Comisión Desormeaux, el Ministro de Hacienda presentó la agenda de reformas que serían implementadas a partir de sus recomendaciones.[47]

46 Ver *The New York Times*, "Some Ask if Bailout Is Unconstitutional". Disponible en http://www.nytimes.com/2009/01/16/us/politics/16challenge.html. Ver también Levy, Robert, *Is the bailout constitutional*, publicado en Financial Times el 20 de octubre de 2008. Disponible en http://www.cato.org/publications/commentary/is-bailout-constitutional

47 Ver Ministerio de Hacienda: "Presentación de principales ejes de la Reforma al Sistema de Regulación y Supervisión Financiera". http://www.hacienda.cl

De dicha presentación se concluye que, del total de recomendaciones, el Gobierno decidió incluir en su agenda de reformas únicamente aquellas relacionadas con el mejoramiento de lo que hemos denominado gobierno de la supervisión yla instalación del CEF (de un modo legalmente discutible, según se analiza enseguida).

Sin embargo, y sin explicar públicamente las razones de su determinación, el Gobierno decidió dejar de lado la implementación de las recomendaciones relacionadas con el rediseño de la arquitectura de supervisión financiera.

En cuanto a las recomendaciones relacionadas con el mejoramiento del gobierno de la supervisión, el Gobierno se comprometió a enviar a tramitación legislativa (inicialmente en el segundo semestre de 2011, lo que fue luego postergado para el primer semestre de 2012) un proyecto de ley que transformaría las actuales SVS, SBIF y SP en Comisión de Valores y Seguros, Comisión de Bancos e Instituciones Financieras y Comisión de Pensiones, respectivamente. A la fecha no se han dado detalles públicos sobre las características de estas nuevas comisiones, pero suponemos que ellas deberían ir en la línea de las recomendaciones realizadas por la Comisión Desormeaux respecto a independencia política, normativa, de fiscalización y presupuestaria.

En cuanto a la instalación del CEF, el Gobierno decidió constituirlo por la vía administrativa[48] y evitar con ello la discusión política de sus fines, características y limitaciones en la arena legislativa. Razones para haber sometido la creación del CEF a la aprobación del Congreso Nacional sobran, pues en él se fijan nuevas funciones (como la de velar por la estabilidad del sistema financiero) y se consagran nuevas atribuciones a órganos públicos, como las siguientes:

- solicitar información a la SVS y SBIF;
- identificar y evaluar riesgos sistémicos;
- proponer a SVS y SBIF procesos de supervisión específicos y la entrega de sus resultados al propio CEF;
- proponer a las agencias a la SVS y SBIF solicitar información a determinados agentes de la industria financiera, la cual será compartida de acuerdo con el artículo 18 bis de la Ley General de Bancos, esta última vigente desde 2007, pero con el propósito de permitir una suerte de supervisión de conglomerados entre los re-

48 Decreto Supremo N°953, de 11 de julio de 2011.

guladores financieros y otorgar una base legal al funcionamiento del llamado Comité de Superintendentes.[49] En este caso, además, si la información solicitada fuese secreta o reservada, ella sería compartida con los miembros del Consejo (incluido el Ministro de Hacienda) de acuerdo con las reglas que regulen su entrega y divulgación.

En el propio Decreto Supremo constitutivo del CEF se reconoce expresamente que los reguladores financieros sectoriales, esto es, la SVS y la SBIF, "no tienen la obligación de velar por la estabilidad del sistema financiero", cuestión que confirma la idea de que, por tratarse una nueva función pública, debiese tener sus aspectos esenciales o de base fijados en una ley.

Pero más preocupante aun es el retroceso que la instalación de facto del CEF implica en términos de la tan esperada autonomía de los reguladores financieros y en materia de gobierno de la supervisión, toda vez que, por la vía administrativa y sin mediar autorización legal previa mínima, se ha abierto la posibilidad de que el Ministro de Hacienda, autoridad eminentemente política, pueda acceder a información reservada obtenida por los reguladores como resultado de un proceso de fiscalización particular.

De hecho, la norma de la Ley de General de Bancos, citada como fuente legal habilitante para eventualmente permitir que información obtenida en un proceso de fiscalización sea compartida con otros reguladores, no incluye a las autoridades del Ministerio de Hacienda ni del Banco Central, precisamente para evitar el riesgo de injerencia política y proteger la independencia de fiscalización de los reguladores financieros.

Ahora bien, los redactores del decreto supremo constitutivo han sido cuidadosos en enmarcar las potestades del CEF bajo la forma de "recomendaciones" o "propuestas" y no como decisiones coercibles. Pero eso es así en el texto y habrá que examinar con detalle qué materias se discuten y deciden al interior del CEF.

Es de esperar que, en el futuro próximo, el gobierno recoja las recomendaciones de la Comisión Desormeaux, tanto en materia de gobierno como de arquitectura de la supervisión, y decida legalizar la institucionalidad de facto que ampara actualmente al CEF, pues con ello introduciría probablemente la

49 Ver Larraín, Guillermo y Larraín, Matías, op. cit., p 20.

reforma más importante en nuestra institucionalidad económica y regulatoria desde 1925, cuando, como resultado de las recomendaciones realizadas por el Dr. Edwin Walter Kemmerer, fueron sentadas las bases del modelo de supervisión que nos rige en la actualidad.[50]

50 Ibíd., p.16.

# ELEMENTOS PARA LA DISCUSIÓN SOBRE AGENCIAS INDEPENDIENTES EN CHILE. EL CASO DE LAS SUPERINTENDENCIAS[1]

*Luis Cordero Vega*[2]
*José Francisco García*[3]

**Resumen**
Durante los últimos años ha proliferado la denominación *Superintendencia* para referirse a instituciones estatales de fiscalización con una cierta pretensión de independencia. Ese modelo descansa sobre una matriz común que se explicaba bien en la década de los 80 para mercados regulados, pero, dada su expansión, ha terminado desnaturalizándose. El modelo actual se basa en uno semejante al de cualquier servicio público, lo que afecta sensiblemente los propósitos de buenos diseños institucionales en este tipo de instituciones. Esto explica por qué resulta indispensable establecer los elementos, pero también los límites, que en nuestro sistema pueden tener las denominadas *Agencias Independientes*.

## 1. Antecedentes

En el último tiempo se ha venido discutiendo en el país la necesidad de establecer para el sistema de Superintendencias un modelo de Agencias Independientes ("ARI").[4] Este debate cobró fuerza durante 2011 con la entrega por

1 Documento presentado en el Tercer encuentro anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas, 2012.

2 Abogado. Magíster en Derecho, U. de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Lleida. Profesor de Derecho Administrativo e investigador del Centro de Regulación y Competencia de la U. de Chile. E-mail: lcordero@derecho.uchile.cl

3 Abogado y Magíster en Derecho Público UC. Doctor en Derecho U. de Chicago. Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional UC. E-mail: jfgarcia@lyd.org

4 García, José Francisco y Verdugo, Sergio, "De las Superintendencias a las Agencias Regulatorias Inde-

parte del Ministerio de Hacienda del *Informe de la Comisión para la Supervisión Financiera* (también denominado "Informe Desormeaux"), que propuso abandonar el actual modelo regulador en valores y seguros para avanzar hacia dos agencias regulatorias independientes.

La razón fundamental que sustenta esa demanda es que el modelo de Superintendencias, desarrollado esencialmente desde la década de los 80 para autoridades de fiscalización en mercados regulados, se basa en estructuras organizacionales comunes y básicas aplicables a cualquier organismo administrativo. La regla general es que estas sean organizaciones de dirección superior unipersonal, sujetas al estatuto regulatorio de cualquier servicio público, con nombramiento de su autoridad superior por el Presidente de la República con un modelo de exclusiva confianza,bajo su supervigilancia a través de un Ministerio específico y sin ningún tipo de independencia presupuestaria del Gobierno.

Por tal motivo, las Superintendencias en Chile carecen de la necesaria independencia para llevar a cabo sus cometidos, estando sujetas a una cómoda influencia del Gobierno.

Existe otra razón para preocuparse de ellas. La mera denominación de "Superintendencia" ha llevado a que cualquier desarrollo de autoridades de fiscalización se realice a través de esta figura, lo cual ha afectado el propósito inicial de su establecimiento.[5]

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la cuestión general que enfrenta el modelo normativo chileno al momento de diseñar agencias administrativas; analizaremos qué se entiende por agencias independientes; cuál es la actual tendencia en los sistemas comparados; y trataremos de indicar aquellos aspectos fundamentales de abordar en el marco de una reforma que pareciera inevitable.

## 2. Los dilemas de Organización Administrativa en Chile

### 2.1. El diseño constitucional: Todo depende del Presidente de la República

Es clásica la distinción entre las funciones de Gobierno y Administración.

pendientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio", en *Actualidad Jurídica*, Año XI, 22, (UDD) 2010.

5 Es el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente, la de Obras Públicas, Educación y Seguridad Minera. También se ha propuesto el modelo en materia de regulación de la seguridad privada, e incluso la fiscalización de los partidos políticos.

Dicha dicotomía forzó a la literatura a diferenciar entre cometidos y, además, llevó a distinguir entre modalidades de control, especialmente los límites que podía tener la revisión judicial.[6] En Chile, existe acuerdo en cuanto a que la Constitución de 1980 (CPR) trató de mirar al Gobierno y a la Administración en sentido orgánico. Esto explica la existencia de un Capítulo IV, denominado "*Gobierno*", relativo al Presidente de la República, quien, como Jefe de Estado, ejerce las funciones de "Gobierno y Administración". La consecuencia de ello es que la regulación orgánica de la Administración se encuentra en dicho título, bajo el mandato del artículo 38, inciso primero, que contempla que una Ley Orgánica Constitucional establecerá la "organización básica de la Administración Pública".[7]

Dicha ley, la 18.575[8] (LOCBGAE), comienza definiendo en su artículo 1° la identidad de términos entre Gobierno y Administración. Señala que:

> El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.
> La Administración del Estado estará constituida por [...].

Por tal motivo, la literatura y la jurisprudencia están de acuerdo que en el modelo constitucional chileno Gobierno y Administración son denominaciones equivalentes, dada su concepción orgánica, en tanto lo relevante es la figura y potestades del presidente de la República. Por tal motivo, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que:

> Debe destacarse, además, que acorde con la historia fidedigna de la Carta Fundamental, la expresión «Gobierno» que se consigna como título del referido Capítulo IV, ha sido empleada en un sentido orgánico, para

6 Para una referencia de esa discusión ver Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*, (Editorial Jurídica de Chile) 2007, pp. 63-69.

7 En este sentido Pantoja Bauzá, Rolando, *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, (Editorial Jurídica de Chile) 1994, pp. 140-144; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, T. V,* (Editorial Jurídica de Chile) 2000, pp. 12-13; Fernández, Miguel Ángel, "Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones", en *Revista de Derecho,* 202, (Universidad de Concepción) 1997, pp. 85-91.
Estas conclusiones son reforzadas por el objetivo perseguido por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), según constan de las sesiones 339, 344 y 355. En este sentido, ver Silva Bascuñán, op. cit., pp. 10-11.

8 Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 1/19.653 de 2000.

referirse en general al Poder Ejecutivo, comprendiendo, por tanto, a los órganos administrativos.[9]

### 2.2. Cuándo quiero crear una agencia ¿qué alternativas tengo?

Resuelto lo anterior corresponde referirse a las alternativas que dispone la ley para establecer una organización administrativa y su intervención. Debe decidir cuáles son los problemas que debe resolver y definir una determinada organización administrativa. En esa elección la autoridad tiene un gran espectro de posibilidades, sin embargo no del todo equivalentes.[10]

Siguiendo los criterios de la CPR y de la LOCBGAE, las elecciones deben considerar:

**(a)**La manera en que la agencia debe ser estructurada. Por ejemplo, se debe determinar si va a tener órganos de dirección superior colegiada[11] o unipersonal, si se trata de órganos consultivos o con facultades de decisión, si debe distinguir la función de dirección de la de gestión, cuántos tipos de órganos internos debe tener o si existe participación ciudadana en el diseño. Esto tiene importancia porque de ello depende: (i) quién es su autoridad superior (puede ser de fuente genérica o con requisitos específicos); (ii) cuál es el mecanismo de nombramiento (de confianza, alta dirección pública o de nombramiento mixto con el Senado, por ejemplo);[12] (iii) cuál será el mecanismo de remo-

9 Contraloría General de la República, Dictamen N° 6.140 de 2001.

10 Ver en este sentido Cordero Vega, Luis, "Las paradojas de la institucionalidad ambiental o cómo debemos diseñar nuestras instituciones", en *Actas de las terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, (Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile) 2006, pp. 340-342. Igualmente ver del mismo autor *Lecciones de Derecho Administrativo* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 2011.

11 Los órganos colegiados de dirección superior no fueron reconocidos originalmente por la LOCBGAE, que daba cuenta de un modelo vertical de Administración, sino hasta la reforma del año 1990, mediante la Ley N° 18.891.

12 Por ejemplo, para el nombramiento de las siguientes personas, el Presidente de la República requiere de acuerdo del Senado:
Consejo Nacional de Televisión, Ley 18.838, artículo 2°, b); Consejo del Banco Central de Chile, Ley 18.840, artículo 7°; Consejo Nacional de Pesca, DS 430, Ministerio de Economía, de 1991 (publicado en 1992), artículo 146; Consejo Directivo de la Academia Judicial, Ley 19.346, artículo 2°, letra h); Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Ley 19.891, art. 5°, N° 5; Consejo Resolutivo de la Superintendencia de Casinos de Juego, Ley 19.995, artículo 38; Consejo para la Transparencia, Ley 20.285, artículo 36; Consejo Consultivo Previsional, Ley 20.255, que estableció la Reforma Previsional, artículo 70; Contraloría General de la República, Constitución Política, artículo 98; Director del Servicio Electoral, Artículo 91, inciso segundo de la Ley 18.556; Directorio de Televisión Nacional de Chile, Ley 19.132, artículo 4°, b); Fiscal Judicial de la Corte Suprema, Constitución Política, artículo 78; Fiscal Nacional del Ministerio Público, Constitución Política, artículo 85; Ministro de la Corte Suprema, Constitución Política, art. 78; Ministros del Tribunal Constitucional, Constitución Política, Artículo 92, letra b); Ministros Suplentes del Tribunal Constitucional, Ley N° 17.997, artículo 15); Consejo de Alta Dirección Pública, Ley N° 19.882; artículo 43 letra b); Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Ley 20.405, artículo 6°, letra b); Comité Calificador de Donaciones Privadas, Artículo 1° N° 3, del artículo 8 de la Ley N° 19.985 "Ley de donaciones con fines culturales"; Además, un Ministro del Tribunal Calificador

ción de sus autoridades, en relación al nivel de independencia que se quiere otorgar (libertad de remoción, acusación constitucional, quórum especiales en acuerdo con otras autoridades); (iv) cuál es el mecanismo de control y de vínculo con el poder central que representa el Presidente de la República.

**(b)** El lugar del órgano administrativo en el sistema administrativo. En el sistema chileno, como consecuencia del artículo 38 de la CPR, debe existir un sistema uniforme de organización de la Administración Pública, el cual está definido por la LOCBGAE.[13] Sin perjuicio del debate posible sobre este punto, las organizaciones administrativas pueden ser de cinco tipos: (i) Ministerios, a cargo del diseño de la regulación de la política pública; (ii) Servicios públicos (donde existe una amplia gama, desde las universidades hasta las Superintendencias), caracterizados legalmente como órganos de ejecución; (iii) Autonomías constitucionales (Contraloría y Municipalidades), que, como se sabe, buscan estar desvinculados del centro administrativo y, por lo tanto, son denominados "acentralizados"; (iv) agencias independientes, variable contemporánea que progresivamente ha ido siendo reconocida como categoría de clasificación de determinadas figuras administrativas. Tienen tal calidad el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral, el Consejo para la Transparencia y la Comisión Nacional de Acreditación;[14] (v) personas jurídicas de derecho privado (Corporaciones o Fundaciones), previa autorización legal, cuando requieren llevar a cabo actividades que no forman parte de la función pública específica y no ejerzan potestades públicas.

## 3. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a agencias independientes?

Con la expresión "agencias independientes" se hace referencia a ciertos organismos públicos, insertos en la Administración del Estado, que fueron crea-

de Elecciones es elegido por la Corte Suprema de entre los ciudadanos que hayan ejercido el cargo de Presidente o Vicepresidente de la Cámara de Diputados o del Senado por un período no inferior a los 365 días, Constitución Política, artículo 95, letra b).

13 La caótica situación de las organizaciones administrativas bajo la CPR de 1925, que, por la necesidad de "independizarse" del Gobierno, crearon un sinnúmero de órganos administrativos con denominaciones diferentes, llevó a la CGR a sistematizar en los años 70 la organización administrativa por vía jurisprudencial, teniendo como factor clave el sector al cual correspondía la organización (público o privado) y la personalidad jurídica que ostentaban (centralizado o descentralizado). De esa reflexión nace la necesidad de un sistema administrativo unificado. La mejor explicación de este largo debate, razones y resultados, ver Pantoja Bauzá, Rolando , *La organización de la Administración del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile) 1998.

14 La característica común en todas esas instituciones es que los sistemas de nombramiento y remoción están debidamente identificados y acotados, con la finalidad de garantizar la independencia de sus decisiones de las instrucciones del Gobierno Central.

dos en tal condición o bien reformados hacia esa figura y que disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social en donde resulta indispensable que exista desvinculación del centro administrativo de decisión.[15]

Así, desde el punto de vista de la organización, la principal característica de todas las llamadas "agencias independientes" es el considerable grado de autonomía que la ley les atribuye para el desempeño de su función. Son organismos a los que se ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativa muy superior a los denominados organismos administrativos históricamente "autónomos", que en estricto rigor son los "descentralizados". Por eso la literatura prefiere la denominación "independiente".[16]

En síntesis, son organizaciones de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder Ejecutivo.[17]

Su origen y discusión es transversal en la doctrina del derecho comparado, admitiendo distintas denominaciones: en el Reino Unido se ha dado el nombre de *quangos* (*quasi autonomous non governmental organisations*); en Estados Unidos, *independent agencies*, distinguiéndolas de las *executive agencies*; en Francia se les denomina *autorités administratives indépendantes*; en Alemania, *funktionale Selbstverwaltungsträgern*; en España, *autoridades independientes*.

En todos los países, las agencias o autoridades independientes han sido diseñadas sobre la base de disponer de un régimen mayor de independencia del poder central que aquella sobre la cual fueron diseñadas las denominadas "instituciones descentralizadas". Las razones comúnmente esgrimidas en los sistemas comparados son esencialmente tres:[18]

15 Ver Martínez, María Salvador, *Autoridades independientes*, (Ariel Derecho) 2002, p. 29; Pomed Sánchez, Luis , "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", en *RAP*, 132, 1993, p. 117.

16 Martínez, op. cit.

17 Magide Herrero, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, (MAP-INAP) 2000, p. 33.

18 Martínez, op. cit., p. 344 – 350.

(a) La *neutralidad política*: obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la lucha política de partidos, es decir, a la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos políticos y, más concretamente, de los órganos del Estado en los que tiene lugar dicha lucha (por ejemplo, las Superintendencias). Lo que se busca es garantizar una cierta "neutralidad" o "imparcialidad" en el ejercicio de la función y para ello es preciso atribuir dicha función a un organismo "alejado" (independiente) de los órganos políticos del Estado.

(b) *Especialización técnica*: busca que este tipo de agencias adopten decisiones de alto contenido técnico que pueda superar la trampa de la denominada inconsistencia dinámica, es decir, que se confundan las prioridades técnicas de corto y largo plazo. Se afirma que la "independencia" permitiría sustraer al Gobierno de turno de adoptar decisiones que afecten los objetivos técnicos de una regulación consistente en el largo plazo.

(c) *Eficacia*: dado que este tipo de agencias se separa de la política y responde a objetivos técnicos, se sostiene que deben disfrutar de un régimen jurídico que les permita funcionar con oportunidad adecuada para resolver los problemas que les han sido entregados por la ley.

Por tal motivo, los sistemas legales han tratado de diseñar distintas fórmulas para generar esa denominada independencia. Los elementos que particularizan a las agencias independientes según la literatura son:[19]

(a) el elemento *funcional*, que implica excluirlas de las directivas gubernativas y los recursos jerárquicos y dotarla de potestades normativas independientes;

(b) el elemento *humano* o de personal, que supone establecer mecanismos independientes de designación y mandato de los titulares de los órganos rectores de la administración, lo cual supone restricción en la remoción y disponer de garantías que eviten la "captura" por parte de algunos administrados;

(c) elementos *complementarios* tales como idoneidad de la organización administrativa y medios financieros de limitación restringida.

El presupuesto que se encuentra tras ellas es permitir que las decisiones sean adoptadas con prescindencia de las preferencias coyunturales de un Go-

19 Ver García y Verdugo, op. cit.; Motta, Mariana, "The Challenges and Risk of Creating Independent Regulatory Agencies", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 2009; *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, Working Party on Regulatory Management Reform, (OECD) 2005; Superintendencia de Valores y Seguros, *Comisión de Valores y Seguros,* 2008*;* Rajevic, Enrique, "El Consejo para la Transparencia como Agencia Independiente", en Rajevic, E. y R. Letelier (coords.), *La transparencia en la Administración del Estado*, (Abeledo Perrot) 2010, p. 201); Magide Herrero, op. cit., p. 16.

bierno determinado, permitiendo sostener una política pública consistente en el largo y en el corto plazo.[20]

Una de las manifestaciones que hace más evidente la expresión de la independencia se encuentra, más que en el reconocimiento constitucional de la autonomía, en la manera en que son generadas sus autoridades superiores, así como, especialmente, su régimen de remoción, incompatibilidades y dedicación.

Recientemente, la Comisión de Supervisión Financiera,[21] comisión de expertos creada por el Ministerio de Hacienda para reformar el sistema de Superintendencias, ha señalado que en esta materia es necesario avanzar hacia la figura de las agencias independientes, destacando esencialmente que estas se configuran sobre todo cuando se reconocen límites a los poderes del Presidente de la República en el nombramiento y sobre todo en la remoción de sus autoridades superiores.[22] La Comisión sostuvo:

> [...] existe consenso en cuanto a que un sano sistema de regulación financiera debe fundarse en el principio de independencia de las agencias para tomar decisiones. Los reguladores debiesen ser capaces de adoptar medidas sin subordinación a las preferencias coyunturales de un Gobierno determinado, permitiendo sostener así una política pública consistente y predecible en el corto y largo plazo. Es lo que se denomina "agencias independientes".

## 4. Estándares OCDE: Predominio de las agencias o Autoridades Regulatorias Independientes (ARI)

### 4.1. Aspectos conceptuales en torno a las ARI: autonomía y *accountability*[23]

Como nos recuerda el ex director del *Better Regulation Task Force* del Gobierno de Reino Unido en el período 2002-2006, David Arculus, el diseño de una agencia regulatoria exitosa está estrechamente relacionado con la calidad de

20 Ibíd.

21 *Informe de la Comisión para la Supervisión Financiera*, marzo de 2011, pp. 71-73.

22 Según la Comisión, esto se traducía en: (a) inhabilidades e incapacidades; (b) requisitos de acceso al cargo; (c) dedicación; (d) procedimiento de designación; (e) causales y formas de remoción.

23 En esta parte hemos seguido los dos estudios a nuestro juicio más relevantes para definir los lineamientos OCDE sobre la materia. Se trata de Telecommunication Regulatory Institutional Structures and Responsibilities, 2006, y Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation, 2005; ambos disponibles en www.oecd.org

las respuestas en materia de autonomía y rendición de cuentas (*accountability*). Para el autor:

> Por un lado, puede existir independencia del Ejecutivo consagrada legalmente, entregándose autonomía para trabajar sin interferencia política, pero también puede entenderse como independencia financiera, del personal, operacional o en la fiscalización (*enforcement*), que generalmente debe ser ganada para que el regulador tenga credibilidad con todas las partes interesadas (*stakeholders*)... [Ahora bien, la *accountability*] en el Reino Unido es una responsabilidad frente al Parlamento, pero también hay *accountability* frente al gobierno, a los regulados, a todas las partes interesadas y a la comunidad; y todos aspiran y esperan cosas diferentes. Lograr adecuadamente independencia y *accountability* tiene implicancias respecto de cómo los reguladores hacen su trabajo, generando temas acerca de la gobernanza, la comunicación y las buenas prácticas regulatorias. Y todo ello genera preguntas acerca de la capacidad de los reguladores, especialmente de los de menor tamaño, para hacer frente a los crecientes requerimientos de los regulados y del Gobierno.[24]
>
> En efecto, como se establece en la última versión en línea del *Information and Communications Technologies Regulation Toolkit*, en el Módulo 6 sobre Marco Legal e Institucional, son tres los aspectos claves para conseguir una institución regulatoria efectiva: autonomía política (independencia estructural), autonomía presupuestaria o financiera y funcionalidad (vinculada a aspectos tales como *accountability*, procedimientos, etc.).

La OCDE ha desarrollado una tipología de los órganos regulatorios que se encuentran en los países miembros, entre los cuales encontramos 4 modelos según el estudio de 2005 que hemos seguido: departamentos ministeriales,[25] agencias ministeriales,[26] órganos consultivos independien-

24 Arculus, David, *The Better Regulation Task Force en OCDE: Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, 2005, p. 50.

25 Son órganos que forman parte del gobierno central y no tienen el status de un órgano separado. Están dirigidos por o se reportan directamente a un Ministro del Ejecutivo. Su financiamiento proviene en gran parte de rentas generales y son parte del servicio civil. Pueden tener algún grado de independencia legal al llevar a cabo funciones regulatorias y pueden tener una autonomía administrativa considerable de los Ministros.

26 Son órganos del Ejecutivo establecidos fuera del alcance del gobierno central, que pueden o no tener un presupuesto separado y una gestión autónoma. Pueden estar sujetos a diferentes marcos legales

tes[27] y agencias regulatorias independientes o ARI.[28] Como veremos más adelante, son estas últimas las predominantes en los países OCDE como diseño institucional de autoridades regulatorias, precisamente porque se erigen como contrapeso al Poder Ejecutivo y no como parte de este. Ello ha sido parte relevante del debate regulatorio en reformas recientes.[29]

No todos los países de la OCDE se han inclinado por las agencias regulatorias independientes, en el marco de diseños regulatorios complejos:

> Una visión general de las actuales prácticas regulatorias como se observa en un reporte reciente de la OCDE [...] refleja la diversidad de las prácticas entre los países. La independencia de las autoridades regulatorias frente a los Ministros del Ejecutivo puede ser débil y pueden carecer de los recursos apropiados. Los reguladores son en teoría los que hacen cumplir las leyes (*rule enforcers*), aplican sanciones a quienes no cumplen con las reglas existentes en sus ámbitos de competencia, y autorizan la emisión de licencias y permisos. Sin embargo, la diferencia entre diseñar políticas públicas y regular no siempre es clara: la línea se torna difusa entre la generación de normas (*rule making*) y el hacer cumplir las normas (*rule enforcement*). Es por ello que se establecen mecanismos de *accountability*. Un marco claro para la existencia de regulación de alta calidad es también imprescindible para garantizar transparencia, predictibilidad y eficiencia para marcos regulatorios pro mercado y hacer exigibles las normas.[30]

---

(las regulaciones del servicio civil podrían no aplicarse). Pueden tener algún tipo de potestad pero, en definitiva, están subordinadas a un Ministro y sujetas a la intervención ministerial.

27 Son agencias con el poder de proveer asesoría oficial y experta al gobierno, legisladores y empresas en regulaciones y aspectos específicos de una industria. La agencia puede tener la potestad de publicar sus recomendaciones. La posibilidad de que las decisiones públicas se aparten de la recomendación entregada por este órgano puede variar considerablemente.

28 Son órganos públicos facultados para hacerse cargo de los aspectos regulatorios de una industria. Generalmente poseen autonomía de gestión, aunque su presupuesto esté bajo el de un Ministerio. Sin embargo, no existe espacio para la intervención política o ministerial en ellos, o bien la intervención está limitada a proveer consejo en asuntos generales de política pública y no en casos específicos. Estos órganos tienen potestades que varían entre los diferentes países.

29 Así, por ejemplo, ver sobre los casos relevantes y recientes de reforma: "Regulatory Reform in Australia: Towards a Seamless National Economy, 2010; Regulatory Reform in Brazil: Strengthening Governance for Growth, 2008; Regulatory Reform in France: Regulatory Reform in the Telecommunications Sector, 2003; Regulatory Reform in the Telecommunications Industry (Reino Unido), 2002; Regulatory Reform in Spain: Regulatory Reform in the Telecommunications Industry, 2000.

30 Arculus, op.cit., p. 73.

Los reguladores independientes representan un aspecto clave de la gobernanza regulatoria moderna. En efecto, como se sostiene por parte de la OCDE:

> Ellos forman parte de diseñar un Estado regulador donde la función regulatoria es claramente distinta de la propiedad y de la función de definición de políticas públicas. La racionalidad que subyace al establecimiento de agencias regulatorias independientes consiste en asegurar que las decisiones que afectan a sectores fundamentales de la infraestructura y economía de un país queden protegidos de las consideraciones políticas de corto plazo y de los grupos de interés privados. Los reguladores independientes son utilizados cuando se establecen nuevos marcos regulatorios pro mercado en servicios públicos, en las telecomunicaciones, en los servicios financieros, o en otros sectores sociales o medioambientales.[31]
>
> Desde la perspectiva de la gobernanza pública, estos reguladores son "agencias" a las que se les han confiado poderes regulatorios significativos y a los que se les ha conferido un cierto nivel de independencia en su proceso de toma de decisiones:
>
> Mientras las agencias tradicionales todavía responden frente al Ejecutivo, incluso cuando se les ha conferido un nivel alto de autonomía operacional y presupuestaria, los reguladores independientes son frecuentemente estructurados potenciando su independencia. Ellos pertenecen a un sistema de "pesos y contrapesos", diseñado para equiparar el poder de los Ministros del Ejecutivo y los grupos de interés.[32]

Finalmente, la OCDE destaca que las autoridades regulatorias independientes han sido establecidas bajo diferentes regímenes constitucionales, incluyendo sistemas parlamentarios y presidenciales. Cuánto poder puede delegar un país a una autoridad regulatoria independiente dependerá del marco constitucional y de aspectos históricos.[33]

31 Ibíd., p. 72.

32 Ibíd.

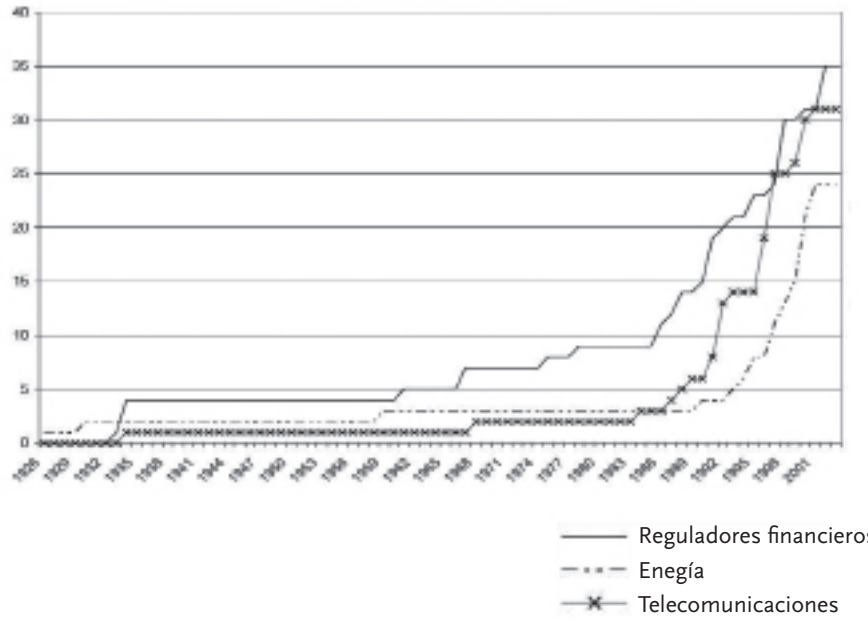
33 Ibíd., p. 73.

### 4.2. Evidencia OCDE sobre diseño de instituciones regulatorias

#### a. Evolución de las ARI en los países OCDE

El establecimiento de autoridades en telecomunicaciones comenzó en 1984 con el proceso de desregulación en Europa y la creación del regulador de telecomunicaciones (OFTEL) en el Reino Unido. Los números comenzaron a aumentar rápidamente a fines de los 80. El siguiente incremento significativo ocurrió a mediados de los 90, cuando diversos países europeos comienzan a establecer sus autoridades regulatorias independientes, siguiendo las directivas europeas.

**Cuadro 1. Tendencias de las instituciones reguladoras independientes en países de la OCDE**




Fuente: OCDE (2005: 80).

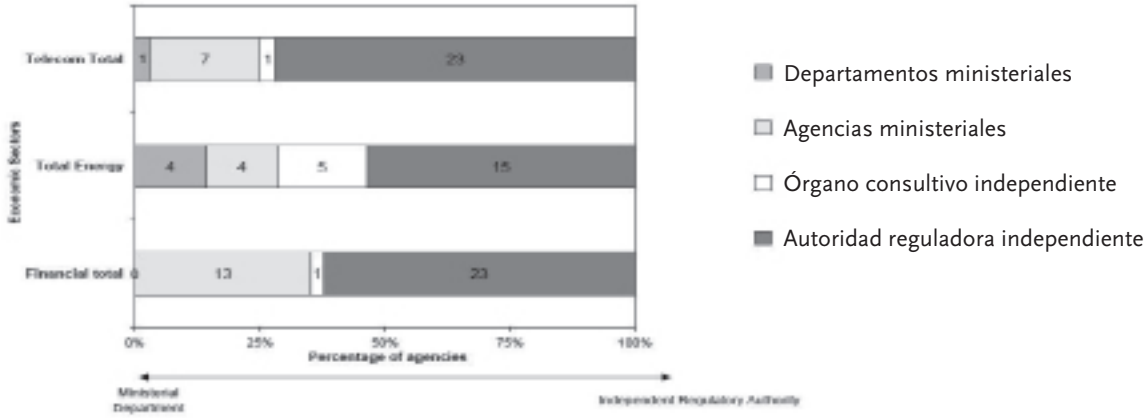
#### b. Tipología de agencias regulatorias

Un estudio de 2005 de la OCDE, sobre la base de 97 agencias, detectó el predominio de las agencias regulatorias independientes sobre los otros entes regulatorios antes descritos y existentes entre los países OCDE: departamentos ministeriales, agencias ministeriales y órganos consultivos independientes.

En los sectores financiero y de telecomunicaciones es donde encontramos

una clara primacía de las ARI. En el caso de telecomunicaciones, llegan a 23 de 32. En el sector energía, en cambio, donde el proceso de institucionalización ha comenzado recientemente, predominan los departamentos ministeriales.

**Cuadro 2. Estatus institucional de los reguladores (por sector)**




Fuente: OCDE (2005: 81-82).

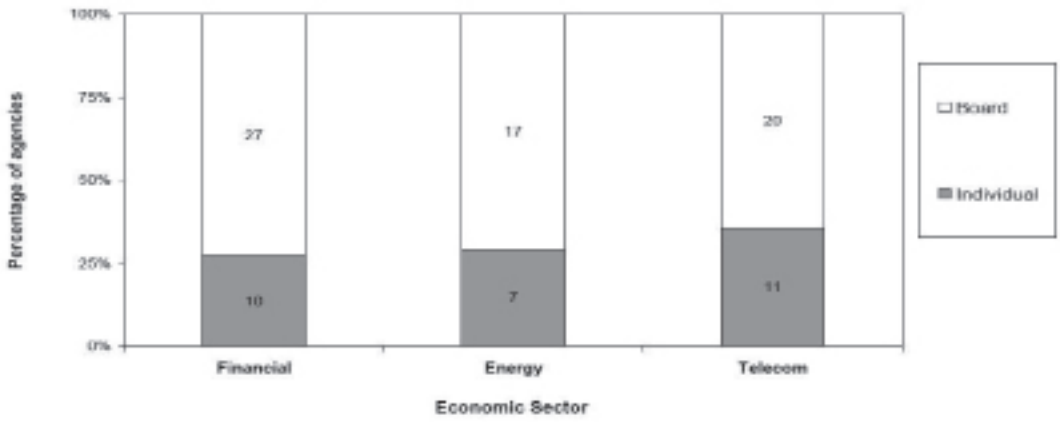
También es relevante considerar que, aunque a los reguladores independientes se les entreguen niveles adecuados de potestades y autonomía, la independencia igualmente puede estar en jaque si se establecen mecanismos administrativos implícitos de subordinación de estas agencias al Ejecutivo; por ejemplo, si existe la posibilidad de dar instrucciones a las agencias o si se contemplan apelaciones ante un Ministerio del Ejecutivo frente a una decisión tomada por la agencia.[34]

**c. Gobierno corporativo de las agencias regulatorias**

Un elemento clave detectado por la OCDE en la gobernanza de las autoridades regulatorias independientes es su carácter colegiado, lo que aumenta la independencia e integridad de su proceso de toma de decisiones. Más de 2/3 de estas agencias están dirigidas por un órgano colegiado (Comisión).

34 Ibíd., p. 83.

**Cuadro 3. Estructura de gobernanza de los reguladores**




Fuente: OCDE (2005: 82-83).

**d. Mecanismo de designación y duración del mandato de las autoridades colegiadas de las ARI**

El proceso de designación de las autoridades de las ARI es otro criterio relevante. La independencia será mayor cuando la designación es realizada por el gobierno en forma colectiva, y en donde interviene el Presidente de la República o el "Rey en Consejo". Sin embargo, para la OCDE, se puede obtener un nivel mucho mayor de independencia "cuando la nominación es confirmada por el Parlamento o por una interacción combinada del Ejecutivo y el Legislativo".[35]

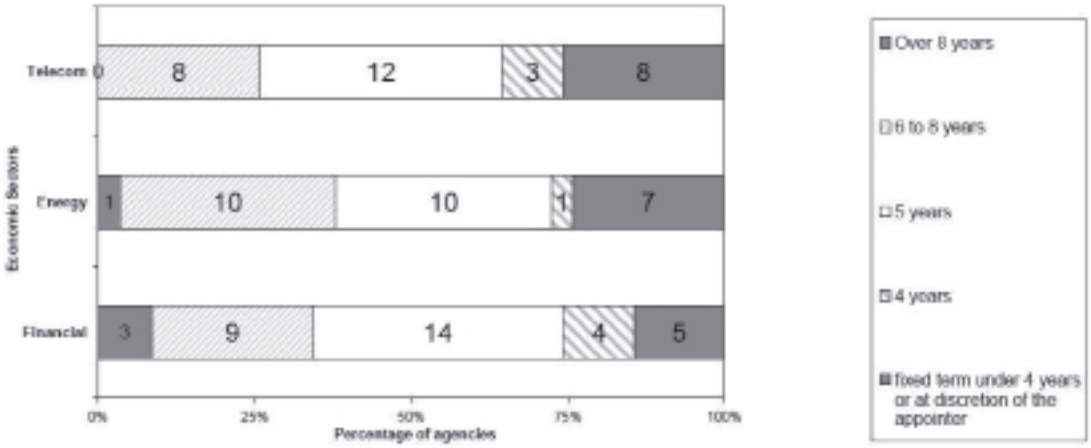
Sin perjuicio de esta última recomendación de la OCDE, en el sector telecomunicaciones, cerca del 75% de las autoridades son designadas por el gobierno colectivamente (el Ministro o el Presidente sobre la base de una propuesta realizada por el Gabinete o un Ministro). Ese porcentaje baja al 50% en el sector financiero.[36]

Respecto a la duración del mandato de las autoridades de las ARI, cerca del 60% se concentra en el tramo de 5 a 8 años.

35 Ibíd., p. 84.

36 Ibíd.

**Cuadro 4. Duración del mandato**




Fuente: OCDE (2005: 85).

En otro estudio OCDE, de 2006, se detalla específicamente para el sector telecomunicaciones el mecanismo de designación de la autoridad regulatoria (que puede o no ser de una ARI); el período de duración de su(s) mandato(s); si es renovable su mandato; y el número de miembros de esta autoridad.

**e. Autonomía financiera/presupuestaria**

La autonomía también tiene una expresión desde la perspectiva de la fuente de financiamiento de la institución. Ésta estará dada por la naturaleza de la agencia, la posibilidad de levantar suficientes recursos a través de tasas o derechos (*fees*) de parte de los regulados, como también de la necesidad de reducir los riesgos de captura.

La OCDE, parece manifestarse a favor de un presupuesto combinado, tanto público (por ejemplo, la Ley de Presupuesto) como a través de *fees* de la industria. En la combinación parece ver el punto de equilibrio entre una distancia suficiente de la industria y no perder autonomía frente al financiamiento público.

Los reguladores financieros son aquellos que obtienen mayor financiamiento de la industria, lo que refleja las oportunidades económicas del sector.

Este también es el caso de los reguladores del sector telecomunicaciones, aunque en menor medida que el anterior.

**f. Revisión judicial y entrega obligatoria de reportes periódicos de evaluación de performance**.

Mayores grados de autonomía usualmente son compensados con requerimientos más estrictos desde la perspectiva de la rendición de cuentas (*accountability*). Los mecanismos de *accountability* pueden ser de diverso tipo, incluyendo, por ejemplo, revisión judicial de las decisiones de la agencia o auditorías contables.

Así, en cuanto a los reportes periódicos de evaluación de performance, se debe señalar que estos siempre tienen una relevancia limitada por tratarse de órganos relativamente pequeños (en recursos y personal) desde la perspectiva de las finanzas públicas.

Respecto de la revisión judicial, esta existe en todos los países de la OCDE. Sin embargo, en relación al diseño de Superintendencias en Chile, la tensión entre conferir potestades extensas e intensas en materia de fiscalización y sanción a estos entes, y el necesario contrapeso a ello, quedó de manifiesto durante la tramitación legislativa del Ministerio del Medioambiente y la Superintendencia respectiva. El potencial desequilibrio entre las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa versus la garantía de los derechos individuales llevó al Ejecutivo a presentar el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales.[37] En el mensaje de dicho proyecto se justificó la relevancia de la revisión judicial sobre la base de dicha tensión.

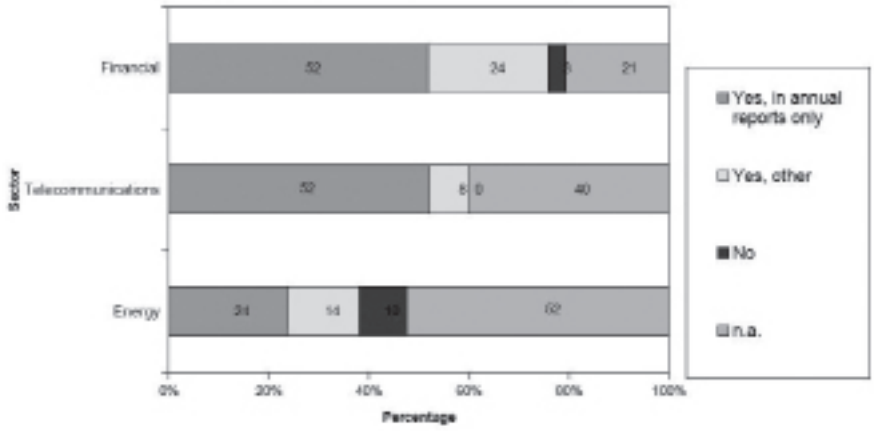
Nótese que, adicionalmente, el reconocimiento legislativo de la necesidad de fortalecer el control judicial de la regulación administrativa ambiental a través de un tribunal *ad hoc* fue decisiva para cuestionar el que las superintendencias tuvieran potestades de carácter jurisdiccional.

Sin embargo, un mecanismo clave para la OCDE dice relación con una evaluación del impacto económico, esto es, si el regulador contribuye o no a aumentar los niveles de eficiencia económica general. Esta es, por lo demás, la razón por la cual han sido creados. Esta evaluación puede ser concretizada estableciendo reportes de evaluación de impacto obligatorios, que permiten

37 Ver Boletín N° 6747-12, proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, ingresado al Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2009 y que se encuentra ante el Tribunal Constitucional en los momentos en que se termina de escribir este artículo.

determinar si los reguladores están o no cumpliendo con sus objetivos institucionales. Estos reportes pueden ser realizados por las autoridades regulatorias mismas o bien externalizados a terceros. Su existencia es fundamental entonces desde la perspectiva de la transparencia y la evaluación de la toma de decisiones públicas.[38]

**Cuadro 5. Revisión obligatoria de los informes periódicos de evaluación de desempeño**




Fuente: OCDE (2005: 86-87).

38 Por lo demás, en nuestro país estos criterios no son nuevos. Como sostienen Galetovic y Sanhueza, existen cuatro maneras de acotar la discrecionalidad del regulador: dictar por ley qué debe hacer y cómo debe hacerlo; obligarlo a explicitar por escrito cuáles son los criterios que ocupa para tomar decisiones y los pasos y plazos de los principales procesos regulatorios; obligarlo a rendir cuenta pública de sus actos; y someter sus decisiones a la revisión de terceros independientes. Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo, "Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?", en *Estudios Públicos*, 85 (CEP) 2002, p. 112.

## 5. ¿Qué hacer ahora?

Muchas de las cuestiones analizadas han sido desarrolladas por destacados autores nacionales, tanto desde la economía de la regulación como desde el derecho administrativo.

Como sostienen Galetovic y Sanhueza, refiriéndose a cómo avanzar hacia agencias regulatorias independientes:

> Sería ingenuo creer que éstas [circunstancias políticas] no se consideran cuando la relación entre el regulador y el ejecutivo es estrecha y por eso son necesarias salvaguardias adicionales para forzar a que los procesos regulatorios arrojen resultados imparciales y técnicos. La forma más directa de evitar que el ejecutivo influencie al regulador es que la agencia sea independiente, tanto formal como presupuestariamente. La incidencia formal significa que el regulador cuenta con mandato propio y no está sujeto a control ministerial. El regulador es designado por un periodo predeterminado suficientemente prolongado y no puede ser removido sino bajo circunstancias calificadas. La independencia presupuestaria requiere que la agencia regulatoria cuente con presupuesto propio cuya generación sea independiente del ejecutivo. No obstante, la independencia no garantiza que la regulación sea competente ni transparente. La selección del regulador debe ser fundamentalmente técnica, no política y la persona seleccionada debe dar garantías de independencia.[39]

Las propuestas en esta materia ya comienzan a surgir en nuestro país. Estas se han dado en torno al debate planteado por un ex Superintendente de Valores y Seguros, quien ha propuesto la creación de una Comisión de Valores y Seguros (CVS) –muy similar a la SEC americana o la Autoridad Financiera inglesa– que tendría, entre otras garantías de autonomía, integración colegiada (consejo directivo) y un carácter estrictamente técnico.[40]

Por lo demás, y en buena parte fruto de esta iniciativa, en 2010 el Ministerio de Hacienda formó la denominada "Comisión de Supervisión Financiera", presidida por el ex Consejero del Banco Central, Jorge Desormeaux, junto a

39 Ibíd., p. 116.

40 Ver Larraín, Guillermo, *Comisión de Valores y Seguros: Una reforma para impulsar el crecimiento, la transparencia y el mejor gobierno del mercado de capitales* (Superintendencia de Valores y Seguros), 2008.

destacados abogados y economistas, que entregó un informe a comienzos de 2011 con una propuesta de rediseño institucional de las actuales Superintendencias de Bancos (SBIF) y de Valores y Seguros (SVS), y en donde se analizaron propuestas en la línea de avanzar hacia una autoridad financiera única o bien bajo el denominado modelo *twin peaks*, ambos basados en modelos de agencias regulatorias independientes, de carácter colegiado.[41]

Para Sánchez y Sanhueza, por su parte, cuando la acción regulatoria se lleva a cabo por medio de un órgano con dependencia del Ejecutivo, como puede ser una comisión al interior de una Secretaría de Estado,

> no solo se facilita la influencia del gobierno en las decisiones, sino que también se dificulta la evaluación de su desempeño en materias regulatorias propiamente tales. Por ejemplo, pudiera existir una comisión ministerial encargada de la fijación de tarifas para el sector regulado, pero al mismo tiempo encargarse del diseño de políticas de desarrollo del sector, lo que eventualmente generaría incentivos a fijar tarifas mayores con el objeto de permitir tasas de reinversión o modernización del sector más allá de lo socialmente conveniente. Por el contrario, la existencia de una agencia regulatoria independiente y autónoma facilita la asignación de responsabilidades específicas y el proceso de control de gestión y medición de su desempeño. Un aspecto adicional que surge cuando el organismo regulador tiene dependencia administrativa del Ejecutivo a través de un Ministerio por ejemplo, es que su responsabilidad pasa a ser política más que técnica por lo que los criterios para la determinación de las tarifas pueden no ser motivados exclusivamente por criterios de eficiencia.[42]

Por otro lado, la administrativista Camacho da cuenta de dos aspectos fundamentales del debate en Chile: el impacto del excesivo presidencialismo chileno para incentivar la creación de Superintendencias y no de agencias regulatorias independientes; y los problemas que la Alta Dirección Pública no ha resuelto respecto de la autonomía de las Superintendencias.[43]

41 Para ver distintos aspectos de esta Comisión, por ejemplo, mandato e integrantes, ingresar al sitio web del Ministerio de Hacienda: http://www.hacienda.gov.cl/mercado_capitales/mkb_comision.php

42 Sánchez, José Miguel y Sanhueza, Ricardo, "Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno", en *Estudios Públicos*, 77 (CEP) 2000, p. 169.

43 Ver Camacho, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo: La actividad sustancial de la Administración del Estado*, Tomo IV, (Legal Publishing) pp. 137-268.

En nuestro país, como sostiene esta autora respecto de lo primero, la Administración nacional está organizada bajo el postulado que absolutamente todos los organismos administrativos se vinculan con el Presidente de la República, por una relación de supervigilancia o de dependencia. Salvo escasas excepciones, en todos los casos, los directores de los servicios públicos centralizados no son de exclusiva confianza del Jefe de Estado, después de aprobada la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública (Ley 19.882 de 2003). Esta normativa establece un procedimiento para el reclutamiento de las máximas autoridades (primer y segundo nivel) de los servicios públicos que se adscriban a dicho sistema. Esto explica

> que aquí no se haya producido el fenómeno generalizado de creación de administraciones independientes que constituyen un nuevo perfil de autoridad administrativa, cuyo nexo con el Gobierno está atenuado (e.g., Banco Central o el CNTV), sino que se haya optado por instaurar organizaciones personalizadas (manifestación de la técnica de descentralización funcional), denominadas Superintendencias, sobre las cuales el Presidente ejerce una estrecha supervigilancia y tiene los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la dirección de estas entidades.[44]

Respecto de lo segundo, si bien la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública incorpora a esta al proceso de designación de la mayoría de los Superintendentes, lo que es un gran avance desde la perspectiva de acotar la discrecionalidad del Presidente en las designaciones de altos ejecutivos de la administración, sigue siendo crítico para Camacho el que este conserve el poder de remover en cualquier momento al jefe de dichos servicios y aprobarles el presupuesto a través de Hacienda y de los propios Ministerios sectoriales en los cuales se inscriben, con lo cual, si bien se configuran como entidades de un perfil eminentemente técnico, no tienen ninguna garantía para realizar su función con plena autonomía o independencia del Gobierno y de los cálculos políticos que en muchas ocasiones lo mueven.[45]

Finalmente, respecto a la designación del Superintendente, Sánchez y Sanhueza, pensando en el Superintendente de Servicios Sanitarios, han propues-

44 Camacho, Gladys, "La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, (Lexis Nexis) 2005, p. 429.

45 Ibíd..

to seguir el modelo del Banco Central, esto es, nominación del Presidente de la República con acuerdo del Senado, cuestión que, como vimos, es también propuesta por la OCDE como el mecanismo que maximiza la autonomía.[46]

## 6. Conclusión

El camino a una reforma como la aquí planteada nos parece inevitable. Sin embargo, hasta ahora esta solo parece posible en determinados sectores donde los incumbentes estén de acuerdo con llevarlas a cabo; por ejemplo, en los mercados de valores.

Pero además, esta reforma enfrentará problemas estructurales del sistema presidencial chileno. Entre los economistas es habitual tratar de homologar estas agencias a la situación del Banco Central. El problema es que dicha autonomía es constitucional, de manera tal que el desafío es cómo diseñar este tipo de agencias sin reformar la Constitución y el sistema político. Ahí es donde pareciera necesario depositar los esfuerzos.

46 Sánchez y Sanhueza, op. cit., p. 178.

# TRANSPARENCIA EN EL ESTADO: A MEDIO CAMINO

*Jorge Burgos Varela*[1]

**Resumen**
El presente artículo tiene por objeto pasar revista a las diversas modificaciones que ha sufrido el ordenamiento jurídico nacional en materia de transparencia. Con este fin, se reconocen diversas áreas donde ha existido un esfuerzo por transparentar la gestión del Estado: recursos financieros, activos financieros, recursos humanos, gestión de empresas públicas y gasto electoral, entre otras. En este escenario se destaca la aprobación de la ley 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública y se reconoce como materia pendiente la regulación del lobby.

## Introducción

El 14 de diciembre de 1999, fecha de publicación de la Ley 19.653 que incorporó a la ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado un título sobre "la probidad administrativa", marca el momento en que nuestra sociedad tomó el camino de crear condiciones jurídicas para establecer la transparencia en el Estado como un objetivo público indispensable.

Más de alguien podrá sostener con fundamento que hubo antecedentes a tal modificación -probablemente aquello es cierto-, pero nadie, creo, discutirá que el esfuerzo del gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle, donde le cupo especial participación al actual miembro del Tribunal Constitucional, profesor Carlos Carmona (en ese entonces jefe de la División Jurídica de la Secretaría General de la Presidencia), constituyó un avance definitivo y esencial.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y Abogado. Diputado de la República de Chile.

Qué duda cabe lo trascendente que resulto ser el "Informe de la Comisión de Ética Pública", de julio de 1994, bajo la presidencia del entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Genaro Arriagada. Leer el informe a más de 15 años de su redacción da cuenta de un mérito muy importante; los comisionados fueron capaces de delinear un derrotero pro-transparencia que, no sin dificultades, ha venido ejecutándose hasta ahora.

¿Cuál fue la razón para que los poderes co-legisladores dieran ese paso?

No parece haber una causa basal única o preponderante. Probablemente estuvo presente una tendencia en naciones más desarrolladas, casos de corrupción puntuales que la prensa más independiente -y cada vez menos tímida con el poder-, investigó e hizo públicos; sin duda, una agenda política más amplia, ya consolidada la democracia y menos preocupada de actos involutivos que encabezara el antiguo dictador, aún a esa fecha con grados de poder no despreciables; un gobierno que se adelantó a cuestiones que más adelante serían centrales en el debate, quizás todas esta razones juntas o solo algunas, quizás también otra que no logró encontrar, pero lo cierto es que así ocurrió.

En este trabajo, abordaremos los avances registrados en este ámbito tan importante para la democracia en 2011. Antes de entrar en materia, me permito un par de comentarios previos. El primero, singularizar 2011 como un buen año para la transparencia. En efecto, la consolidación del trabajo del Consejo para la Transparencia, más allá de las dificultades en la renovación de dos de sus consejeros, da cuenta que hoy tenemos una institucionalidad que ejerce sus atribuciones y ha puesto un claro límite a la discrecionalidad de la autoridad, cautelándose de manera concreta el derecho de todo ciudadano de acceder a la información pública. En la misma línea, la media sanción otorgada al proyecto de ley que regula el artículo 8° de la Constitución Política de la República (reforma del 2010) debiera, en lo que resta del año, si el Senado no dispone otro ritmo, constituir un claro avance del principio de probidad y prevención del conflicto de interés. Más adelante destinaremos algunos párrafos a este tema.

El segundo aspecto previo que quisiera adelantar es que tenemos muchos asuntos que quedaron pendientes, y que sin duda nos debieran alejar de la autocomplacencia. Al final del artículo individualizamos algunos pendientes y profundizamos en relación a uno que llora y exige celeridad: el lobby. Mantenerlos en esta tierra de nadie solo puede traer efectos negativos y productores de corrupción.

Hecho un punto de inicio para este artículo, es necesario pasar revista a otros momentos especiales, y a los pendientes que intentan justificar el título elegido.

## 1. Una breve reseña de lo avanzado en estos años:

### 1.1. Transparencia en materia de recursos financieros

Las modificaciones en materia de recursos financieros incluyen cuatro aspectos fundamentales: la regulación de los gastos reservados, la creación con carácter permanente de la Comisión Mixta Especial de Presupuestos, el establecimiento de normas permanentes en materia de administración financiera del Estado y la entrega de información por parte del Ejecutivo.

#### 1.1.1. Regulación de gastos reservados

La Ley N° 19.863, publicada en el Diario Oficial el 6 de febrero de 2003, reguló por primera vez en nuestra historia, con una norma de rango legal, los gastos reservados.

Para tal efecto, en primer lugar, estableció el listado de los órganos que pueden contar con esta clase de recursos: la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior, de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional; la Subsecretaría de Guerra; las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, y la Dirección Nacional de Fronteras y Límites (DIFROL) y la DISPI. Se suprimió la posibilidad que el Minsegpres y el Minsegegob pudieran administrar este tipo de recursos.

En segundo lugar, se estableció que de estos gastos se debe rendir cuenta anual, en forma genérica y secreta, a la Contraloría General de la República. En tercer lugar, se estableció que estos gastos pueden aumentarse hasta en un 30% durante la ejecución del año presupuestario para destinarlos a tareas de orden público o de seguridad pública internas o externas. Dicho incremento debe informarse a las comisiones de Hacienda de la Cámara y del Senado. En cuarto lugar, se estableció que los gastos reservados no pueden destinarse a pagar a funcionarios públicos ni efectuarse transferencias de estos recursos para financiar campañas políticas, partidos u organizaciones gremiales.

#### 1.1.2. Creación de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto con carácter permanente

Mediante la Ley N° 19.875, publicada en el Diario Oficial de 28 de mayo de 2003, se dio carácter permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupues-

to. Su propósito central es realizar un seguimiento de la ejecución presupuestaria. Para tal efecto, puede solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria.

### 1.1.3. Establecimiento de normas permanentes en materia de administración financiera

Mediante la Ley N° 19.896, publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 2003, se modificó el Decreto Ley de Administración Financiera del Estado (DL N° 1.263). Con este cambio, se hicieron permanentes una serie de normas que año a año se consagraban en la Ley de Presupuestos. Entre otros aspectos, se reguló la transferencia de recursos durante la ejecución presupuestaria. También se consagró las facultades de la Dirección de Presupuestos para contar con un sistema de información administrativa y financiera. Además, se estableció la obligación de evaluar, año a año, los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo.

En materia de transparencia se regularon varios aspectos que merecen subrayarse. En primer lugar, se obligó a los servicios a rendir una cuenta anual, que debe remitirse al Congreso, acerca de su gestión operativa y económica, donde conste el cumplimiento de sus objetivos, tareas y metas. En segundo lugar, se reguló la publicidad y difusión que pueden hacer los órganos de la administración del Estado en cumplimiento de sus funciones. Para tal efecto, se establecieron dos limitaciones. Por una parte, estos gastos solo pueden destinarse a publicitar y difundir el cumplimiento de las tareas propias del servicio y de la manera en que los usuarios acceden a las prestaciones que estos otorgan. Por la otra, se obligó a que si se difundía iniciativas de ley debe señalarse su sujeción a la aprobación legislativa correspondiente.

### 1.1.4. Entrega de información por parte del Ejecutivo

Las Leyes de Presupuestos para 2004 y 2005 establecieron una serie de obligaciones para la administración del Estado. Específicamente, obligan a la Dirección de Presupuestos, a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados, y a la Comisión Especial de Presupuestos, entre otros, los siguientes documentos:

- Informe de ejecución presupuestaria mensual de ingresos y gastos del Gobierno Central, a nivel de Subtítulos, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al término del respectivo mes.

- Nómina mensual de los decretos que dispongan transferencias con cargo a la asignación Provisión para Financiamientos Comprometidos de la Partida Tesoro Público, totalmente tramitados en el período, dentro de los quince días siguientes al término del mes respectivo.

- Informe de ejecución presupuestaria trimestral de ingresos y gastos del Gobierno Central, a nivel de Subtítulos, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al término del respectivo trimestre, incluyendo en anexos un desglose de los ingresos tributarios del período, otras fuentes de financiamiento y comportamiento de la deuda bruta del Gobierno Central.

- Informe semestral de la deuda pública bruta y neta del Gobierno Central y del Banco Central, con sus notas explicativas y antecedentes complementarios, dentro de los noventa días y ciento veinte días siguientes al término del correspondiente semestre, respectivamente.

**1.2. Transparencia en materia de activos financieros**

A partir de marzo de 2006, mediante informes trimestrales, el Fisco informa al mercado cambiario de los detalles sobre sus activos y pasivos financieros en dólares. La medida busca que los actores económicos conozcan, por ejemplo, de los prepagos de deudas que hace el Fisco al Banco Central y así se evite la incertidumbre sobre las medidas que el Fisco adopta respecto del precio del dólar.

**Ley sobre responsabilidad fiscal**

Esta legislación, recientemente promulgada, introduce nuevos mecanismos orientados a la transparencia y responsabilidad de la política fiscal:

- En primer término, establece que el Presidente de la República, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que asume sus funciones, establecerá las bases de la política fiscal que se aplicará durante su administración. Lo anterior, se concretará mediante un decreto supremo expedido por el Ministerio de Hacienda. Dicho decreto deberá contener explícitamente las implicancias y efectos que tendrá

su política sobre el Balance Estructural correspondiente al período de su mandato.

- Se crea un nuevo Fondo de Estabilización Económica y Social, que recibirá el superávit efectivo por sobre 1% del PIB, con la finalidad de asegurar la estabilidad económica y la política contracíclica, desvinculando el gasto de las fluctuaciones del precio del cobre y los efectos de la situación económica internacional.

- Para la operación del Fondo de Reserva de Pensiones, la ley garantiza un aporte anual del 0,2% del PIB efectivo del año anterior, para que el fondo acumule recursos para asegurar el futuro pago de pensiones mínimas y de pensiones asistenciales.

- Para contratar con terceros la administración e inversión de estos dos fondos, se exige licitación pública y la realización de auditorías periódicas independientes sobre el estado de los Fondos y la gestión de estas entidades.

**1.3. Transparencia en materia de recursos humanos**

Una tercera dimensión de la transparencia la constituyen los avances respecto a los recursos humanos. Esto se expresa en los siguientes aspectos:

**1.3.1. Creación de asignaciones**

La Ley N° 19.863, publicada el 6 de febrero de 2003, estableció dos asignaciones. Por una parte, la asignación de dirección superior, para el Presidente de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Jefes Superiores de Servicio. Por la otra, estableció una asignación por el desempeño de funciones críticas para los directivos, profesionales o fiscalizadores que desempeñan dichas funciones. Tales asignaciones buscaron transparentar las remuneraciones de estos funcionarios, evitando que se les complementara su sueldo con pago de honorarios, integración de directorios o el pago a través de gastos reservados.

**1.3.2. Regulación del pago de honorarios**

La Ley N° 19.896 estableció una serie de regulaciones particulares para el contrato de honorarios. En primer lugar, estos contratos tienen que estar vi-

sados por el Ministro correspondiente. En seguida, el contrato debe contener un certificado del órgano que contrata, donde conste la disponibilidad presupuestaria. En tercer lugar, el funcionario debe prestar una declaración en el sentido que no tiene conflictos de intereses o si presta o no servicios en otra repartición. Finalmente, se hizo aplicable a estos contratos las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley de Bases de la Administración del Estado (parentesco, contratos, juicios).

**1.3.3. Fortalecimiento de la carrera funcionaria**

La Ley del Nuevo Trato (Ley N° 19.862) introdujo una reforma estructural a la carrera funcionaria. Estos ajustes tienen que ver con los siguientes aspectos:

- Creación de la alta dirección pública

Este es un mecanismo de reclutamiento de los jefes de servicios y de los cargos que le siguen en orden jerárquico. Estos dejan de ser funcionarios designados libremente por el Presidente o por el jefe de servicio y pasan a ser designados por ellos mismos, pero a propuesta en terna o quina del Consejo de la Dirección Nacional del Servicio Civil, órgano colegiado compuesto por cinco miembros: por una parte, el Director de la Dirección Nacional del Servicio Civil; y por la otra, cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Esto significa que 96 servicios de los más de 120 que tiene el Estado, pasaron a regirse por este sistema.

- El tercer nivel jerárquico pasa a ser de carrera

Anteriormente, el tercer nivel en la estructura administrativa era de exclusiva confianza. Por la Ley N° 19.882, este cargo pasó a ser de carrera y, por tanto, llenado por concurso público cada tres años. Con el ajuste de la alta dirección pública, los cargos de exclusiva confianza se redujeron de 3.500 a 760.

- Promoción por concurso

En las plantas de directivos, profesionales, fiscalizadores y técnicos, el ascenso dejó de ser automático, pues las vacantes deben ser proveídas por concurso público.

- Prohibición de discriminación

Se prohíbe toda discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias por motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial.

- Comunicación de los resultados de los concursos

En los concursos se debe mantener en secreto la identidad de cada candidato para los efectos de la evaluación de las pruebas y de otros instrumentos de selección. Cada concurso debe dejar constancia de los fundamentos y de los resultados de la evaluación de los candidatos.

- Creación de la Dirección Nacional de Servicio Civil

Se crea por primera vez un servicio a cargo de los recursos humanos de la administración del Estado. Tiene como tarea central promover reformas y medidas tendientes al mejoramiento de la gestión del personal del sector público.

- Término de los cargos adscritos

Estos cargos se originaron producto de un beneficio otorgado legalmente el 10 de marzo de 1990 para aquellos funcionarios que ocupaban cargos que pasaban a ser de carrera. Estos tuvieron dos opciones: podían renunciar y recibir una indemnización o podían continuar desempeñándose en el mismo cargo que ocupaban, pero sin que nadie más pudiera optar a ellos. La Ley N° 19.882 obligó a estos funcionarios a renunciar, con indemnización o incorporarse a la planta del servicio conforme a las normas generales.

**1.4. Transparencia en materia de gestión**

Un cuarto nivel de transparencia se inserta dentro de la gestión de los órganos de la administración.

- La Ley de Procedimiento Administrativo

La Ley N° 19.880 establece el procedimiento administrativo común y general de los órganos de la administración. Este permite que las personas que sean titulares de derechos o de intereses individuales o colectivos puedan iniciar o participar en un procedimiento administrativo, aduciendo alegaciones, aportando documentos u otros elementos de

juicio, sosteniendo defectos de tramitación, etc. Asimismo, los faculta para conocer, en cualquier momento, del estado de la tramitación de los procedimientos y obtener copia autorizada de los documentos que estén en el expediente correspondiente.
Esta ley también permite que el órgano administrativo, para informarse mejor, pueda ordenar un trámite de audiencia pública. A través de ella, cualquier persona puede hacer llegar observaciones a la autoridad, de las cuales esta debe hacerse cargo en la resolución que ponga término al procedimiento. Además, esta ley regula los actos de comunicación de un procedimiento. Para tal efecto, establece los actos que deben notificarse (en general, los defectos particulares) y los actos que deben publicarse (en general, los que contengan normas de general aplicación).

- La Ley de Compras

La Ley N° 19.886 reguló el contrato administrativo de suministro y de prestación de servicios. Mediante él, los órganos de la administración del Estado compran, arriendan productos o bienes muebles y servicios que requieran para el desarrollo de sus funciones.
Esta ley consagra varios elementos de transparencia para este contrato. En primer lugar, el particular que contrata la administración debe estar inscrito en un registro electrónico oficial de contratistas. En segundo lugar, todo el proceso de selección de contratistas se hace mediante un sistema electrónico o digital. En tercer lugar, la regla general es que el contrato se celebra por licitación pública y excepcionalmente (cuando no hay interesados, situación de necesidad o interés público comprometido) cabe el trato directo. En cuarto lugar, se crea el Tribunal de la Contratación Pública, que es competente para conocer de todas las ilegalidades o arbitrariedades ocurridas en procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos.

- Licitación de estudios para inversión y proyectos de inversión

La Ley de Presupuestos para 2005 establece que la propuesta o licitación pública es obligatoria respecto de los estudios para inversión y proyectos de inversión a realizarse en 2005 cuando el monto total del proyecto contenido en el decreto o resolución de identificación sea superior al equivalente en pesos de mil unidades tributarias mensuales respecto de los proyectos de inversión, y de quinientas de dichas uni-

dades en el caso de los estudios para inversión, salvo las excepciones por situaciones de emergencia contempladas en la legislación correspondiente. Tratándose de los incluidos en las partidas Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Vivienda y Urbanismo, las referidas cantidades serán de diez mil unidades tributarias mensuales para los proyectos de inversión y de tres mil de tales unidades en los estudios para inversión.

Cuando el monto respectivo sea inferior a los señalados en el inciso precedente, la adjudicación debe ser efectuada conforme al procedimiento establecido en el decreto supremo N° 151, de 2003, del Ministerio de Hacienda.

### 1.5. Transparencia en materia de empresas públicas

- Ley N° 19.863 y DFLs

La Ley N° 19.863 facultó al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley (DFL) que adecuaran los estatutos de las empresas públicas en relación a la incompatibilidad relativa que estableció entre el cargo de Ministro y el de Director de una empresa. La norma hacía compatible el cargo de Ministro con el de Director de empresa; pero no la remuneración. Además, establece un tope de 24 UTM.

En ejercicio de este mandato, la autoridad dictó los DFL N° 21, respecto de ENAMI; el DFL N° 22, para Correos; el DFL N° 23, para EMAZA; el DFL N° 24, para Ferrocarriles y el DFL N° 25, para los puertos. Todos ellos fueron publicados, con excepción del primero, el 2 de septiembre de 1993. El DFL de ENAMI fue objeto de un requerimiento ante Tribunal Constitucional, que fue acogido por éste. Por lo mismo, fue suprimido del ordenamiento jurídico. En lo medular, los DFL establecen nuevas disposiciones para los directorios de dichas empresas. La autoridad concentra la designación de los directores que les corresponde nombrar en el Sistema de Empresas Públicas (SEP), como comité Corfo. En seguida, establecen inhabilidades para ser designado director, las que tienen que ver con parentesco, calidad de candidato y la militancia en directivas de partidos o en organizaciones gremiales o sindicales. Los DFL, además, establecen estrictos requisitos para asumir los cargos: título profesional o experiencia de a lo menos 3 años y antecedentes tributarios intachables.

- Ley N° 19.847

La Ley N° 19.847 estableció que las empresas que quisieran obtener garantías del Estado para los préstamos que contrajeran y para los bonos que emitieran, debían suscribir un convenio con el SEP, especificando los objetivos y resultados esperados de superación de programas e inversiones. La misma ley estableció que el SEP debía entregar en mayo de cada año, al Presidente de la República y al Congreso, un informe de gestión del año precedente.

- La Ley N° 19.863

La Ley N° 19.863 estableció la compatibilidad entre el cargo de ministro y el cargo de director de una empresa pública, pero permitió que solo recibiera la dieta de un directorio, con un tope de 24 UTM.

**1.6. Transparencia en materia de gasto electoral**

La Ley N° 19.884, publicada el 5 de agosto de 2003, reguló el aporte fiscal, tope de gasto y control en materia de financiamiento de las campañas. En primer lugar, en efecto, se establecieron límites al gasto electoral. Este es distinto según se trate de candidaturas a senadores, diputados, alcaldes o de Presidente. En segundo lugar, se reguló el financiamiento privado y el financiamiento público de las campañas. El primero es cualquier contribución que se efectúe a un candidato o partido destinado a financiar gastos electorales. El segundo, es el pago y el reembolso que de los gastos electorales debe hacer el Estado a los candidatos y a los partidos.

En tercer lugar, se establecieron ciertas obligaciones de transparencia. Así, todo candidato debe nombrar un administrador electoral, quién debe llevar una contabilidad de ingresos y gastos que debe ser rendida ante el Director del Servicio Electoral, y son públicos. En cuarto lugar, se establecieron ciertas prohibiciones. Por una parte, los candidatos no pueden recibir aportes de campaña electoral por parte de órganos de la administración del Estado, de Empresas del Estado ni de aquellas en que éste tenga participación. Por la otra, no pueden efectuar estos aportes las personas que reciban subvenciones o aportes del Estado, ni aquellas que no persigan fines de lucro. Asimismo, los funcionarios públicos no pueden realizar actividad política dentro del horario dedicado a la administración del Estado ni usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones. Posteriormente, por la

Ley N° 20.051, de 2005, se amplió el derecho a reembolso a las candidaturas para la Presidencia de la República.

**1.7. Transparencia y probidad para todos los órganos del Estado (reforma Constitucional de 2005)**

La reforma constitucional de 2005 establece, en primer lugar, el principio de transparencia y probidad. Al efecto, dispone que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. También son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En segundo lugar, se fortalece el control del Congreso respecto de las actividades del Ejecutivo. Ello lo hace de tres maneras:

- La Cámara podrá citar a los Ministros de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no puede ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio. La asistencia del Ministro es obligatoria y debe responder a las preguntas y consultas que motiven su citación.

- Asimismo, los Ministros deben concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos que, perteneciendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes Secretarías de Estado, acuerden tratar.

- La Cámara puede crear comisiones investigadoras especiales a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno. Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes.

> Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que este tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, están obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten. Sin embargo, para que los Ministros puedan ser citados más de tres veces en el año se requiere que lo apruebe la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

En tercer lugar, se elimina la suspensión o restricción a la libertad de prensa durante los estados de excepción. Y, en materia de respeto a la vida privada, se suprime el respeto a la vida pública y se suprime el delito de difamación de la Constitución.

Finalmente, como una manera de controlar el ejercicio de las profesiones, se fortalece su control ético a cargo de los colegios profesionales.

### 1.7.1. Ley 20.285

Es de gran relevancia, a mi juicio, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley 20.285), que en tres años de ejecución ha ido modificando la cultura pública, más bien tributaria del secretismo, hacia el camino sin vuelta atrás de la transparencia. Es cierto que necesita de perfecciones procesales y probablemente algunas de fondo (de hecho un conjunto de parlamentarios de ambas alianzas políticas hemos presentado una moción parlamentaria en la lógica de perfeccionar el instrumento), pero qué duda cabe de los efectos positivos que ha producido.

El ex Primer Ministro Inglés Tony Blair, en su reciente autobiografía, destina varios párrafos, de su muy interesante y bien escrito libro, a quejarse amargamente de lo que considera una muy mala noticia, la aprobación por el parlamento inglés del acta de transparencia. Sostiene que el acceso a la información pública solo trajo consigo dificultades en la función de gobernar.

Más de algún comentario en ese sentido he oído en Chile durante estos años. Sin embargo, parece haber consenso en que la publicación de la Ley 20.285, surgida de una moción parlamentaria de los Senadores Larraín y Gazmuri, y luego perfeccionada por el gobierno de Michelle Bachelet, en particular en la discusión en la comisión mixta, fue un avance importante. Ello no obsta a la necesidad de perfeccionar dicha norma en el futuro para que produzca más transparencia en la función pública y en el derecho de acceso a la información de los órganos de la administración del Estado.

### 1.7.2. La reforma del 2010 y su ley orgánica

El 4 de enero del 2010, en las postrimerías del gobierno de la presidenta Bachelet, se publicó en el diario oficial una reforma al artículo 8° de la Constitución Política de la República, que estableció dos nuevos incisos (actuales tercero y cuarto), resultando el artículo de la siguiente manera:

> El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.
>
> El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.
>
> Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

Luego de una larga tramitación, apurada por la campaña presidencial de esos días, se lograría profundizar el principio de probidad instaurado en la reforma del 2005, mediante la Ley 20.050 (durante el mandato del presidente Ricardo Lagos). Se trató de un paso decisivo, que da sustento constitucional a la tarea legislativa cumplida y aquella pendiente.

## 2. Materias Pendientes

Entre los asuntos pendientes ya aprobados en la Cámara de Diputados, está el proyecto de ley de "Probidad en la función pública y prevención del conflicto de interés", a que alude el inciso penúltimo del artículo 8° de la Constitución Política de la República. El proyecto, que ya posee media sanción, casi uná-

nime, en la Cámara de Diputados, constituye una propuesta novedosa, en lo siguiente:

a) En materia de declaración de intereses y patrimonio:
Se establecen nuevas autoridades y funcionarios obligados a declarar, entre ellos los agentes públicos y ciertas personas sujetos a contrato de honorarios, cuando sus remuneraciones son equivalentes o mayores a jefes de división.
Se amplía el contenido de la declaración de interés y patrimonio, para decirlo en sencillo, se busca que la declaración se baste a sí misma para conocer el real patrimonio del declarante, por lo que ya no será suficiente que alguien cumpla diciendo "soy el dueño del 20% de la sociedad X", sino que deberá incluir los valores subyacentes en esa propiedad.
En relación a las sanciones, será obligación publicar en los sitios web del servicio respectivo la individualización de aquellos que no han hecho declaración en tiempo y forma.
Se le entregarán más instrumentos a la Contraloría General de la República para su labor de fiscalización.

b) En materia de mandato para la administración de bienes:
Se distinguen dos modalidades: un mandato general que entrega la administración de determinados valores que eventualmente pueden ser causa de conflicto de interés; y otro que se denomina como diversificado que importa un plan de liquidación de valores, y la posterior administración del producido de tal liquidación.
Se establece la obligación de constituir mandato para las más altas autoridades de los poderes ejecutivos y para parlamentarios, en especial para acciones sobre sociedades anónimas abiertas.
Otros funcionaros deberán constituir mandato cuando se trate de valores en su posesión que se vinculen a su área de injerencia administrativa.

c) Se establece la obligación de la enajenación de activos por parte del Presidente de la República, Senadores, Diputados y Contralor, en dos supuestos: cuando tengan propiedad significativa (5% o más) en empresas proveedoras del Estado (más de 100.000 UF) o cuando se trate de propiedad significativa (5% o más) de empresas sujetas a tarifas reguladas o que exploten concesiones.

Qué duda cabe que hay un listado de estatutos legales pendientes, qué duda cabe también que resulta indispensable mejorar nuestra cultura en materia de transparencia en lo público, como también en lo privado, donde me parece que ni siquiera estamos a medio camino.

Quiero detenerme en un tema central que por el momento es un ámbito legislativo fallido: la regulación del lobby. Es importante recordar que la primera iniciativa sobre regulación del lobby data de 2002, que en base a ella, a fines de la década pasada, el proyecto de ley estuvo a un paso de promulgarse, pero el ejecutivo de la época no lo hizo, oponiendo un amplio veto que también terminó siendo archivado. Más tarde, envió un nuevo proyecto, el que duerme en el proceso legislativo desde hace más de tres años.

¿Por qué se ha producido esta situación, a todas luces extraña? ¿Es que en nuestra sociedad como no existe el lobby no es necesario legislar sobre esto?, Falso, el lobby más bien campea, solo que sin ninguna articulación o límite.

Me parece que la respuesta se funda en el hecho que el "lobby mató al proyecto de lobby", en especial de aquellos que, ejerciéndolo, no quieren asumirlo, pues es más cómodo y útil sostener que se trata del simple derecho a petición o se está ejerciendo la profesión de abogado o, más elegantemente, que se trata de servicios de "imagen corporativa".

Lo concreto es que este es un pendiente acuciante, cuya falta de límites regulatorios lo mezcla con el tráfico de influencias y el financiamiento de la política, ámbitos donde se requiere más transparencia.

Sin embargo, en los últimos días se ha recibido una noticia esperanzadora en esta materia: el ejecutivo después de un silencio largo, ha decidido enviar al trámite legislativo una indicación sustitutiva total al proyecto que como recordaba duerme desde hace mucho.

Los primeros datos señalan que la mencionada indicación discurriría por la vía (más que de regular la industria) de poner los énfasis en la obligación del funcionario (sujeto pasivo) de publicar sus audiencias con lobbistas, reseñando la materia tratada.

Parece interesante explorar el camino de la transparencia como elemento regulatorio, sin perjuicio de debatir la necesaria obligación de registro de lobbistas habituales. En fin, lo importante es que por angas o por mangas le llegue la hora al lobby desatado y oculto.

Como indicaba al comienzo de esta apartado, hay más pendientes; primarias obligatorias y vinculantes; financiamiento de la política; de los partidos;

puerta giratoria de lo público a lo privado; mejores tipificaciones penales en delitos financieros, en información privilegiada, etc., pero aquello es materia de otro artículo  más extenso.

A medio camino, pero lo trascendente es no quedarse ahí.

# CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MARCO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

*Santiago Montt Oyarzún* [1]

**Resumen**

Este artículo analiza la naturaleza de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en una resolución que aprueba una fusión en un proceso de consulta, y los efectos de su incumplimiento.También revisa la legitimidad activa y pasiva para reclamar ante el citado Tribunal en el caso de incumplimientos de las condiciones impuestas en procesos de consulta, así como la imprescriptibilidad de dichas medidas. Luego discute el fallo dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*(29 de diciembre de 2011), donde el Tribunal se pronunció precisamente sobre los puntos discutidos en este artículo.

## Introducción

Nuestro sistema voluntario de control de fusiones y/u operaciones de concentración (fusiones o FYODC, indistintamente) vivió un intenso año durante el 2011. La entrada forzada de LAN y TAM por la Corporación Nacional de Consumidores (CONADECUS)al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en enero de 2011, puso en el centro del debate público el sistema de control contemplado –más bien por defecto que por diseño– en la Ley Chilena de la Competencia, el Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211).

1 Académico del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. LLM, JSD por Yale University, MPP por Princeton University. Agradezco el apoyo de los miembros de RegCom que colaboraron en la realización de este informe.

Ahora bien, otro aspecto crucial de dicho sistema de control, que dice relación con el régimen aplicable a las condiciones o mitigaciones que impone el TDLC como requisito a la consumación de una fusión, fue objeto de intenso debate en otro caso menos famoso, pero no menos relevante: *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*.[2]

Este artículo corresponde a la adaptación de un Informe en Derecho elaborado por el suscrito en el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por encargo de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en el contexto de la referida causa. En la misma, la FNE solicitó se sancione al Sr. Malone por infringir la Condición N°1 impuesta en la Resolución N° 01/2004 de 25 de octubre de 2004 que autorizó la fusión entre VTR S.A. y Metrópolis Intercom S.A., cuyo tenor es el siguiente: "El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas [...] en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile". De acuerdo a la FNE, el Sr. Malone, como controlador final de VTR (post fusión), habría infringido dicha condición, al tomar indirectamente control de DirecTV Chile Ltda., empresa operadora de televisión satelital en Chile.

De conformidad a lo señalado, se analizan aquí diversos aspectos relativos al incumplimiento de una condición o medida de mitigación impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC. Concretamente, este trabajo estudia, en primer término, la naturaleza jurídica de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC y los efectos de su incumplimiento. La tesis que se sustenta es que las condiciones o medidas de mitigación constituyen materialmente (no formalmente) actos administrativos de gravamen o limitación de derechos impuestos por el TDLC. No se trata de sanciones, sino de intervenciones regulatorias establecidas en procedimientos no contenciosos por parte de un Tribunal.

Enseguida, en la segunda sección, este artículo se refiere a la legitimación activa y pasiva para reclamar ante el TDLC por incumplimiento de las condiciones impuestas en procesos de consulta de FYODC. Se sostiene aquí que la legitimidad activa para reclamar ante el TDLC por incumplimiento de las condiciones impuestas en procesos de consulta de FYODC corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y a todo tercero que haya sufrido un daño

2 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Sentencia N° 117/2011, Rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011.

anticompetitivo. La legitimación pasiva depende del alcance de las condiciones definidas por el TDLC, las que en todo caso pueden afectar al solicitante y a su grupo empresarial.

En la tercera parte, se afirma que las condiciones impuestas por el TDLC en procesos de consulta de FYODC son imprescriptibles. Esto porque dichas condiciones, al igual que las obligaciones impuestas en instrumentos regulatorios generales o especiales dictados por la Administración del Estado, son en sí mismas imprescriptibles (sin perjuicio de que puedan ser dejadas sin efecto por el mismo TDLC).

La cuarta sección analiza el fallo dictado por el TDLC en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone* el 29 de diciembre de 2011 –fallo posterior al Informe en Derecho elaborado al efecto–, explicando cómo se acogió la correcta doctrina en cada uno de los puntos antes analizados.

Finalmente, las conclusiones destacan un punto central que opera como hilo conductor de este trabajo y recogido en el fallo del TDLC: el carácter regulatorio y no sancionatorio de las condiciones. Quienes quieren ver sanciones en las condiciones se olvidan que frente a las libertades de las empresas afectadas por las condiciones existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, los que reclaman una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia.

## 1. Naturaleza jurídica de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC y efectos de su incumplimiento

### 1.1. Las condiciones o medidas de mitigación en el Derecho de la Competencia en general

El Derecho Comparado ha desarrollado latamente el tópico de las condiciones o medidas de mitigación, también conocidas como "compromisos", "soluciones" o "remedios". Tales medidas son aplicadas por los órganos de la competencia en respuesta a las FYODC que presentan riesgos a la libre competencia, pero que en definitiva se estima deben ser autorizadas.

En principio, las FYODC sometidas a control (sea voluntario u obligatorio, según la jurisdicción) que producen riesgos a la competencia y que, al mismo tiempo, generan eficiencias que compensan dichos riesgos, deben ser apro-

badas por los órganos de la competencia.[3] Esto siempre que tales eficiencias cumplan los requisitos de ser *específicas* a la FYODC, *verificables*, *no-anticompetitivas* y *traspasables a los consumidores* (al menos parcialmente).[4]

A nivel comparado, frente a una FYODC que presenta riesgos a la competencia, las respuestas institucionales de los órganos de defensa de la competencia no se reducen a la alternativa binaria de aprobación *pura y simple* o *prohibición* de la operación. Como afirma Agüero, en general el Derecho de la Competencia reconoce:

> [...] una amplia gama de remedios, o condiciones, que pueden establecerse para aplacar los riesgos que surjan de la operación. Dichos remedios condicionan la operación consultada, modificándola para hacerla compatible con la libre competencia.[5]

En términos generales, el propósito de las condiciones o medidas es proteger la eficiencia e intereses de los consumidores post-FYODC, preservando los niveles de competencia pre-FYODC.[6] En Europa, se afirma que las medidas de mitigación tienen por objetivo fundamental "garantizar estructuras de mercado competitivas",[7] mientras que el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en sus directrices sobre la materia, precisa que "el propósito de un remedio no es aumentar la competencia pre-FYODC sino restablecerla".[8]

---

3 Ver Cañizares, Enrique y Domínguez, Daniel, "Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio", en Martínez Lage y Petitbó, op. cit., p. 181.

4 En Estados Unidos, ver ABA Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions*, 3a ed., (ABA) 2008, p. 259:
[M]erging firms that seek to defend their mergers based on efficiencies must provide evidence that efficiencies, at least in part, will be passed on to consumers. (Las firmas en proceso de fusión que buscan defender dichas fusiones en base a eficiencias, deben probar que tales eficiencias serán traspasadas, al menos en parte, a los consumidores).

5 Agüero, Francisco, "Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector *retail*", en Montt, Paulo y Nehme, Nicole (eds.), *Libre competencia y retail. Un análisis crítico* (Legal Publishing) 2010, p. 314.

6 Como explica en Estados Unidos el Federal Trade Commission, Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions, disponible en http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtm (última visita, 24 de febrero de 2011), "Every order in a merger case has the same goal: to preserve fully the existing competition in the relevant market or markets". (Toda orden en un caso de fusiones tiene el mismo objetivo: preservar completamente la competencia existente en el(los) mercado(s) relevantes(s)).

7 Por todos, Ortiz Blanco, Luis, *Manual de Derecho de la Competencia* (Tecnos) 2008, p. 331. Parker y Balto añaden que, tras una fusión, los consumidores debieran beneficiarse del mismo nivel de competencia después de ella que antes de la misma. Parker, Richard G. y Balto, David A., "The Evolving Approach to Merger Remedies", en *Antitrust Report*, 2, 2000.

8 Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2004, p. 4 ("[T]he purpose of

Los remedios o medidas de mitigación se dividen en dos grandes categorías: medidas *estructurales* y medidas de *conducta* o *comportamiento*. Mientras los remedios estructurales implican una *redistribución* de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de negocios, los remedios de conducta *restringen* los derechos de propiedad y la libertad económica de las empresas fusionadas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes que se fusionan.[9] De este modo, mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas.

Las medidas de conducta, como señalan Cañizares y Domínguez, limitan el comportamiento "de la empresa fusionada, sin alterar la estructura de propiedad de los activos de la industria [...] adoptan[do] la forma de obligaciones impuestas a la empresa fusionada".[10] Ahora bien, dada la complejidad en el diseño, costos de monitoreo, administración y cumplimiento y facilidades de elusión de las medidas de conducta,[11] el Derecho de la Competencia prefiere siempre, dentro de lo posible, las medidas estructurales.[12] Como explica Agüero:

> Este tipo de medidas [de conducta]... son adecuadas cuando la prohibición total de la fusión sacrificaría eficiencias importantes y una medida estructural eliminaría tales eficiencias, o bien, cuando ella no es factible.[13]

---

a remedy is not to enhance premerger competition but to restore it") (El propósito de un remedio no es aumentar la competencia pre-fusión, sino restablecerla). A su vez, el Competition Bureau canadiense agrega que los remedios deben buscar restablecer la rivalidad perdida por efectos de la fusión, más que enfocar su atención en índices de concentración previos a ella. Competition Bureau, *Information Bulletin on Merger Remedies in Canada*, 2006, § 2, p. 3.

9 Ver Agüero, op. cit., p. 314

10 Cañizares y Domínguez, op. cit., p. 182

11 Department of Justice, op. cit., p. 8

12 Ver Monti, Georgi, *EC Competition Law*, (Cambridge University Press) 2007, p. 283:
Structural remedies are preferred because they are an immediate solution to the anticompetitive risk: they remove any threat posed by dominance by creating a new competitor or strengthening an existing firm. No long-term monitoring by the Commission is required. (Los remedios estructurales son preferibles porque constituyen una solución inmediata a un riesgo anticompetitivo: dichos remedios remueven la amenaza de dominancia que se sigue a la creación de un nuevo competidor o de reforzar una firma existente. No se requiere monitoreo de largo aliento de parte de la Comisión)

13 Agüero, op. cit., p. 323, citando al Department of Justice, op. cit., pp. 17-18 y la Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, CC 8, 2008, § 2.6, p. 13 y § 2.16, p. 15.

Como consecuencia de la complejidad antes indicada, los órganos de defensa de la competencia deben siempre tener presente las tres dimensiones de diseño, monitoreo y cumplimiento (*enforcement*) de las condiciones en tanto instrumentos regulatorios. Como bien afirman Cases y Menor:

> [...]es consustancial a la potestad pública de imposición de una condición a una concentración empresarial que se disponga de mecanismos jurídicos suficientes y eficientes para asegurar su cumplimiento. El control administrativo de una operación de concentración no concluye en estos casos con la autorización misma, sino que se alarga necesariamente al período necesario para la ejecución de los compromisos.[14]

Por su parte, mientras las condiciones estructurales consisten habitualmente en la venta o cesión de activos, las posibles condiciones de conductas pueden ser amplias y variadas, siendo casi siempre "hechas a la medida" de los riesgos de la operación que se aprueba.[15] Igualmente, así como las condiciones estructurales son generalmente de cumplimiento inmediato o casi inmediato, las medidas de conducta suelen establecerse por plazos de 3 a 5 años, sin perjuicio de que la duración pueda también ser indefinida[16] (al menos hasta que el Tribunal no decida dejarla sin efecto dado un cambio de circunstancias).[17]

---

14 Cases, Luis y Menor, Javier, "Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios", en Martínez Lage, Santiago y Petitbò, Amadeo (dir.), *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, (Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons) 2008, p. 327.

15 Así, Agüero lista diversas medidas de conducta, tales como obligación de la empresa que se fusiona de cooperar con sus competidores, obligar a la empresa fusionada a entregar licencias de su tecnología a un rival, dar acceso abierto a una instalación esencial de la empresa fusionada, exigirse el término total o parcial de contratos de largo plazo respecto de activos esenciales, prohibiciones de revelar información sensible de los competidores entre distintas empresas del grupo de la empresa fusionada, murallas chinas que buscan impedir la divulgación de información dentro de la empresa, deberes de trato equitativo y no discriminatorio, deberes de transparencia, cláusulas de no competir, contratos de suministro de largo plazo, restricciones en la contratación de personal escaso y controles respecto de los resultados del proceso empresarial (calidad de producto o servicio, precios máximos, etc.). Ver Agüero, op. cit., pp. 321-322.

16 Los siguientes ejemplos europeos demuestran duraciones de largo tiempo establecidas por la propia Comisión: (1) Vodafone Airtouch/Mannesmann, Caso N° Comp/M. 1795, 12 de abril de 2000, 3 años; (2) Vivendi/Canal+/Seagram, Caso N° Comp/M. 2050, 13 de octubre de 2000, 5 años; (3) Astra/Zeneca, Caso N° Comp/M. 1403, 26 de febrero de 1999, 10 años. *Ver* por todos, Massimo Motta, "Merger Remedies in the European Union: An Overview", en *Antitrust Bulletin*, 52, 2007, p. 603.

17 Así ocurre, por ejemplo, en el Reino Unido. De acuerdo a la Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, 2008, pp.26-27, 4.7, disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc8.pdf (última visita, 24 de febrero de 2011): As behavioural remedies are designed to have ongoing effects on business conduct throughout the pe-

Es importante destacar que las medidas de conducta pueden establecer obligaciones exigibles tanto a las partes del acuerdo, como a terceros miembros del mismo grupo empresarial o relacionados con las partes, o incluso a terceros *futuros* ajenos a la transacción. La naturaleza regulatoria y no sancionatoria de las condiciones permite que los órganos de la competencia puedan imponer obligaciones en forma flexible y amplia mediante actos (materialmente) administrativos de gravamen o limitación de derechos. Más abajo volveremos sobre estas afirmaciones.

### 1.2. Naturaleza de las condiciones

Las medidas de conducta importan una forma de regulación de naturaleza administrativa y no jurisdiccional de la actividad económica desarrollada por las empresas partes en una FYODC. En Europa, Monti indica que las medidas de mitigación son, en definitiva, una *forma de regulación de mercados*:

> Cuando se analizan los remedios de una fusión, el trabajo de la Comisión ***es de naturaleza diferente*** a cuando aplica el Derecho Europeo de la Competencia en escenarios más tradicionales, como la lucha contra los carteles. El poder de imponer condiciones permite a la Comisión ***regular el mercado de una manera minuciosa,*** proceso que se obtiene a través de la negociación con las partes de la fusión. Las partes aceptan que la fusión pueda proceder sujeto a las condiciones exigidas por la Comisión o simplemente echan pie atrás con la fusión.[18]

riod they are in force, the duration of these measures is a material consideration. The CC [Competition Commission] may specify a limited duration if measures are designed to have a transitional effect. Where measures need to apply as long as an SLC [substantial lessening of competition] persists and as this period can rarely be predicted during the course of an inquiry, ***the CC will generally rely on the merged parties applying for variation or cancellation of the measures on the basis of a significant change of circumstances or possibly recommend that the OFT [Office of Fair Trading] reviews the need for the measures after a given period.*** However, the CC may, in addition, specify a long-stop date in a 'sunset clause' beyond which the measures will definitely not apply. The period used for the long-stop date will depend on the circumstances of the case. (énfasis agregado). (Dado que los remedios conductuales están diseñados para tener efectos sostenidos sobre la conducta de negocios durante todo el período en el que estén en efecto, la duración de dichas medidas es una consideración material. La Comisión de Competencia puede especificar una duración limitada si las medidas están diseñadas para tener un efecto provisional. En el caso de medidas que deban durar tanto como la situación subyacente que reduce sustancialmente la competencia, y dado que la determinación de este período rara vez se puede predecir durante el curso de la revision de la fusión, la Comisión de la Competencia generalmente preferirá su mantención hasta que las partes fusionadas soliciten su cambio o cancelación sobre la base de un cambio significativo de circunstancias, o posiblemente recomendará que el Office of Fair Trading revise la necesidad de mantener las medidas luego de un cierto período de tiempo. Sin embargo, la Comisión de la Competencia puede, además, especificar una fecha determinada en una cláusula tipo "sunset", a partir de la cual la medida quedará sin efecto. El período a establecer dependerá de las circunstancias del caso.)

18 Monti, op. cit., p. 290 (énfasis agregado).

La naturaleza administrativo-regulatoria –y ***no sancionatoria***–de las condiciones o medidas debe entenderse en el contexto de economía-política de la regulación. En el Estado regulador, la existencia, contenido y límites del derecho de propiedad dependen del ejercicio de los poderes públicos del congreso y de las agencias administrativas.[19] El valor de los bienes depende, entre otras, de las normas legales presentes y futuras. Con ello, como explica Kaplow, el proceso de reforma regulatoria siempre afecta los intereses de los actuales propietarios:

> [...]una porción sustancial de todas las leyes, regulaciones y decisiones de los tribunales –incluso aquellas que son nominalmente prospectivas– alteran el valor de inversiones anteriores, simplemente porque el valor futuro de dichas inversiones depende de la normativa vigente y futura.[20]
> [...]casi cualquier cambio en las regulaciones o en las condiciones de mercado que no son anticipadas totalmente afectarán el valor de las firmas, bienes, u otras inversiones que son el objeto directo de la regulación, como asimismo el de muchos otros –como aquellos que compiten con las inversiones objeto de las normas–.[21]

Para ser más precisos, el proceso de reforma regulatoria siempre genera uno o más perdedores, incluso tratándose de reformas de naturaleza eficiente. Como explica Dahl, "podemos considerar como algo axiomático que virtualmente todas las decisiones tomadas por cualquier gobierno, incluyendo los democráticos, son desventajosas para algunas personas. Si producen ganancias, también producen costos".[22] Igualmente, desde una perspectiva económica, Joskow y Noll señalan que "con cualquier cambio relevante en la regulación gubernamental con impactos importantes en el precio, estructura de mercado, costo y calidad de productos, algunos gru-

19 Ver Galligan, D.J., *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, (OUP) 1986, p. 183 y ss.

20 Kaplow, Louis, "An Economic Analysis of Legal Transitions", en *Harvard Law Review*, 99, 1986, pp. 509 y 515. Ver también, Graetz, Michael, "Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision", en *University of Pennsylvania Law Review*, 47, 1977.

21 Kaplow, op. cit., 517.

22 Dahl, R. A., "Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic's View", en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano (EDS.), *Democracy's Edges*, (CUP) 1999, PP. 19-25.

pos ganarán mientras otros perderán".[23] Lo importante a destacar es que las "pérdidas son ubicuas: cualquier cambio legal restringe el conjunto de oportunidades de alguien, es decir, engendra pérdidas".[24]

Las condiciones o medidas de mitigación impuestas en procesos de revisión de FYODC, dada su naturaleza de actos administrativos regulatorios, deben analizarse y clasificarse desde una perspectiva de Derecho Administrativo. Dicho Derecho distingue tradicionalmente entre actos favorables y actos de gravamen de la administración. Como explican García de Enterría y Fernández:

> Los actos administrativos pueden también, en vez de ampliar o beneficiar la esfera jurídica de sus destinatarios privados, restringirla, afectar a la misma en sentido negativo, producir sobre ellos obligaciones, deberes, cargas, antes inexistentes, o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas.[25]

El aspecto crucial que debe destacarse a partir de esta clasificación es que no todos los actos de gravamen son actos sancionatorios. Hay entre ambas categorías una relación de género –actos de gravamen– y especie –actos sancionatorios–. Existe así un sinnúmero de actos de gravamen que no son sancionatorios, es decir, que no imponen "un mal [...] a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal".[26] Sin pretensión de ser exhaustivos, García de Enterría y Fernández enumeran los siguientes casos:

> [...]sacrificios de situaciones de mero interés, limitaciones de derechos, delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos, potestades ablatorias (reales, y entre ellas notablemente las expropiaciones), prestaciones forzosas (personales y reales, y entre estas señaladamente las tributarias), [y] la imposición de deberes.[27]

23 Joskow, Paul L. y Noll, Roger C., "Regulation in Theory and Practice: An Overview", en Fromm, Gary (ed.), *Studies in Public Regulation*, (MIT Press) 1981, pp. 1-8. Como lo señala Mashaw, J. L., *Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, (Yale University Press) 1997, p. 34: "[s]tatutes always shift rights or expectations" (Las leyes siempre alteran los derechos o las expectativas).

24 Medema, S. G., "Making Choices and Making Law: An Institutional Perspective on the Taking Issue", en Mercuro, Nicholas (ed.), *Taking Property and Just Compensation: Law and Economics Perspectives of The Takings Issue*, (Kluwer Academic) 1992, pp. 45-46.

25 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10a ed., (Thomson Civitas) 2006, p. 104.

26 Ibíd., p. 165.

27 Ibíd., p. 106.

Cabe concluir entonces que los actos que imponen condiciones en procesos de revisión de FYODC son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas sin tener naturaleza sancionatoria. Cuando una agencia o tribunal revisa un proyecto de FYODC no hay aún ningún hecho, acto o convención ilegal consumado que pueda merecer sanción. Por el contrario, el proceso en cuestión busca precisamente determinar las exigencias que garantizan que la fusión y/u operación de concentración no sea anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia.

**1.3. Las condiciones en el DL 211**

Las condiciones, en tanto limitaciones de derechos y libertades impuestos a empresas en procedimientos no contenciosos de carácter administrativo, se encuentran expresamente contempladas en el DL 211. El artículo 18 N° 2 del DL 211 establece la denominada potestad consultiva del TDLC, y dispone expresamente que el Tribunal puede *fijar condiciones* a los hechos, actos o contratos consultados:

> El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

Como punto previo, es importante destacar que la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de las resoluciones dictadas por el TDLC en procedimientos de consulta, tramitados conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional:

> Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. *Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales*, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia *no conoce de pretensiones procesales*

> *originadas en un conflicto de carácter jurídico*, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes.[28]

Enseguida, en el ámbito de la competencia, el TDLC se ha pronunciado sobre la naturaleza y finalidad de la potestad consultiva y las condiciones que se impongan en ejercicio de la misma. En la Sentencia N° 86, relativa al incumplimiento de una medida, el Tribunal señaló que:

> Segundo: Que la mencionada potestad tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico;
>
> Tercero: Que, para ese fin, un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones –de llevarse a cabo–, *se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia*.[29]

En consonancia con la doctrina comparada, el TDLC ha reconocido que la finalidad de las condiciones es eliminar o mitigar potenciales riesgos anticompetitivos que pueden derivarse de los hechos, actos o convenciones que se le consultan (incluido el caso de una FYODC). En la consulta de fusión de D&S/Falabella, el Tribunal explicó su misión institucional a este respecto en los siguientes términos:

> [...]este Tribunal deberá también estudiar si el riesgo de que se produzca un impacto negativo considerable sobre la competencia en los

28 Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2010, considerando 16° (énfasis agregado).

29 TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., considerandos 2° y 3° (énfasis agregado).

mercados que se analizan a lo largo de la presente resolución, puede ser conjurado mediante la imposición de una o varias medidas o condiciones paliativas, o si, por el contrario, la adopción de tales medidas o condiciones sería ineficaz para enervar los efectos negativos que se determinen después de analizada la operación consultada.[30]

El TDLC se ha pronunciado sobre la finalidad de las condiciones en reiteradas oportunidades. De acuerdo al Tribunal, las condiciones son necesarias para mitigar los riesgos o "probables efectos anticompetitivos"[31] o la "disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia".[32] Se ha expresado indistintamente que su finalidad va desde "mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley [N° 19.733, de Libertad de Opinión e Información]",[33] hasta incluso incrementar efectivamente la disputabilidad de un segmento del mercado (esto es, el segmento de generación hidráulica de base)[34] o enervar potenciales amenazas a la libre competencia.[35]

30 TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerando 15.

31 TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11 ("[E]ste Tribunal debe analizar si, a pesar de tales riesgos, es posible aprobar la operación consultada, pero sometida a condiciones que mitiguen los probables efectos anticompetitivos antes referidos").

32 TDLC, Resolución N° 1/2004, NC 02-04, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom *y VTR S.A.*, 25 de octubre de 2004, Encabezado de la Parte Resolutiva ("[E]ste Tribunal aprueba la operación consultada, en los términos que aquí se indican, por cuanto no se han acreditado elementos suficientes que permitan dar por establecido que *la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis*") (énfasis agregado). Ver también, TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerando 264 ("De aprobarse la operación consultada, se produciría *una disminución sustancial y duradera en las condiciones de competencia* en un mercado que involucra parte muy relevante de las decisiones de consumo de todos los chilenos, en los términos ya analizados, con efectos perjudiciales esperados –en términos de bienestar– en los precios, la cantidad y la calidad de los productos transados") (énfasis agregado).

33 TDLC, Resolución N° 20/2007, NC 173-06, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007, considerando 87 ("Que, por las razones expresadas precedentemente, *y a fin de mantener las condiciones de competencia* necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley, este Tribunal ordenará a la consultante desprenderse, en las localidades referidas, de una o más frecuencias en la banda FM, como condición a la que deberá someterse la operación consultada") (énfasis agregado).

34 TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11.2 ("Para que efectivamente se incremente la disputabilidad del segmento de generación hidráulica de base [...]").

35 TDLC, Resolución N° 23/2008, NC 205-07, Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A., 4 de enero de 2008, punto 13 ("[E]ste Tribunal concluye que, de aprobarse la Operación Consultada en términos puros y simples, podrían producirse efectos anticom-

A contrario sensu, las condiciones no deben imponerse como una compensación o gravamen desvinculado a los riesgos anticompetitivos.[36] Como todo acto de gravamen, las condiciones deben ser, como lo ha declarado la Corte Suprema, *suficientes y adecuadas*[37] para cautelar la libre competencia, así como también *prudentes* y lógicas.[38]

En términos doctrinales, es posible resumir lo anterior afirmando que las condiciones deben cumplir con los tres elementos del principio de proporcionalidad[39]: en palabras del Tribunal Constitucional, "se requiere que aquélla [la medida regulatoria] persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto".[40]

Esto es sin perjuicio de que, si ninguna condición o medida puede contrarrestar los riesgos anticompetitivos, el hecho, acto o convención no debe aprobarse, quedando con ello prohibido para todos los efectos legales. Como indicó el TDLC en los dos últimos considerandos de la resolución que rechazó la fusión D&S/Falabella:

> Por último, este Tribunal estima que no existen condiciones o medidas de mitigación que sean suficientes y eficaces para compensar o minimizar los riesgos para la competencia que entraña la operación consultada. En consecuencia, este Tribunal ha resuelto no aprobar la operación consultada, por no ser ésta compatible con la libre competencia.[41]

---

petitivos, por lo que se hace necesario condicionar la aprobación de dicha operación a una serie de medidas destinadas a enervar tales amenazas, en los términos que a continuación se indican").

36 Ver TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11.1.

37 Corte Suprema, Rol N°4578-2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., Resuelve reclamación contra Resolución N° 22/2007, 22 de noviembre de 2007, considerando 6° ("Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de información").

38 Ibíd., considerando 17°: "no es prudente que se concentre la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa".

39 Así se reconoce expresamente en la legislación europea de FYODC. Ver el considerando 30 de las EC Merger Regulation (Council Regulation (C) N° 139/2004 de 20 de enero de 2004, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf, última visita 24 de febrero de 2011) [en adelante, *EC Merger Regulation*].

40 Tribunal Constitucional, Rol 1710-10, 6 de agosto de 2010, considerando 100°.

41 TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerandos 266-267.

En la práctica, nuestro TDLC ha impuesto un amplio espectro de condiciones o medidas de conducta –las que han sido establecidas como exigibles también a filiales, coligadas o relacionadas de la consultante–, incluyendo:

(i) La prohibición de participar en la propiedad de empresas que puedan competir con la empresa fusionada (Resolución N° 1/2004).

(ii) La obligación de consultar al TDLC, en los términos del procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211, como condición previa a: (a) tener participaciones conjuntas con empresas dominantes (Resolución N° 1/2004); (b) adquirir futuras concesiones adicionales (Resolución N° 20/2007); (c) renovar concesiones radiales (Resolución N° 20/2007); y (d) solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas (Resolución N° 22/2007).

(iii) La imposición de precios máximos por plazos de dos a tres años (Resolución N°23/2008, Resolución N° 1/2004).

Para terminar este acápite sobre las condiciones en el DL 211, es necesario distinguir las condiciones o medidas impuestas en procesos no contenciosos y en procesos contenciosos. Como hemos visto, el procedimiento no contencioso está creado como un instrumento administrativo-regulatorio, con el fin de revisar hechos, actos o convenciones celebrados[42] o por celebrar y obtener una declaración del Tribunal que otorgue *seguridad jurídica* a consultantes. Este efecto se logra gracias al beneficio de *inmunidad* del artículo 32° del DL 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva *alguna* en la medida que los actos o contratos se ejecuten o celebren *de acuerdo con las decisiones* del TDLC:

42 Sin perjuicio de que, tratándose de actos celebrados, algún tercero interesado pueda oponerse en el proceso de consulta y transformarlo en un proceso contencioso del artículo 18 N° 1 del DL 211. Ver Auto Acordado N° 5 del 22 de julio de 2004:
2°.- En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta de conformidad con el artículo 18 del DL 211, en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 17 D del DL 211. La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultad[o].

> Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

La situación es algo distinta tratándose de procedimientos contenciosos (artículo 18 N° 1). En este caso, el TDLC también puede imponer, aparte de la sanción de multas, condiciones o medidas adicionales a fin de resguardar la eficiencia de los mercados y los intereses de los consumidores. Así lo establecen expresamente dos normas del DL 211:

> Artículo 3° inciso 1°: El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

> Artículo 26 inciso 2°: En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medida: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; [...]

Como puede apreciarse –especialmente al tenor del artículo 3° inciso 1°–, la facultad del TDLC para imponer condiciones o medidas en procesos contenciosos es amplia. Esta amplia potestad del TDLC en el ámbito de lo contencioso no debe ser utilizada con fines sancionatorios. Si bien las condiciones o medidas son usualmente impuestas en forma simultánea a una sanción pecuniaria (multa), ellas deben siempre ser usadas como un mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados y no para

imponer un "mal" *per se* a la empresa o entidad que incurrió en un hecho, acto o convención anticompetitiva. Por excepción, solo la disolución debiera usarse –y en forma excepcional– como sanción.

### 1.4. Incumplimiento de las condiciones y sus efectos

Las condiciones o medidas impuestas por el TDLC en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulatorio, de modo que su incumplimiento califica, *por definición*, como un "hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"(artículo 3° inciso 1° del DL 211). Por ello, cualquiera que incumpla una condición deberá ser castigado de conformidad al artículo 26 del DL 211, previa tramitación de un requerimiento o demanda de acuerdo al artículo 18 N° 1 del DL 211.

Así lo ha declarado expresamente el TDLC. En el caso *HidroAysénI*, el Tribunal reprochó el incumplimiento de una medida de mitigación, afirmando sin vaguedades que:

> [L]as resoluciones dictadas por este Tribunal, en ejercicio de la potestad consultiva en comento, son vinculantes para quienes pusieron en movimiento dicha atribución mediante la formulación de una consulta, por lo que ***la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia de los consultantes,*** que con su actividad o inactividad, según sea el caso, puedan poner en peligro la competencia en el mercado respectivo o lesionarla derechamente.[43]

Enseguida, el TDLC podría también, si lo considera oportuno y necesario, dejar sin efecto la resolución que decidió aprobar el hecho, acto o contrato, incluyendo la FYODC, ordenando se proceda a realizar la desinversión respectiva (*divestiture*, también denominada informalmente como "desrrevolviendo los huevos" o *unscrumbling the eggs*).[44]

---

43 TDLC, Sentencia N° 86/2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., 30 de julio de 2009, considerando 4° (énfasis agregado). Ver también, considerando 5°.

44 En Europa, así lo dispone expresamente la EC Merger Regulation, op. cit., en sus artículos 6(3) y 8(6).

Adicionalmente, desde una perspectiva de Derecho Civil, el hecho, acto o convención realizado en infracción a la condición es o puede ser nulo de nulidad absoluta. De acuerdo al artículo 1462 del Código Civil, "hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno", y el objeto ilícito recibe como sanción la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil). El DL 211 es, indudablemente, una normativa de Derecho Público, por lo que su contravención acarrea la nulidad absoluta. Por lo demás, así lo ha declarado el TDLC:

> El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta Resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados [...].[45]

Es importante destacar que, tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos –tanto por el lado de la oferta como de la demanda–, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios en las preferencias de los consumidores, etc.).

Lo importante en tales casos es que las firmas e individuos afectados deben siempre solicitar formalmente al TDLC la modificación de las condiciones o medidas, previa tramitación de un proceso de consulta de conformidad al artículo 18 N° 2 del DL 211. Por el contrario, si las firmas o individuos afectados deciden incumplir una condición sin obtener la modificación previa por parte del TDLC, entonces no podrán alegar como defensa el cambio de circunstancias en caso de ser acusados por infringir el artículo 3° del DL 211.[46]

45 TDLC, Resolución N° 20/2007, NC 173-06, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007, Resuelvo Primero N° 5. TDLC, Sentencia N° 86/2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., 30 de julio de 2009, C. 5° ("[S]u incumplimiento [de las medidas]... podría afectar su validez").

46 Pruebas manifiestas son los procedimientos seguidos ante el TDLC por la empresa eléctrica Edelnor S.A. para la modificación del Dictamen N° 1173, de agosto de 2001, de la H. Comisión Preventiva Central, por el cual solicitó a dicho Tribunal, en abril de 2004, es decir, casi tres años después de su dictación, que se modificara el dictamen por un cambio en la regulación sectorial; y por la solicitud efectuada el año 2005 al TDLC (Resolución N° 8/2005); y por la Comisión Nacional de Energía para que se modificara, en dicho caso, una *recomendación* contenida en el Dictamen N° 992, también

Esto porque la defensa de cambio de circunstancias constituye una forma de argumentar que la realización de los hechos, actos o convenciones prohibidas por la condición no tiene efectos anticompetitivos. Y, en este punto, el TDLC, en el caso *HidroAysén II*, rechazó la defensa de falta de efectos anticompetitivos tratándose de un incumplimiento a una condición establecida en la Resolución N° 22:

> Que los desistimientos de las solicitudes de recursos hídricos en las cuencas contempladas en la condición en comento no son suficientes para eximir a la demandada de responsabilidad, sin perjuicio de que se considerarán al momento de determinar la sanción aplicable con motivo del incumplimiento. Lo anterior, en razón de que **el solo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este Tribunal, puso en riesgo la competencia en los mercado respectivos**, riesgo que consiste en que el acaparamiento o la amenaza de acaparamiento de derechos de aguas en las cuencas de los Ríos Palena y Aysén y la subcuenca del Río Ibáñez, **puede afectar las estrategias empresariales de potenciales competidores, evitando su entrada al mercado. De ahí la importancia del control preventivo de juridicidad impuesto en la condición incumplida**;[...]
>
> Que, por todo lo expuesto, este Tribunal aplicará una sanción a la demandada, por infracción al artículo tercero, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, [...] pues, como se ha venido argumentando, la infracción de las condiciones impuestas por esta magistratura para que la realización de un acto o convención no sea contraria al derecho de defensa de la competencia, importa una conducta ilícita que pone en riesgo la libre competencia o que, en otras palabras, tiende a impedirla, restringirla o entorpecerla.[47]

Lo anterior no implica necesariamente aceptar una teoría de responsabilidad objetiva o infracciones *per se*. Simplemente se trata de otorgar a las deci-

---

de la H. Comisión Preventiva Central (1996), por un cambio en la regulación sectorial (Resolución 18/2006).

47 TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., considerandos 13° y 19° (énfasis agregado).

siones del TDLC la estabilidad, imperatividad y ejecutoriedad que el ordenamiento incluso reconoce a los actos administrativos afinados.[48]

Otro punto es la consideración de la eventual falta de efectos anticompetitivos o irrelevancia de la conducta al momento de fijar la sanción. En este sentido, Cases y Menor opinan que debe ponerse atención al grado de incumplimiento y de "afectación del interés público":

> En cada expediente deberá valorarse con extrema atención el grado de cumplimiento, la actuación de la empresa y la incidencia del no preciso cumplimiento de la condición en el interés público articulado por la resolución administrativa. El principio de proporcionalidad supone que no caben respuestas automáticas, de modo que todo incumplimiento deba generar la misma consecuencia jurídica. Deberá estarse al grado de incumplimiento, a la labor de la empresa responsable y a la afectación del interés público.[49]

48 Ver artículo 51 de la Ley 19.880:
Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.
Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general.
En principio, no somos partidarios de utilizar conceptos y categorías del Derecho Procesal para entender e interpretar los efectos de los actos administrativos del TDLC. En todo caso, cabe citar aquí un caso donde el TDLC reconoció que las resoluciones gozan del efecto de cosa juzgada, al menos en un sentido formal-provisional. Ver TDLC, Resolución N° 8/2005, Rol 30-04, Consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande (EDELNOR) sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central, 30 de junio de 2005, considerando 3°:
Que, en efecto, el artículo mencionado en el considerando anterior prescribe que "los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo a las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, si no en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal...". En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este Tribunal y la de los organismos de los que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir. No obstante ello, sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este Tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad (ver *Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1958*, pp. 416 y siguientes). Por lo demás, así lo sostuvo en su oportunidad la Honorable Comisión Resolutiva en la Resolución N° 667, de fecha 30 de octubre de 2002. Por consiguiente, de esta forma es como debe interpretarse lo enunciado en el considerando Quinto de la Sentencia N° 3 de 29 de junio de 2004, citada por la FNE en su informe.Ver también, TDLC, Resolución N° 18/2006, Rol NC 113-06, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, 17 de noviembre de 2006, C. 3°.

49 Cases y Menor, op. cit., p. 332

A este respecto, es importante destacar que el primer incumplimiento "histórico" de una medida de mitigación de una FYODC –la infracción de Lan Chile al *plan de autorregulación* impuesto en su momento por la Comisión Resolutiva– dio lugar a un pronunciamiento de la misma Comisión que estableció el principio del *estricto cumplimiento de las condiciones*. La Comisión Resolutiva resolvió que la relevancia e intencionalidad no eran defensas de exculpación disponibles para la empresa, sin perjuicio de su consideración al momento de establecer la multa:

> Que, del análisis de los hechos fluye que los incumplimientos observados al Plan de Autorregulación por parte de Lan Chile S.A. y Lan Express son excepcionales y de menor cuantía, por lo que no cabe imputar a la gestión de estas empresas la intencionalidad positiva de vulnerar las condiciones del referido plan, cuestión que será debidamente ponderada para determinar la sanción que se aplicará, ***pero que no alcanza a excusar del todo el estricto cumplimiento exigible en la especie*** .[50]

## 2. Legitimación activa y pasiva en los procesos contenciosos de cumplimiento de las condiciones

### 2.1.Legitimación activa

La pregunta por la legitimación activa corresponde a la determinación de quiénes pueden válidamente exigir el cumplimiento o *enforcement* de una condición o medida de mitigación impuesta por el TDLC en un proceso no contencioso de consulta tramitado conforme al artículo 18 N° 2 del DL 211. De conformidad a los artículos 18 N° 1 y 20 del DL 211, la respuesta es: (i) la FNE[51] y (ii) todo tercero afectado, sea consumidor[52] o competidor, que haya sufrido un "daño anticompetitivo" (*antitrust injury*).

La legitimidad activa de la FNE está expresamente contemplada en la ley. Por una parte, el artículo 39 inciso 1° del DL 211 dispone que la FNE defiende los "intereses generales". Luego, más específicamente, el mismo artículo 39, en su inciso 2° literal d), del DL 211 establece que:

50 Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, 30 de enero de 2004, considerando 7° (énfasis agregado).

51 Sin perjuicio de otros organismos públicos que también puedan tener legitimidad activa, como, por ejemplo, el Servicio Nacional del Consumidor.

52 Incluimos en el concepto de consumidores a empresas que hayan adquirido bienes o servicios del demandado.

> Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: [...] d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley.

Además, en ciertas oportunidades es el propio TDLC el que comisiona a la FNE para que vele por el cumplimiento de sus resoluciones o sentencias. Este es precisamente el caso tratándose de la Resolución N° 1/2004, donde el Tribunal señaló que "[l]a supervisión del cumplimiento de las condiciones anteriores recaerá en la Fiscalía Nacional Económica".[53]

En cuanto a la legitimidad de los terceros afectados, es fundamental que hayan sufrido un "daño anticompetitivo" (*antitrust injury*). El concepto de daño anticompetitivo ha sido definido por la Corte Suprema norteamericana como "la clase de daño que las leyes de la competencia buscan prevenir".[54] Este daño "debe reflejar el efecto anticompetitivo ya sea de la violación o de los actos anticompetitivos realizados gracias a la violación".[55]

Los consumidores afectados siempre sufren un daño anticompetitivo por la sencilla razón de que el Derecho de la Competencia está establecido en su beneficio.[56] No ocurre lo mismo con los competidores, pues ellos pueden sufrir daños como consecuencia tanto de conductas competitivas como anticompetitivas; por ello es necesario verificar, en un examen fáctico, la ocurrencia de daños anticompetitivos.[57] No debe olvidarse que, hoy en día, existe

53 TDLC, Rol NC 02-04, Resolución N° 1/2004, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A., 25 de octubre de 2004. Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolución-1-2004.pdf (última visita, 13 de diciembre de 2010), Resuelvo.

54 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 US 477, 489 (1977). Ver Lopatka, John E., "Antitrust Injury and Causation", en *ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy*, Vol. III, (ABA) 2008) p. 2299. De acuerdo a este último autor, "the doctrine [of antitrust injury] can be understood as an attempt to ensure that the liability imposed on an antitrust violator approximates the optimal penalty" (La doctrina del daño anticompetitivo puede ser entendida como un intento de asegurar que la responsabilidad impuesta a un infractor de la libre competencia se aproxime a la pena óptima).

55 Ibíd.

56 Esto es sin perjuicio del problema de la proximidad del daño y de la determinación de política pública de si los compradores indirectos tiene o no legitimidad activa para demandar. No nos pronunciamos sobre este punto.

57 No debe olvidarse que el proceso competitivo produce daño en los perdedores, pero ese daño es legítimo. Desde una perspectiva filosófica, ver Honoré, Tony, "The Morality of Tort Law - Questions and Answers", en Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law,* (Clarendon Press) 1995, p. 82:

We are sometimes justified in injuring others, for example in self-defence. When we compete we are justi-

unanimidad que el Derecho de la Competencia protege a la competencia y no a los competidores.

Cabe notar que, al filtrar la clase de competidores que pueden demandar, el concepto de daño anticompetitivo disminuye los errores tipo I en el Derecho de la Competencia (esto es, falsos positivos: prohibir o castigar conductas que en realidad son pro-competitivas). Así lo explican Elhauge y Geradin:

> La doctrina del daño anticompetitivo cumple una función extremadamente útil: permite dejar afuera a aquellos demandantes cuyos motivos anticompetitivos hacen que la litigación en cuestión no beneficie el bienestar de los consumidores. Esto no solo ahorra costos de litigación sino que además baja el riesgo que los tribunales puedan imponer sanciones que prevengan conductas procompetitivas. [E]sta doctrina es un componente importante del esfuerzo por reducir la sobreprevención [*overdeterrence*] de conductas competitivas que el Derecho de la competencia inevitablemente crea dado los errores o dificultades existentes al distinguir entre las conductas competitivas y anticompetitivas.[58]

Nuestra jurisprudencia en materia de Derecho de la Competencia es consistente con la doctrina comparada. Por una parte, el TDLC ha declarado que el DL 211 no ha establecido acciones populares que puedan ser interpuestas por cualquier persona, sino que se requiere un interés legítimo dado por un daño anticompetitivo:

> [E]l interés legítimo para accionar en esta sede requiere que quien lo invoca posea la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. Así, para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, ha de participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la

fied in inflicting losses or setbacks on our rivals... I win the 100 meters and you lose... [T]he nature of the race justifies me in inflicting that setback on you. The same is true of other forms of competition, for example in trade, business, politics, literature, and love. (A veces nos encontramos justificados a causar daño a otros, por ejemplo en el caso de legítima defensa. Cuando competimos estamos justificados para causar daño o inconvenientes a nuestros rivales... Si yo gano los 100 metros, entonces tú pierdes... La naturaleza de estas competencias justifica que yo te cause un daño a ti. Lo mismo ocurre en otras formas de competencia, por ejemplo, en el comercio, los negocios, la política, la literatura y el amor).

58 Elhaug, Einer y Geradin, Damien, *Global Competition Law and Economics,* (Hart) 2007, p. 10.

> presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico, o bien en otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por esa actividad supuestamente antijurídica.[59]

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema al confirmar la sentencia antes citada del TDLC. Nuestro máximo tribunal reiteró la necesidad de contar con un daño anticompetitivo, criterio que no se cumple tratándose de una Fundación que no participa en el o los mercados relevantes (Fundación que alegaba, entre otras cosas, incumplimientos a las condiciones establecidas en la Resolución N° 1 del TDLC):

> Al respecto el artículo 18 N° 1 del DL 211 establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce de las situaciones que puedan constituir infracciones a esa ley, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico. En el caso que nos ocupa no se encuentra acreditado que la Fundación en cuestión participe actual o potencialmente en el mercado que resultaría afectado con las conductas denunciadas, sin que pueda afirmarse, como lo señala la reclamante, que en la especie se trate de una acción popular. En efecto, si bien las conductas que vulneran las normas sobre la libre competencia importan un atentado al orden público económico, es la propia ley la que ha encargado la tarea de representar el interés general de la colectividad en el orden económico a la Fiscalía Nacional Económica, según lo establece en el artículo 39 letra b) del texto legal ya citado.[60]

Al mismo tiempo, el TDLC sí ha permitido que terceros afectados demanden el incumplimiento de una condición, particularmente cuando participaron previamente en el proceso no contencioso que dio lugar a la imposición de medidas y cuando además han sido directamente afectados:

> Octavo: Que, al respecto, debe tenerse presente que ambas demandantes fueron admitidas como interesadas legítimas, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, para aportar antecedentes y manifes-

59 TDLC, Sentencia N° 98/2010, Rol C 168-08, Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A., 18 de marzo de 2010, considerando 18°.

60 Corte Suprema, Rol N° 2680-2010, Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Resuelve reclamación contra Sentencia N° 98/2010, 22 de septiembre de 2010, C. 4°.

tar opinión en el proceso que culminó con la dictación de la resolución 22/2007, que es la que, precisamente, establece la prohibición cuyo incumplimiento por la demandante originó estos autos. Haber entonces participado activamente, en calidad de agente económico concernido por el proyecto consultado en el procedimiento que estableció las condiciones necesarias para que éste naciera válido a la vida del derecho, entrega a las demandantes, a juicio de este Tribunal, un legítimo interés en que dichas condiciones sean cumplidas, lo que las habilita para accionar en autos;

Noveno: Que la obligación de velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicte este Tribunal en las materias a las que se refiere el Decreto Ley N° 211, según dispone el artículo 39°, letra d del citado cuerpo legal, consagra una atribución del Fiscal Nacional Económico que en ningún caso es calificada de exclusiva y excluyente por la norma en cuestión. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, no es admisible la alegación de que velar por el cumplimiento de sus decisiones esté reservado únicamente al Sr. Fiscal, pues, generalmente, tales incumplimientos importan en sí mismos una infracción a la libre competencia que puede afectar a distintas personas, quienes estarán entonces legitimadas activamente para hacer valer sus pretensiones en esta sede.[61]

**2.2. Legitimación pasiva**

Corresponde enseguida tratar el problema de la legitimidad pasiva de las condiciones o medidas impuestas en un proceso no contencioso. La pregunta por la legitimidad pasiva en un proceso contencioso de incumplimiento de condiciones es una pregunta de Derecho de Fondo y no de Derecho Procesal: ¿puede el TDLC imponer condiciones o medidas que obliguen a terceros que no formaron parte en el proceso de consulta?

En nuestra opinión, el Derecho de la Competencia chileno sí permite que el TDLC imponga condiciones que obliguen a todo el grupo que controla la persona jurídica específica que comparece en un proceso de consulta. El argumento formal conforme al cual un controlador que no habría sido parte en una consulta original no puede luego ser sujeto pasivo de un litigio de

61 TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., considerandos 8° y 9°.

incumplimiento de la condición, no tiene fundamento en nuestro Derecho de la Competencia. Dada la plasticidad del Derecho Corporativo, un argumento formal de esta naturaleza volvería ineficaz el proceso entero de consultas de FYODC.

El Derecho de la Competencia es un Derecho no formalista. Como ha venido señalando la Corte Suprema norteamericana desde hace casi ya un siglo, "[e]l Derecho de la competencia apunta al fondo y no a la forma".[62] Así, desde una perspectiva de fondo, una medida de conducta definida como exigible respecto a todo el grupo controlador de quien comparece en la consulta, tiene un sólido fundamento desde una perspectiva del Derecho de la Competencia, y no representa ninguna sorpresa o arbitrariedad. Por el contrario, en muchos casos, si la condición no se extendiera a todo el grupo empresarial, entonces sería fácilmente soslayable y por ende inútil, frustrándose los propósitos y fines del DL 211.[63]

Por lo demás, ninguna entidad que conforma el grupo controlador de una determinada empresa, por sí o por medio de personas relacionadas, es o puede ser calificada como tercero ajeno en un proceso de consulta iniciado por dicha empresa. La existencia de control puede ser suficiente para que exista unidad de intereses entre matriz, filiales, coligadas, coligantes y personas relacionadas (según su definición en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores). No puede haber entonces violación del debido proceso, de derechos o libertades ni de expectativas: todo hombre de negocios sabe que cuando una entidad perteneciente a un grupo empresarial hace una consulta al TDLC, el resultado de la misma puede ser obligatorio para todo el grupo, incluyendo las personas relacionadas, si así lo dispone el Tribunal.

La experiencia comparada demuestra que una definición de sujeto pasivo amplia, incluyendo a todo el grupo controlador, no es particularmente exigente. Así, en el Derecho Europeo, la Sección 1.6 de la normativa que implementa las *EC Merger Regulation* define "partes en la operación de concentración", *siempre y para todo caso* (salvo excepción expresa), en términos aun más amplios que "grupo controlador":

62 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 US 752, 7760, 1984. Ver también, Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 US 344, 377, 1933 ("That statute [Sherman Act] is aimed at substance") (La ley de la competencia (Sherman Act) está orientada al fondo o sustancia).

63 Por ello, como señalan en EE. UU. las *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* del Department of State (octubre 2004), disponible en http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.pdf (última visita, 24 de febrero de 2011), p. 41, "[f]or a decree to be effective, it must bind the parties needed to fulfill the consent decree objectives" (Para que un decreto sea efectivo, debe obligar a las partes necesarias para que el objetivo del decreto se cumpla).

> Parte(s) en una operación de concentración o partes: estos términos se refieren a ambas partes adquiriente y adquirida, o a las partes que se fusionan, incluyendo todas las entidades en que un interés de control está siendo adquirido o es sujeto de una oferta pública.
>
> A menos que se especifique de otra manera, los términos parte(s) notificantes [esto es, partes en el proceso de notificación] y parte(s) en la operación de concentración incluyen todas las entidades que pertenecen al mismo grupo que esas partes.[64]

Por lo demás, el TDLC frecuentemente impone obligaciones que van más allá de las partes formales de la consulta. Por ejemplo, en la *Consulta HidroAysén*, cuya resolución no fue reclamada por la consultante ni por las empresas matrices de aquella, el Tribunal impuso obligaciones a entidades distintas, pero relacionadas con las solicitantes Endesa y Colbún:

> 1. Que se da lugar a la consulta sólo en cuanto se autoriza a Endesa y a Colbún, en forma independiente, o a una filial de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. formada para este efecto, a solicitar todo o parte de los derechos de aprovechamiento de aguas materia de esta consulta o continuar con la tramitación de aquellos autorizados provisionalmente en el curso de este proceso.[65]

El TDLC también ha impuesto obligaciones a terceras partes ajenas al proceso de la consulta. Eso sí, se trata de terceras partes *futuras* que, por la vía de la contratación con el consultante, se situarán voluntariamente en la posición de sujetos pasivos. Este fue el caso, confirmado por la Corte Suprema, de la Condición 2° de la Resolución N° 2/2005, que impuso obligaciones a un futuro adjudicatorio no existente aún a la fecha de la decisión del Tribunal:

---

64 Ver Commission Regulation (EC) N° 802/2004 de 21 de abril de 2004, implementing Council Regulation (EC) N° 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf.

65 TDLC, Resolución N° 30/2009, Rol NC N° 280-08, Consulta de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. relativa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del Río Aysén, 26 de mayo de 2009, Declaración Primera.

> En el evento que el adjudicatario de las concesiones que se liciten en virtud de lo ordenado en la condición Primera, precedente, fuese una empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que supere tal cantidad, dentro del plazo de seis meses contado desde el acto de adjudicación de las concesiones.[66]

Lo que sí indudablemente resulta improcedente es imponer obligaciones singularizadas y de carácter presente (no futuro) a un tercero ajeno que no haya participado en el proceso de consulta. La imposición de gravámenes singularizados y de carácter permanente a quien no se sitúe voluntariamente en la posición de sujeto pasivo mediante la celebración de algún acto o contrato, debe necesariamente cumplir con el requisito del debido proceso, incluyendo la audiencia previa.

## 3. Imprescriptibilidad de las condiciones impuestas por el TDLC en procesos de consultas de fusiones u operaciones de concentración

Ya hemos señalado en varias oportunidades que las resoluciones dictadas en procesos no contenciosos de consulta de FYODC son materialmente actos administrativos de carácter regulatorio. Se trata así de normas jurídicas no sancionatorias, limitadoras de derecho, que obligan a los sujetos pasivos respectivos (sin perjuicio de la potestad del Tribunal para dejarlas sin efecto previa tramitación de una nueva consulta).

De lo anterior se colige que las condiciones, así como ocurre con las obligaciones regulatorias impuestas en leyes, reglamentos y actos administrativos no sancionatorios, no prescriben. Solo prescribe la responsabilidad emanada de faltas y delitos, no las obligaciones regulatorias, ya sea que estén contenidas en instrucciones de carácter general[67] o en condiciones impuestas en

66 TDLC, Resolución N° 2/2005, Rol NC N° 01-04, Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A., 4 de enero de 2005, Resuelvo N° 2-Segundo.

67 Ver, por ejemplo, TDLC, Sentencia N° 41/2006, Rol C 73-05, Fundación Chile Ciudadano y otro contra Car S.A., 27 de junio de 2006, en la que el Tribunal sancionó a CAR por incumplir la Resolución N° 666 de 23 de octubre de 2002 de la Comisión Resolutiva que estableció una instrucción de carácter

procesos de consulta no contenciosos (en este último caso, la prescripción extintiva es de tres años, conforme al artículo 20 inciso 3° del DL 211). Esto obviamente a menos que el TDLC disponga lo contrario por la vía de fijar un plazo de vigencia preestablecido a las condiciones al momento de su constitución.[68]

El hecho que las condiciones o medidas impuestas en una sentencia dictada en un proceso contencioso sí prescriban en nada altera las conclusiones anteriores. La prescripción, en este caso, está expresamente contemplada en el marco de procesos contenciosos del artículo 18 N° 1 y de sentencias dictadas de conformidad al artículo 26 del DL 211.[69] Así se aprecia del tenor literal del artículo 20 inciso 5° del DL 211:

> Asimismo, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular.

La razón que explica el diferente tratamiento de la prescripción en el DL 211 tiene un fundamento jurídico notorio[70]: las condiciones contenidas en

---

general, y a la vez decidió dejarla sin efecto. Ver también, TDLC, Resolución N° 12, Rol NC 114-06, Solicitud de Asilfa A.G. sobre modificación de Resolución N° 634 de la Comisión Resolutiva, 13 de junio de 2006, en la que el Tribunal declaró la vigencia de la citada Resolución y sus modificaciones.
Si bien no refiere a un caso de FYODC, evalúese el caso de la Resolución N° 12/06 (NC 114-06), en el que se intentó dejar sin efecto la Resolución N° 634 de la CR, a lo que el Tribunal no dio lugar, estimando que sigue vigente.

68 Por lo demás, la imprescriptibilidad o permanencia de las condiciones fue reconocido expresamente por *Liberty Global, Inc.* en su presentación realizada al TDLC en el año 2007. En las páginas 1 y 10, la solicitante explica los términos y alcances de la Condición 1° en los siguientes términos:
Como se ve, la Condición Primera constó de una exigencia con efectos permanentes (la referida a que el controlador de VTR no pudiera participar ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en la propiedad de otras compañías de televisión satelital o vía microondas en Chile). [S]e trató, entonces, de una obligación con efectos permanentes, aplicable a quienes sean los controladores de la empresa fusionada [...] Por su parte, la obligación de carácter permanente emanada de la Condición Primera, en virtud de la cual quedó vedado a los controladores de VTR participar en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, continúa estando vigente, y sobre la interpretación que este H. Tribunal pueda tener sobre su cumplimiento o incumplimiento como consecuencia del Acuerdo de Intercambio de Acciones entre Liberty Media y News Corp. es que recae la presente consulta.

69 Debemos recordar que, además de sentencias, el TDLC dicta *resoluciones* (como consecuencia del ejercicio de la potestad del art. 18 N° 2 del DL 211), instrucciones de carácter general (art. 18 N° 3 del DL 211) e *informes,* como ocurre en los casos que leyes especiales convocan la actuación del TDLC (Art. 18 N° 5 del DL 211).

70 Esto no significa que dicho fundamento sea conveniente desde una perspectiva *lege ferenda* o de políticas públicas. En nuestra opinión, el TDLC debería tener la facultad de imponer condiciones en procesos contenciosos de una duración superior a dos años.

sentencias que acompañan a una conducta ilegal y a una sanción producen cosa juzgada material, y no pueden por ello ser dejadas sin efecto ante un cambio de circunstancias. Su mayor estabilidad y su vinculación a un ilícito y una sanción se "compensan" así con una prescripción de dos años (sin perjuicio de que esta solución sea discutible desde una perspectiva *lege ferenda* o de política pública).

La práctica del TDLC confirma la tesis que hemos planteado aquí. Por ejemplo, la Resolución N° 1/2004 establece una medida cuya duración fue fijada en un plazo mayor a dos años. Se trata de la Condición 7°:

> Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos.

Otros casos que establecen condiciones con una duración de más de dos años son los siguientes:

> (i) Resolución N° 9/2005, que modifica el plan de autorregulación de Lan (que no tiene plazo de vigencia). La denominada "política de autorregulación" de Lan Chile –establecida en la Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva y aprobada por la Resolución N° 496 de 1997 de la misma Comisión a propósito de la fusión de las aerolíneas Lan y Ladeco– es de duración indefinida.[71]

> (ii) Resolución N° 22/2007, Condición Segunda, 2.3, cuya vigencia se extiende "hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado" (de acuerdo a información de Endesa, consignada en la Resolución N° 22/2007, las últimas centrales entrarían en operación el año 2018).[72]

71 El plan de autorregulación fue enmendado el 2004 por la Resolución N° 723 de la Comisión Resolutiva, ordenándose su aprobación por la Comisión Preventiva Central, cuyo continuador legal es el TDLC.

72 Adicionalmente, en la Resolución N° 23/2008, Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A., Rol NC 205-07, el TDLC estableció dos condiciones para la aprobación de la consulta en que, si bien tienen plazos de dos años, este se cuenta desde la materialización de la operación:

Lo explicado anteriormente es sin perjuicio de la prescripción de la responsabilidad infraccional emanada del incumplimiento de una condición fijada por el TDLC en una resolución. En dicho caso, tratándose de un acto, hecho o contravención contrario al artículo 3° del DL 211, se le aplican las normas generales de prescripción contenidas en el artículo 20 inciso 3° del DL 211 (prescripción de 3 años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria; tratándose de hechos o actos continuos, la prescripción debe contarse desde que cesan[73]).

## 4. Síntesis del contenido del fallo *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone* de fecha 29 de diciembre de 2011

Los razonamientos antes explicados, presentados en el Informe en Derecho elaborado en el contexto del proceso dirigido en contra del Sr. John Malone, fueron en definitiva recogidos por el TDLC en la Sentencia N° 117/2011 de 29 de diciembre de 2011. A continuación haremos una breve síntesis de los aspectos centrales del referido fallo, citando en mayor extensión aquellas partes que merecen ser especialmente destacadas.

En primer término, el TDLC reconoció amplia y sostenidamente que las condiciones impuestas en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones potestativas de carácter prospectivo y regulatorio, y que no implican la imposición de sanciones:

CONDICIÓN N° 1: *A partir del momento que se materialice la operación de autos, y por un plazo de dos años*, la empresa fusionada deberá establecer una comisión total uniforme para todos sus afiliados, neta de la prima del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, que no perjudique a ninguno de los afiliados pertenecientes a las carteras de ING AFP Santa María S.A. y de Bansander AFP S.A. en relación con lo que pagaban por este concepto a la fecha de presentación de la consulta de autos;
CONDICIÓN N° 2: La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes.

73 Ver el reciente fallo TDLC, Sentencia N° 109/2011, Rol C N° 193-09, Demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y Otros contra Endesa S.A. y Otros, 27 de enero de 2011, C. 6°:
Que relacionado con lo anterior, resulta de la mayor importancia destacar que, en materia de prescripción, existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal, en cuanto a que su plazo debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si antes de vencido dicho término se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento y/o la demanda correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la litis. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2007, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2007 de fecha 9 de octubre de 2007; 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008 y 106/2010 de fecha 2 de diciembre de 2010.

> Que, en suma, cuando este Tribunal resuelve una consulta de conformidad con el artículo 18 N° 2, imponiendo a los intervinientes involucrados determinadas condiciones a las que deben someterse para que el hecho, acto o contrato de que se trate pueda materializarse... lo que está haciendo es —en ejercicio de una potestad que se ha denominado como consultiva— imponer a tales intervinientes determinadas obligaciones de hacer o no hacer, potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia.[74]
>
> [...]
>
> Las resoluciones en procedimientos "no contenciosos", responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas.[75]

Enseguida, el TDLC afirmó que, tratándose de medidas no sancionatorias, las condiciones tienen, en principio, una vigencia permanente o indefinida,[76] salvo que el propio Tribunal les fije un plazo, o que la parte interesada concurra iniciando un nuevo procedimiento dirigido a ponerles término o en el que solicite una nueva autorización para consumar la fusión:

> [Las condiciones], en cuanto tales, son permanentes, existiendo dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen: (i) que el propio Tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas (así ha ocurrido, por ejemplo, en la propia Resolución N° 1/2004, y en las Resoluciones N°s 9/2005, 22/2007 y 37/2011); o, (ii) que el Tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N° 211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante

74 TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone, considerando 23°. Ver también considerando 26°, párrafo final.

75 Ibíd., considerando 21°.

76 Ibíd., considerando 20° ("Que las resoluciones dictadas en virtud de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 –como fue el caso de la Resolución N° 1/2004–, sus efectos y los de las condiciones que tales resoluciones impongan, son de duración indefinida, salvo que la propia resolución en cuestión establezca un plazo para la vigencia de tales condiciones").

> una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N° 2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31. Dicho término, modificación o reemplazo puede estar también contemplado en la propia resolución que se dicte, al indicar ésta, por ejemplo, que la conducta prohibida por la condición respectiva podrá realizarse previa consulta al Tribunal en un nuevo procedimiento del artículo 31, como ha sido decidido— por ejemplo— en las Resoluciones N° 37/2011, sobre la operación de concentración entre Lan y Tam; N° 34/2011, sobre la operación de concentración entre Terpel Colombia y Copec; y N° 20/2007, sobre la operación de concentración entre GLR e Iberoamérican Radio Chile, entre otras.[77]

El TDLC insistió más adelante en señalar que el deber de una parte sujeta a una condición, en caso de considerar que la misma ya no tiene por efecto proteger al mercado y los consumidores, es necesariamente concurrir ante el Tribunal y pedir el alzamiento de la misma con base en nuevas circunstancias "fácticas, económicas o jurídicas".[78] Incumplir y defenderse en un juicio contencioso alegando la pérdida de fundamento de la condición, no resulta aceptable para el TDLC:

> Que, a juicio de este Tribunal, los argumentos reproducidos en el razonamiento precedente debieron haber sido presentados a esta magistratura en la ocasión y en el momento adecuados para tal fin, que no eran otros que el de una solicitud, vía una nueva consulta en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, orientada a obtener el alzamiento o la modificación de la Condición Primera, toda vez que, tal como se ha dicho en las consideraciones Vigésimo Primera a Vigésimo Cuarta de la presente sentencia, la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes... Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. N° 211, pues el afectado por

77 Ibíd., considerando 23°. Ver también considerando 17°.

78 Ibíd., considerando 21° ("[Las condiciones] deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad").

> una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie. De no seguirse este criterio, por lo demás, se generaría el incentivo perverso de que los afectados por una condición dictada en sede no contenciosa podrían burlarla simplemente estableciendo por su cuenta —en virtud de una especie de autotutela— que las circunstancias del mercado ya no son las mismas que se tuvieron en cuenta para imponerla; decidiendo en consecuencia no cumplir con la condición -infringiendo de esta manera el artículo 3° del DL N° 211-; esperar a ser requeridas y, si es que ello ocurre, intentar desvirtuar en el curso del procedimiento contencioso correspondiente la presunción de antijuridicidad contenida en el incumplimiento de la referida condición.[79]

Consiguientemente, el TDLC se preocupó de desestimar el argumento de que el mero paso del tiempo pudiera provocar la pérdida de vigencia de una condición, al modo de la caducidad:

> Que tampoco es posible, a juicio de este Tribunal, atribuir a la Condición Primera ni a ninguna otra condición dictada en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 —como parece hacerlo implícitamente la requerida al argumentar la prescripción en este punto— la posibilidad de extinguirse por el solo paso del tiempo en virtud de alguna forma de caducidad, por la simple razón de que la caducidad, además de ser una sanción de derecho estricto y no estar contemplada en el DL N° 211, sólo opera en nuestro ordenamiento respecto de derechos personales intersubjetivos, categoría a la que tales condiciones no pertenecen, por tratarse de manifestaciones del ejercicio de una potestad pública no sancionatoria.[80]

En lo que respecta a la calificación misma del incumplimiento de una condición, el voto de mayoría del TDLC sostuvo que se trata de un hecho que

79 Ibíd., considerando 23°.

80 Ibíd., considerando 26°.

se *presume* contrario al DL 211.[81] En este punto, el TDLC adoptó un criterio formalmente distinto, aunque funcionalmente igual a la posición defendida en el informe. Formalmente, cabe insistir aquí en que si el TDLC ha definido una conducta como anticompetitiva en una condición, su incumplimiento posterior es *por definición* un incumplimiento del DL 211, no requiriéndose la figura de la *presunción*. Funcionalmente, el efecto es el mismo,[82] pues, según hemos visto, el TDLC reconoce que el incumplidor no puede revisar el fundamento de la condición *ex post*.[83]

Las consecuencias del incumplimiento de una condición pueden ser particularmente graves. Según el TDLC, aparte de multa, los remedios que siguen a una infracción pueden incluir no solo la obligación de desinvertir, sino además la sanción de dejar sin efecto la fusión (el señalado *unscrumbling the eggs*). En este caso, el TDLC no estimó necesario llegar tan lejos:

> Que al respecto cabe señalar que, en estricta lógica, incluso podría imponerse al señor Malone la sanción de dejar sin efecto la operación de concentración entre VTR y MI aprobada por la Resolución N° 1/2004, toda vez que lo que permitió su aprobación fue, precisamente, la imposición de varias condiciones, entre las cuales está la Condición Primera. Al infringirse esta condición, cae uno de los supuestos de legitimidad de la operación de concentración en ese entonces analizada por el Tribunal, por lo que esta última podría ser dejada sin efecto. Sin embargo, este Tribunal estima suficiente, en este caso, optar por la obligación de desinversión en DirecTV Chile indicada precedentemente y aplicar la multa de la que se trata a continuación.[84]

81 Ibíd., considerando 50° ("[E]ste Tribunal ha señalado que el incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer en una condición que ha sido dictada como parte de una resolución que pone término a una asunto tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, constituye una conducta que se presume infringe la libre competencia"). Ver también, C. 51° y 78°.

82 Ibíd., considerando 80°.

83 Discrepamos de la prevención de los Ministros Menchaca y Veloso. No se trata de presumir de Derecho la responsabilidad, sino de castigar a partes que, *a sabiendas*, incurren en conductas que, previa tramitación de un proceso pleno –el proceso de consulta–, ya han sido declaradas como ilegales. En términos más generales, nos parece incorrecto rechazar la tesis *per se* en libre competencia con base en el Derecho Constitucional, debate que en todo caso excede el tema de este trabajo. La defensa de "culpabilidad" como no exigibilidad de otra conducta, y no como culpa o dolo, rara vez es una defensa útil en el Derecho de la competencia; claramente no ayuda a un miembro de un cartel.

84 TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone, considerando 94°.

Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa, el TDLC determinó, con total claridad y sin dejar dudas al respecto, que la FNE tiene el poder-deber de hacer cumplir las condiciones.[85] Concretamente, el Tribunal declaró:

> Que de lo anterior se desprende: (i) que el Fiscal Nacional Económico tiene la potestad y el deber de perseguir la comisión de conductas que infringen la libre competencia; (ii) que la infracción de una condición impuesta en una resolución dictada al término de un procedimiento no contencioso tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del DL N° 211 lleva implícita y supone *prima facie* la comisión de una conducta contraria a la libre competencia; y, (iii) que, en consecuencia, el Fiscal Nacional Económico está activamente legitimado para perseguir conductas que incumplan tales condiciones; razones todas por las cuales se desestimará en lo dispositivo de esta sentencia la excepción de falta de legitimidad activa interpuesta por John C. Malone.[86]

En cuanto a la legitimación pasiva, el TDLC rechazó diversos argumentos formalistas, que de haber sido aceptados, habrían puesto en riesgo la eficacia de nuestro Derecho de la Competencia. El punto central a este respecto –esto es, que las condiciones pueden afectar a personas que estrictamente no fueron parte de un proceso de consulta– fue reconocido por el Tribunal en los siguientes términos:

> Que aunque fuera cierto que las condiciones por lo general no surten efectos *erga omnes* respecto de personas ajenas a la operación, sí pueden surtir efectos más allá de la empresa consultante y alcanzar también a quienes mantengan vínculos de tal naturaleza con ella que hagan presumir que su actuación económica y financiera está guiada por intereses comunes o subordinada a éstos. De lo contrario, cualquier condición podría ser irrisoria y bastaría constituir empresas separadas para burlarlas.[87]

85 Ibíd., considerandos 23°, 49° y 50°.

86 Ibíd., considerando 51°.

87 Ibíd., considerando 40°.

Las condiciones solicitadas por una compañía pueden entonces ser válidamente impuestas a todo el "grupo empresarial" al cual dicha empresa pertenece, no pudiendo otras entidades que cumplen con dicha pertenencia excusarse del cumplimiento de las mismas:

> Que respecto del primero de los dos argumentos precedentes, cabe señalar que la Condición Primera —literal y razonablemente— se impuso no sólo a VTR sino al "grupo empresarial" de que formaba parte y, específicamente, a su controlador y a las personas relacionadas al mismo según los define el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, siendo exigible directamente de los mismos —y, por consiguiente, esperable— que quienes puedan quebrantarla deban conocer sus términos y responder por su infracción. En otras palabras, la condición se impuso a personas que, aunque formalmente tienen una identidad distinta de la empresa fusionada, tampoco son terceros, sino personas que conforme a la ley están relacionadas con la empresa fusionada y que, precisamente por ello, se encuentran en situación de vulnerarla, a la vez que en obligación de conocerla y respetarla.[88]

En lo que respecta a la prescripción, el TDLC determinó que las FYODC establecidas en proceso de consulta no prescriben. Solo las acciones prescriben, pero no así las condiciones, aunque sí prescriben las acciones dirigidas para hacer cumplir condiciones establecidas en sentencias definitivas dictadas en procedimientos sancionatorio-contenciosos:

> [L]a prescripción extintiva que contempla el inciso 5° (antiguo inciso 4°) del artículo 20 del D.L. 211, al igual que la que establece el inciso 4° de la misma disposición (antiguo inciso 3°), sólo concierne a acciones, ya que las medidas, en rigor, no prescriben. En efecto, lo que puede prescribir —al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 20 del D.L. 211— son las acciones destinadas a exigir el cumplimiento de las medidas que este Tribunal hubiese impuesto en una sentencia definitiva para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, si transcurren más de dos años sin haberse ejercido dichas acciones,

88 Ibíd., considerando 39°.

> contados desde que la medida en cuestión se hizo exigible —tratándose de obligaciones de hacer— o desde que se infringen o se realiza aquello que éstas prohíben, cuando se trate de prohibiciones o de obligaciones de no hacer. Las medidas, en cuanto tales, pueden tener la duración que defina la sentencia que las impone, o bien, pueden ser incluso indefinidas, tal como se desarrollará en la consideración Vigésima.[89]

Al mismo tiempo, el TDLC clarificó que sí prescribe la acción para perseguir el incumplimiento de una condición dictada en un procedimiento consultivo, en cuyo caso el plazo de la referida prescripción extintiva es de tres años (y no de dos), tal como se sigue del artículo 20 inciso 4°:

> Que, en todo caso, en la especie no es aplicable la regla de prescripción excepcional de dos años que contempla el inciso 5° (antiguo inciso 4°) del artículo 20 del D.L. N° 211 para las acciones de cumplimiento de medidas impuestas en sentencias definitivas previas, sino la general de tres años del inciso 4° (antiguo inciso 3°), que opera respecto de las acciones por atentado a la libre competencia. Lo anterior, toda vez que la acción deducida en estos autos no está destinada a exigir el cumplimiento de alguna medida establecida en una sentencia definitiva previa que haya determinado responsabilidad infraccional, sino que se funda en una presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211 —implícita en el eventual incumplimiento de la Condición Primera— que este Tribunal debería establecer por primera vez, imponiendo, en su caso, las medidas necesarias para corregirla o sancionarla y para prevenir su reiteración en el futuro.[90]

> Que entonces, y dado que las "condiciones" que se imponen como resultado del ejercicio de las atribuciones que confiere a este Tribunal el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 no son "medidas" de aquellas a las que se refiere el referido inciso 4° (actual inciso 5°) del artículo 20, la prescripción consagrada en dicha norma sólo podría aplicarse respecto de la acción orientada a hacer exigibles medidas dictadas en una sentencia

89 Ibíd., considerando 17°.

90 Ibíd., considerando 18°.

> definitiva de aquellas a las que se refieren los artículos 26, 27, 28 y 29 de la ley en análisis, en ejercicio de la facultad propiamente jurisdiccional contemplada en el artículo 18 N° 1, y en los términos que para cada caso se determine, según si se trata de medidas que impongan obligaciones de hacer o de no hacer.[91]

En cuanto a la manera de contabilizar la prescripción, el TDLC dispuso que el incumplimiento de una obligación estructural tiene la naturaleza de hechos continuos o permanentes, por lo cual la prescripción debe necesariamente contarse desde que los hechos infraccionales cesan:

> Dado que la conducta exigible por la Condición Primera es la de "no participar", ni directa ni indirectamente, en la propiedad de empresas operadoras de televisión inalámbrica o satelital en Chile, su infracción —esto es, la ejecución de la conducta reprochable— necesariamente ha de consistir en "participar" en dicha propiedad. Si se tiene en cuenta que tal participación sólo es posible de ejecutar en la medida que se tenga todo o parte de la propiedad directa o indirecta en las empresas mencionadas, forzoso es concluir que la ejecución de la conducta... es de carácter permanente, y cesará únicamente en el momento en que quien la ejecuta se desprenda totalmente de dicha participación. En otros términos: mientras el señor Malone participe, directa o indirectamente, en la propiedad de DirecTV Chile, estará ejecutando la conducta prohibida por la Condición Primera y no habrá podido empezar a correr plazo de prescripción alguno en su favor.[92]

## Conclusiones

La tesis sostenida por este trabajo se diferencia de otras aproximaciones que intentan afirmar que las condiciones son sanciones. Estas concepciones, orientadas única y exclusivamente a los derechos y libertades de las empresas que son objeto de las condiciones, olvida que existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, que recla-

91 Ibíd., considerando 19°.

92 Ibíd., considerando 29°.

man una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia.

En especial, cabe destacar que el hecho que el diseño institucional de la competencia de muchos países, incluido el chileno, se organice en torno a tribunales no es un argumento a favor de la tesis de las sanciones. El carácter infraccional del Derecho de la Competencia frente a hechos o actos consumados no aplica ni debe ser extendido al control de FYODC.

En los casos que nos preocupan, el Derecho de la Competencia opera como un verdadero Derecho Administrativo material de restricción de libertades y derechos de carácter regulatorio y preventivo. No es distinto a las regulaciones relativas a la vida, seguridad, salud, medio ambiente y otras, donde los fines públicos justifican limitaciones y restricciones a las libertades y derechos.

Por todo lo anterior, el fallo del TDLC que acogió el requerimiento de la FNE en contra del Sr. John Malone es, doctrinariamente, un fallo extraordinario, de gran contenido y transcendencia en lo que se refiere al régimen aplicable a las FYODC. Dicho pronunciamiento aporta claridad y seguridad jurídica a un texto normativo –el DL 211– que es pobre en redacción y contenido, iluminándolo conforme a una concepción moderna del Derecho y Política de la Competencia. Es de esperar, entonces, que la Corte Suprema ratifique el fallo del TDLC en el recurso de reclamación que aún está pendiente.

# SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

# ASESINATOS SELECTIVOS EN LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO

*Rocío Lorca Ferreccio*[1]

*"[J]ustice has been done"*
Barack Obama[2]

**Resumen**
En marzo de 2011 el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, anunció la ejecución de Osama Bin Laden como un triunfo parcial de la "guerra contra el terrorismo". Este evento se inserta dentro de un programa de asesinatos selectivos que el ejército de Estados Unidos en conjunto con su central de inteligencia (CIA) está llevando a cabo hace ya varios años. Este artículo revisa la legalidad de esta táctica de combate en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para concluir que no existen reglas que sean capaces de dar respuesta a una serie de cuestiones que esta práctica plantea. Más que abordar un trabajo de interpretación legal, este artículo sostiene que es urgente discutir la moralidad de los asesinatos selectivos como una táctica aceptable de combate.

## Introducción

En marzo de 2011 el presidente de Estados Unidos, Barak Obama, anunció la ejecución de Osama Bin Laden, hasta entonces identificado como el principal líder del grupo terrorista Al Qaeda. La ejecución fue anunciada como un triunfo parcial en la "guerra contra el terrorismo," como el resultado de una exitosa operación conjunta del ejército y la central de inteligencia de Estados Unidos (CIA) y, sorpresivamente, como un acto de justicia.[3] Utilizando la

1 Abogada de la Universidad de Chile, Magíster en Teoría del Derecho de New York University y candidata a doctora en derecho por la misma universidad.

2 *New York Times*, "Bin Laden is Dead, Obama Says", 1 de mayo de 2011, página A1.

3 Obama sostuvo en una conferencia de prensa que "la muerte de Bin Laden constituye el logro más

misma retórica de Barak Obama, el ex presidente estadounidense George W. Bush, quien una década antes había ordenado la captura de Bin Laden "vivo o muerto", declaró: "la guerra contra el terrorismo sigue viva, pero esta noche Estados Unidos ha enviado un claro mensaje: sin importar cuánto tiempo nos tome, se hará justicia".[4] El 30 de septiembre de ese mismo año, Estados Unidos volvía a anunciar la exitosa ejecución de otro importante líder de Al Qaeda en Yemen: el ciudadano estadounidense Anwar al-Awlaki. A diferencia del atentado contra Bin Laden en el que agentes especiales ingresaron al lugar donde este se encontraba escondido, la muerte de al-Awlaki fue ejecutada por un vehículo aéreo no tripulado.[5]

La muerte de Osama Bin Laden produjo inmediatas expresiones de júbilo en gran parte de la ciudadanía estadounidense; una ciudadanía que expresaba cierta ansiedad por el hecho de que pronto se cumplirían 10 años desde los atentados a las Torres Gemelas sin que se hubiera logrado capturar a quien fuera considerado su principal responsable.[6] Frente a estas expresiones de satisfacción y triunfo, la cuestión de si la acción de Estados Unidos se encontraba justificada y ajustada a derecho se volvió inevitable; esta pasó a formar parte del grupo de operaciones de dudosa legitimidad que son parte de la cruzada contra el terrorismo internacional.[7]

El análisis de este tema ha adquirido especial relevancia luego de los dos eventos recién descritos. Sin embargo, la utilización de esta práctica como una táctica "*aceptable*" de la lucha contra grupos terroristas data al menos desde el año 2000, cuando Israel reconoció abiertamente la utilización de este mecanismo en su respuesta a la denominada Segunda Intifada del pueblo pa-

---

significativo a la fecha de los esfuerzos que nuestra nación ha desplegado para derrotar a Al Qaeda. Pero su muerte no marca el fin de nuestros esfuerzos. No hay duda de que Al Qaeda continuará intentando atacarnos. Debemos mantenernos vigilantes y así lo haremos, tanto aquí como en el exterior." Ibíd., (mi traducción).

4 Ibíd.

5 Lo que en el debate internacional suele denominarse *drone*. *New York Times*, "Two-Year Manhunt Led to Killing of Awlaki in Yemen", 30 de septiembre de 2011, página A1 (mi traducción).

6 El denominado atentado contra las Torres Gemelas, que tuvo lugar el 11 de septiembre de 2001, consistió en un ataque terrorista del grupo Al Qaeda en que cuatro aviones comerciales fueron secuestrados para luego ser impactados en distintos puntos estratégicos de la costa este de Estados Unidos. Dos de dichos aviones impactaron en las Torres Gemelas de la ciudad de Nueva York, uno de ellos impactó en el Pentágono en Washington D.C. y el cuarto avión no logró dar con su objetivo, estrellándose en un descampado en Pensilvania. Los atentados produjeron poco menos de 3.000 víctimas fatales.

7 Otro ejemplo fundamental en este contexto son las detenciones e interrogaciones de personas sospechosas de tener vinculación con grupos terroristas, sin que se les otorgue ninguna garantía de debido proceso.

lestino.[8] Estados Unidos, por su parte, ha aumentado dramáticamente la utilización de los asesinatos selectivos luego del ataque a las Torres Gemelas en septiembre de 2001.[9] El propósito de este artículo es ofrecer una descripción y evaluación de los asesinatos selectivos como una táctica inserta en la lucha contra el terrorismo internacional, poniendo especial énfasis en la necesidad de articular los principales problemas legales y morales a que esta da origen.

Para delimitar el ámbito de análisis a que se abocan estas páginas: en la primera sección, intentaré otorgar una definición del asesinato selectivo. En la siguiente sección, formularé los principales desafíos legales que plantea esta práctica en relación a la determinación de las normas aplicables en el contexto del derecho internacional. La tercera sección estará dedicada a presentar los principales problemas legales y morales que plantean los asesinatos selectivos y sugerir la manera en que estos deberían orientar la reforma y diseño de una regulación internacional. Finalmente, concluiré señalando que el derecho internacional no ofrece una respuesta adecuada a los problemas que plantean los asesinatos selectivos. El desarrollo de reglas y principios apropiados es una tarea pendiente de la doctrina y filosofía del derecho internacional, cuya satisfacción se ha vuelto urgente frente al aumento indiscriminado del uso de asesinatos selectivos como táctica para derrotar a los grupos terroristas internacionales.

## 1. ¿Qué es un asesinato selectivo?

La definición de los asesinatos selectivos no se encuentra exenta de polémica. Desde ya, la selección del concepto de asesinato selectivo como traducción del término inglés *targeted killing* parece sugerir una toma de postura respecto de su legitimidad, toda vez que la palabra *asesinato* lleva implícita una noción de falta de justificación, en tanto que la palabra *killing* no parece implicar un juicio moral previo. Dado que asesinato selectivo parece ser, sin embargo, la fórmula más común, usaré este término y tendré que pedirle al lector que suspenda los prejuicios que este pueda generarle. El objetivo de este artículo es presentar los problemas de justificación y legalidad que esta práctica presenta

8 Ver, por ejemplo, Blum, Gabriela y Heymann, Philip, "Law and Policy of Targeted Killing", en *Harvard National Security Journal*, 1, (Harvard Law School) 2010, pp. 145-170.

9 Aunque la falta de transparencia en torno al uso de esta táctica nos impide conocer su magnitud exacta, ciertos estudios han dado algunas luces a este respecto. Ver, en este sentido, Alston, Philip, "The CIA and Targeted Killings Beyond Borders", *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 11-64, (New York University School of Law) 2011.

de la manera más neutral posible o, por lo menos, sin partir de la premisa de que los asesinatos selectivos son, por definición, ilegítimos o legítimos.

Una definición mínima de esta práctica, esto es, que no implique un juicio normativo en torno a su justificación, debería contener a lo menos los siguientes elementos: 1) se trata del uso intencional de fuerza letal contra un individuo, 2) el individuo contra el que se ejerce la fuerza letal está previa y precisamente identificado, y 3) el individuo contra el que se ejerce la fuerza letal no se encuentra bajo la custodia de su ejecutor.[10] De la unión de estos elementos podemos elaborar una definición más o menos compartida por la doctrina, según la cual los asesinatos selectivos consisten en el uso intencional y premeditado de fuerza letal, sin que exista una orden judicial de ejecución, en contra de personas específicas que no se encuentran bajo la custodia del ejecutor, quien además debe ser un sujeto de derecho internacional.[11]

De esta definición no se desprende ningún tipo de objetivo particular al cual estos atentados deben orientarse. Un asesinato selectivo podría ser llevado a cabo para prevenir un mal inmediato, para debilitar las fuerzas enemigas, para retribuir un mal causado, etc. En la medida que los tres elementos arriba descritos se encuentren presentes, nos encontraremos frente a un caso de asesinato selectivo; sin embargo, como discutiré más adelante, el objetivo con que se realiza esta operación será fundamental para decidir sobre su justificación.

Otra consideración que se desprende de la definición descrita y que conviene tener presente es que los asesinatos selectivos no son lo mismo que una ejecución judicial o extrajudicial. Si se trata de una ejecución realizada bajo una orden judicial, presumiblemente estaremos frente a una pena de muerte, cuya evaluación debe hacerse desde el punto de vista de las condiciones de legitimidad y legalidad de dicha institución. Si, por otro lado, funcionarios de un Estado ejecutan a un individuo que se encuentra detenido sin que medie una orden judicial, estaremos frente a un caso de ejecución extrajudicial, generalmente prohibido tanto a nivel doméstico como internacional.[12]

Una de las principales características que describen a esta práctica es la ambivalencia con la que es utilizada. Si bien tanto Israel como Estados Uni-

10 Ibíd.

11 Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, (Oxford University Press) 2008.

12 Por ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales se encuentran explícitamente prohibidas en el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

dos han reconocido y defendido el uso de asesinatos selectivos como una táctica legítima para combatir a grupos terroristas, también han mantenido en estricta reserva la real magnitud con que se utiliza, los criterios con los que se incorpora a un individuo a la lista de "asesinato o captura" y sus efectos colaterales. Esto ha producido una extrema falta de transparencia en la forma como se lleva a cabo esta práctica, lo que da cuenta de que, a pesar de que ambos países pretenden justificarla, la manera en que esta opera en los hechos sugiere una suerte de mala consciencia frente a su legitimidad.

Por supuesto, la falta de transparencia con que se llevan a cabo los asesinatos selectivos no solo es relevante en el sentido de debilitar la consistencia del discurso de justificación que estos países ofrecen, sino que también plantea a lo menos dos problemas adicionales. En primer lugar, dificulta la realización de una descripción acabada de los asesinatos selectivos como táctica de defensa o lucha armada y, con ello, obstaculiza la realización de una evaluación normativa adecuada, toda vez que solo sabemos lo que los asesinatos selectivos son *en teoría*. En segundo lugar, cualquiera sean los problemas normativos de los asesinatos selectivos, el hecho de que estos programas se lleven a cabo sin suficiente control y transparencia es un problema en sí mismo bajo los estándares de actuación del Estado que debieran regir a un Estado Democrático de Derecho.[13]

Finalmente, cabe hacer una distinción en torno a la forma en que suele presentarse el asesinato selectivo hoy. Básicamente, este puede llevarse a cabo mediante redadas o francotiradores, como en el caso de Osama Bin Laden, o a través de vehículos aéreos no tripulados, como en el caso de al-Awlaki. En ambos casos, el ataque se realiza con el objetivo de dar muerte a personas que se encuentran en una lista de "ejecución o captura" por su supuesta vinculación con grupos terroristas que amenazan la seguridad de un Estado y sus habitantes. La diferencia entre estos mecanismos podría plantear ciertas cuestiones normativas; sin embargo, por consideraciones de tiempo y espacio, en lo que queda de este artículo me referiré a la práctica de asesinatos selectivos sin distinguir entre estas hipótesis.[14]

13 En relación a la falta de transparencia que caracteriza a esta práctica, así como a los problemas que esto implica, ver Alston, op. cit.

14 La discusión de estas cuestiones excede los límites de este artículo. Sin embargo, se podría adelantar ciertos problemas que emanan de la falta de simetría que la utilización de estos mecanismos podría generar entre las partes en conflicto.

## 2. Aspectos legales

En general, los asesinatos selectivos se producen en el territorio de un Estado diferente del que lleva a cabo el ataque.[15] Esto implica que existen a lo menos cuatro sistemas normativos en principio aplicables: las reglas domésticas del país que lleva a cabo el ataque, la legislación del país donde este se produce, las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y las reglas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario (DIH). Dada la extensa variedad de reglas que pueden encontrarse en las regulaciones internas de los distintos países, en lo que sigue me concentraré exclusivamente en el régimen de derecho internacional que podría resultar aplicable.

Para determinar qué grupo de reglas es aplicable es necesario realizar una serie de definiciones que resultan especialmente escurridizas en el caso de los asesinatos selectivos. En primer lugar, es necesario determinar si es plausible sostener que estas prácticas tienen lugar en el contexto de un conflicto armado. Si la respuesta es afirmativa, entonces el DIH es aplicable y las reglas de este sistema normativo obligan a llevar a cabo al menos dos definiciones adicionales: 1) ¿se trata de un conflicto de carácter internacional? y 2) ¿cuál es el estatus de los miembros de los grupos terroristas que son definidos como blancos a ser ejecutados? ¿Son civiles o combatientes? Una vez llevadas a cabo estas definiciones, será necesario determinar qué ocurre con las reglas del DIDH. En relación a esto, existen básicamente dos posturas: 1) el DIH es ley especial frente al DIDH por lo que desplaza la aplicación de este último; 2) el DIDH es complementario al DIH y, como tal, aplicable aun en el marco de un conflicto armado.[16] A continuación analizaré brevemente cada una de estas variables.

15 Por supuesto, esto da origen a un problema de soberanía en el sentido de que, en principio, un Estado no puede realizar labores de policía o militares en el territorio de otro Estado sin la autorización de este último o la existencia de una regla de derecho que lo autorice. Los conflictos de soberanía a que ha dado origen la lucha contra el terrorismo son interesantes y controvertidos; su análisis sin embargo, excede los límites de este artículo.

16 Mientras la primera parece ser la postura de Estados Unidos, el Comité de Derechos Humanos (CCPR) considera que el DIDH se aplica en el contexto de los conflictos armados, pues ambos cuerpos legales han de entenderse como complementarios y no como regulaciones excluyentes, véase su Observación General N°31, párrafo 11. Es importante tener presente que, en la misma observación, en el párrafo 10, el Comité ha sostenido que es irrelevante el territorio en que la acción tiene lugar, en la medida que esta sea llevada a cabo por un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, ver Fisher, W. Jason, "Targeted Killing, Norms and International Law", en *Columbia Journal of Transnational Law*, 45, (Columbia Law School) 2006-2007.

### 2.1. ¿Es la "Guerra Contra el Terrorismo" un conflicto armado?

La cuestión fundamental que subyace a esta pregunta es si acaso el terrorismo internacional es un crimen o un acto de guerra.[17] Si se trata de un delito, los Estados deben lidiar con ellos a través de su aparato de persecución penal y del procedimiento judicial que corresponda de acuerdo a su legislación interna. La persecución penal que tiene lugar fuera del territorio de un país, por su parte, debe llevarse a cabo a través de una serie de complicadas reglas y procedimientos de extradición diseñadas para mantener la paz internacional asegurando el respeto a la soberanía de cada país. Desde el punto de vista del derecho internacional, en estos casos, las reglas del DIDH se aplican sin restricciones.

Si, en cambio, se trata de un acto de guerra, los Estados no precisan lidiar con el terrorismo a través de su sistema de derecho penal sino con los mecanismos apropiados para lidiar con un conflicto armado, que, en general, permiten el uso de fuerza letal contra combatientes del grupo enemigo sin necesidad de un proceso judicial previo, pero observando los principios de proporcionalidad. La legalidad de los asesinatos selectivos que se utilizan como táctica de combate en un conflicto armado quedará generalmente determinada por del DIH. En atención a que este sistema normativo requiere que respondamos una serie de definiciones previas (carácter del conflicto, estatus de la víctima, etc.), el análisis de esta regulación se irá tejiendo a lo largo de los siguientes apartados. En lo que queda de este, me concentraré en la regulación que establece el DIDH.[18]

Si lo que nos interesa es determinar en qué medida los asesinatos selectivos podrían justificarse como una reacción frente a una acción criminal y no a un conflicto armado, la pregunta fundamental que se debe formular es si acaso existen situaciones en que los asesinatos selectivos no constituyen una violación al derecho a la vida según se encuentra consagrado en el DIDH. Un problema inicial que debe tenerse en cuenta antes de revisar las cuestiones sustantivas es que, aun si los requisitos del DIDH permitieran a un Estado incurrir en la práctica de asesinato selectivo para lidiar con un potencial delito de terrorismo o para "hacer justicia", difícilmente será una herramienta sufi-

17 Blum y Heymann, op. cit., p. 145.

18 Por consideraciones de espacio, no voy a analizar con detalle cuáles serían las condiciones para que estemos frente a un conflicto armado, sino que me concentraré en las consecuencias que se siguen de estas definiciones, lo que es fundamental para comprender el interés de los actores involucrados al plantear sus teorías sobre la naturaleza de este conflicto.

cientemente práctica, en la medida que solo podrá ser utilizada en el territorio donde este ejerce jurisdicción. Esto es así porque no existe hasta el momento una tesis que sostenga que hay jurisdicción universal para efectuar labores de policía y dar muerte a criminales peligrosos, aun cuando se trate de alguien que forme parte activa de un grupo terrorista.[19]

En general, los tratados internacionales sobre derechos humanos otorgan una fuerte protección al derecho a la vida. En principio, la única hipótesis en la que es permisible llevar a cabo una acción que tiene como fin principal y directo dar muerte a alguien es en la pena de muerte, cuya permisibilidad se encuentra sujeta a una gran cantidad de restricciones que la han vuelto prácticamente injustificable.[20] Esta cuestión sugiere, desde ya, que no hay justificaciones disponibles para la práctica de asesinatos selectivos, toda vez que esta implica por definición un acto cuyo fin principal y deliberado es dar muerte a una persona sin que se den las circunstancias esenciales que permitirían entenderlo como una sanción penal.[21]

Sin embargo, tomando en consideración la definición de asesinato selectivo que presentamos en la primera sección, es posible sostener que estos podrían justificarse como un acto de legítima defensa. Este permiso procede cuando el uso de la fuerza es estrictamente necesario para proteger la vida de otra persona.[22] Fundamentalmente, este estándar de estricta necesidad se traduce en que no debe haber medios menos lesivos que se encuentren disponibles para neutralizar el peligro que acecha y en que la acción defensiva debe producirse frente a un ataque inminente que haga de la detención del agresor una salida incapaz de otorgar la debida protección a las potenciales víctimas.[23]

Es probable que la inminencia del ataque sea el principal obstáculo en el contexto de los asesinatos selectivos que se producen en la lucha contra el te-

19 En este sentido, ver, por ejemplo, Sassoli, Marco y Olson, Laura M., "La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos cuando se trata del asunto de la admisibilidad del homicidio y del internamiento de portadores de armas en conflictos armados no internacionales", en *International Review of the Red Cross,* 871, (International Committee of the Red Cross y Cambridge University Press) 2008, pp. 401-433. Ver también Melzer, op. cit.

20 Ver por ejemplo el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

21 Ello porque no existe un proceso en que se establezca una responsabilidad criminal por parte de la víctima y en el que un tribunal de justicia establezca la pena de muerte como la sanción aplicable.

22 Sassoli y Olson, op. cit., pp. 413-414.

23 Kretzmer, David, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?", en *The European Journal of International Law*, 2, (Oxford University Press) 2005, pp. 178-179.

rrorismo. El solo hecho de que oficiales de inteligencia participen en el diseño y ejecución de estas operaciones sugiere que ellas se encuentran planificadas con una antelación que busca precisamente impedir que las agresiones se vuelvan inminentes. Presumiblemente, el éxito de las operaciones antiterroristas depende de cuán temprano estas tengan lugar. Pero de lo anterior no se deriva que el requisito de inminencia de la legítima defensa deba relajarse, pues este requisito tiene una función probatoria que es crucial para la procedencia de la legítima defensa, toda vez que solo un ataque inminente puede proveer indicios suficientemente claros sobre la realidad y seriedad de la amenaza. La exigencia de inminencia compensa la ausencia de un procedimiento judicial previo que garantice que la violencia no sea ejercida de manera arbitraria.[24]

El análisis anterior sugiere que, si el terrorismo internacional ha de reputarse como una cruzada para la persecución de un delito, los asesinatos selectivos difícilmente podrán constituir una práctica permisible en dicha cruzada. Como veremos en las secciones siguientes, la calificación de la lucha contra el terrorismo internacional como un conflicto armado también plantea una serie de inconvenientes por lo que es probable que los actores involucrados en la cruzada contra el terrorismo apelen por un sistema mixto en que sea posible aplicar, al mismo tiempo, lógicas de persecución penal y de combate armado. Las siguientes secciones buscan responder a las cuestiones que surgen de la consideración de esta cruzada como un conflicto armado frente al derecho internacional.

### 2.2. ¿Es la "Guerra contra el terrorismo" un conflicto armado nacional o internacional?

De acuerdo al DIH, un conflicto armado es internacional cuando involucra a más de un Estado.[25] Aunque este no es el caso en el terrorismo internacional, el hecho de que los grupos terroristas suelen organizarse en un territorio diferente al del Estado cuya seguridad está amenazada genera que el conflicto tenga un carácter internacional (o transnacional), lo que ha llevado a algunos a sostener que las reglas más adecuadas para regular los asesinatos selectivos

24 Kretzmer, op. cit., pp. 182-183. Es posible imaginar la obtención de tales pruebas, pero surge la cuestión de por qué no ha sido posible lidiar con el peligro de otra manera. Presumiblemente, en base al trabajo de los órganos de inteligencia, sería también posible neutralizar el peligro mediante mecanismos menos lesivos tales como la detención y posterior juzgamiento.

25 Ver el Artículo 2 Común a los Convenios de Ginebra.

en la lucha contra el terrorismo son las relativas a los conflictos internacionales.[26]

En un conflicto armado de carácter internacional, los asesinatos selectivos podrían ser legales cuando se dirigieran contra combatientes de cualquiera de las partes en conflicto, a menos que el combatiente se rindiera o quedara "fuera de combate". En este caso, además, la utilización de esta táctica no se encuentra limitada por una restricción de proporcionalidad entre la ventaja militar que se obtiene y la cantidad de daño que se causa a los *combatientes* enemigos.[27] Pero, aun cuando sea plausible sostener que estamos frente a un conflicto de carácter internacional, no parece adecuado considerar que los miembros de los grupos terroristas son combatientes en el sentido del DIH. Probablemente estos deberán ser reputados como civiles, quienes solo pueden ser atacados mientras se encuentran participando activamente en las hostilidades.[28] Ello implica que la legalidad de los asesinatos selectivos en este contexto va a depender de la interpretación que se haga de "tomar parte activa en las hostilidades", cuestión que será analizada en el siguiente apartado.[29]

La otra alternativa es calificar estos conflictos como no internacionales. El principal argumento en este sentido parece ser que, en términos sustantivos, los principios de este cuerpo normativo son más adecuados para regular el terrorismo internacional, en la medida que están diseñados para lidiar con conflictos en los que un Estado se enfrenta a grupos armados que carecen de una organización suficientemente estructurada y oficial, además de una potencial falta de simetría entre las fuerzas que se enfrentan.[30] La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, ha definido la lucha contra el grupo terrorista Al Qaeda como un conflicto armado no internacional, por considerar que esta es la categoría por defecto cuando no se trata de un conflicto entre dos países diferentes.[31]

---

26 Una revisión de esta postura puede encontrarse en Fisher, op. cit., pp. 722-725.

27 Sassoli y Olson, op. cit., pp. 408-9.

28 En el año 2006, la Corte Suprema de Israel consideró que las hostilidades entre israelíes y palestinos correspondían a un conflicto armado internacional, pero los "terroristas" no debían ser clasificados como combatientes sino como civiles que participaban activamente en las hostilidades, entendiendo esta participación en un sentido amplio en el sentido que basta con pertenecer a una organización armada de modo tal que lo comprometa a tener una participación activa en una serie de eventos de violencia. Ver Public Committee against Torture in Israel and others v. Government of Israel and Others, HCJ 796/02, 13 de diciembre de 2006.

29 Fisher, op. cit., p. 725.

30 El problema, sin embargo, es que el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra establece de manera bastante explícita que el conflicto debe producirse en un único país.

31 Ver Hamdan v. Rumsfeld, 548 US 557 (2006). La Corte Suprema de Israel se pronunció directamente

La principal ventaja de aplicar este marco normativo, desde el punto de vista de aquellos países que llevan a cabo asesinatos selectivos, está dada por su ambigüedad. La falta de definición de quién es no civil (combatiente) en el contexto del derecho de los conflictos armados de carácter no internacional, permitiría aplicar a los miembros de los grupos terroristas un estatus análogo al de combatiente y evitarse así el problema de demostrar que se trata de civiles participando de manera activa en hostilidades. Dado que, en un conflicto armado no internacional, los "portadores de armas" no son propiamente combatientes, estos no gozan de un régimen de inmunidad post conflicto, a la vez que carecen de la protección que usualmente corresponde otorgar a los civiles.[32] El hecho de que los miembros de los grupos armados no gocen de la inmunidad judicial que favorece a los combatientes sugiere que, en la lucha contra el terrorismo, el aparato de justicia penal puede operar como un mecanismo complementario o adicional al enfrentamiento militar. Por supuesto, la aplicación de este régimen a los miembros de grupos terroristas es de dudosa legitimidad, pues el Estado combatiente se queda con pan y pedazo.

Esta postura plantea un problema para la justificación de los asesinatos selectivos. Si la alternativa al asesinato selectivo de un miembro de un grupo terrorista es su detención y juzgamiento, todo parece indicar que el terrorismo es de hecho una cuestión de justicia criminal y que la razón por la que se ha recurrido a esta táctica de combate es simplemente por la extrema dificultad que reviste la persecución penal de estos delitos. Los asesinatos selectivos no pueden, sin embargo, plantearse como una alternativa a la persecución penal cuando esta se vuelve demasiado difícil o costosa, a menos que estemos dispuestos a conceder a nuestros gobiernos poderes insospechadamente amplios para que lleven a cabo su función de proveer seguridad a sus constituyentes.

### 2.3. El estatus de los miembros de los grupos terroristas

¿Quiénes son los blancos de las operaciones de asesinatos selectivos? La regla básica, en un conflicto armado tanto nacional como internacional, es que

en torno a la legalidad de los asesinatos selectivos ese mismo año, sosteniendo que la regulación internacional de los conflictos armados es aplicable. En este artículo no analizaré la práctica de los asesinatos selectivos que lleva a cabo este último país, básicamente porque esto introduciría una variable más que puede dificultar el análisis: el hecho de que los territorios palestinos son territorios ocupados. El fallo es interesante pues, a diferencia del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, la corte de Israel se pronunció directamente sobre la legalidad de esta práctica y estableció una regulación jurisprudencial actualmente aplicable en dicho país. Ver Public Committee against Torture in Israel and others v. Government of Israel and Others, HCJ 796/02 (13 de diciembre de 2006).

32 Ver, en este sentido, Fisher, op. cit., p. 727.

existe un permiso general para atacar a los combatientes del enemigo o a los "portadores de armas" de los grupos armados que participan en los conflictos de carácter no internacional. Paralelamente, en ambos casos, existe una prohibición general de atacar a civiles, que solo es posible obviar cuando los civiles estén participando directamente en las hostilidades.

La descripción de combatiente contemplada por el derecho internacional no es adecuada para el caso de los miembros de grupos terroristas, de lo que se deduce que ambos casos deben ser distinguidos. Para estos efectos, primero debemos determinar: 1) ¿quiénes no son civiles en un conflicto no internacional y pueden por lo tanto ser atacados en cualquier momento? y 2) ¿cuándo es plausible sostener que alguien es un civil que está tomando parte directa de las hostilidades, de modo tal que en su caso los asesinatos selectivos serían una acción *en principio* permisible?[33]

En relación a los miembros de grupos armados en conflictos no internacionales, pareciera que el criterio más compartido es considerar que quienes integran la organización terrorista y además toman parte activa en las hostilidades serían considerados como no civiles en el contexto de estos conflictos y, por lo tanto, respecto de ellos los asesinatos selectivos se encontrarían, en principio, permitidos.[34] De esta manera, para ser un blanco legítimo, deberíamos comprobar que el individuo es un miembro de un grupo terrorista y además participa activamente en las hostilidades.[35] Ambas cuestiones son extremadamente difíciles de probar, lo que hará muy arduo que la justificación de los asesinatos selectivos sea procedente.

En relación a los civiles, la cuestión a determinar es: cuándo corresponde sostener que estos se encuentran participando de manera activa en las hostilidades. ¿Basta una disposición a participar o es necesaria una participación efectiva? La pregunta es fundamental pues las listas de "ejecución o captura" incluyen a líderes políticos de grupos terroristas, quienes muchas veces no participan en las acciones armadas de estos. Bajo una interpretación amplia, comprendería a todos quienes participan de manera directa o indirecta con la planificación y ejecución de todas las labores que son necesarias para la eje-

33 En relación al estatus de combatiente, en general, el derecho internacional exige un nivel de oficialidad y estructura organizacional clara y jerarquizada que no está presente en los grupos terroristas. Ver, en este sentido, el Artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra.

34 Ver por ejemplo, Kretzmer, op. cit., pp. 171-212; Melzer, op. cit.; y Sassoli y Olson, op. cit., p. 409 y ss.

35 Kretzmer, op. cit., pp. 198-199.

cución de un atentado terrorista.[36] Una interpretación restrictiva, en cambio, debería exigir que las personas atacadas se encuentren tomando parte efectiva e inmediata en los atentados terroristas, como sería el caso de una persona que acarrea explosivos ocultos en su cuerpo con el fin de utilizarlos de manera inminente. La mera planificación o preparación de un ataque no serían condiciones suficientes para justificar el asesinato selectivo. Una interpretación de esta naturaleza parece ser más razonable, pues, respecto de los civiles, existe una presunción de protección que opera a su favor, considerando que es precisamente la distinción entre civil y combatiente la que determina la legalidad de una acción cuyo fin es poner término a la vida de otro.[37]

El espacio de justificación disponible para los asesinatos selectivos en el ámbito del derecho internacional es extremadamente restringido; difícilmente puede considerarse como un espacio de permisibilidad para que esta táctica se constituya una forma efectiva de lucha contra el terrorismo internacional. Todo parece sugerir que se debe pensar en otro tipo de estrategia.

### 2.4. ¿Es el DIH lex specialis frente al DIDH?

Al definir la lucha contra el terrorismo como un conflicto armado, ¿qué ocurre con las reglas sobre derechos humanos? ¿Son las reglas del DIH compatibles con las reglas del DIDH? ¿Son las reglas del DIH especiales frente al DIDH de manera tal que estas últimas se vuelven inaplicables? Frente a estas preguntas existen dos posturas. De acuerdo a la primera, las reglas sobre derechos humanos se aplican tanto en tiempos de paz como de guerra, pero, en ciertos casos, especialmente en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional, las reglas del derecho humanitario adquieren preferencia frente a las reglas del derecho internacional de los derechos humanos.[38] La segunda postura sostiene que la aplicación del derecho que regula los conflictos armados desplaza de manera absoluta la aplicación del DIDH.[39]

Probablemente la postura más compartida por la doctrina contemporánea es que en los conflictos armados se aplican ambos grupos de normas y que es necesario determinar qué norma aplicar frente a cada problema normativo que

36 Ver Fisher, op. cit., p. 724.

37 Otto, Roland, *Targeted Killings and International Law*, (Springer) 2012, p. 538.

38 Kretzmer, op. cit., pp. 185-186.

39 Esta parece ser la postura de EE.UU. Ver Fisher, op. cit., p.724 y ss.

se presente.[40] Sin embargo, esta postura parece más una solución acomodaticia que una interpretación adecuada del derecho internacional; el objetivo aparente es contar con un marco normativo que permita establecer límites legales a las acciones de un Estado para combatir el terrorismo, sin establecer demandas que sean tan exigentes que impidan a los Estados cumplir con su cometido de otorgar protección a sus ciudadanos. Pero es evidente que las reglas del DIH no fueron diseñadas teniendo en mente la lucha contra grupos terroristas como posible escenario de su aplicación; de ahí que su utilización para estos efectos está destinada a ser problemática y posiblemente inadecuada.

¿Por qué los redactores de los Convenios de Ginebra no tomaron en consideración al terrorismo internacional como un caso que debía ser regulado por el DIH? Si bien existe un nuevo panorama en el mundo luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001, no es del todo cierto que durante el desarrollo del DIH el terrorismo como forma de lucha armada fuera del todo desconocido.[41] Se podría aventurar la tesis de que la falta de claridad en torno a la regulación de estas materias implica una declaración de que el terrorismo *está* más allá del alcance del derecho, de modo tal que todo este análisis legal carece de sentido, o bien expresa una intención velada de *dejar* estas materias fuera del alcance del derecho, en la medida que la falta de claridad opera siempre como un espacio de discrecionalidad que beneficia, en definitiva, al más poderoso. La cuestión de si la ambigüedad de su estatus normativo es conveniente para quienes se proponen luchar contra el terrorismo excede los ámbitos de este trabajo, pero es probablemente una pregunta que vale la pena formular.En mi opinión, la falta de un régimen legal efectivo y claro no debiera traducirse en un llamado a la reinterpretación del DIH y el DIDH para aplicar reglas que no fueron diseñadas para lidiar con estos casos, pues con ello solo se obtendrá un régimen legal impreciso e inestable, características especialmente problemáticas en el contexto de un conflicto armado.[42] Al contrario, la carencia de un marco normativo adecuado debiera dar curso a una discusión normativa que permita estar preparados para evaluar y criticar las reglas jurisprudenciales y legislativas que inevitablemente se irán desarrollando, toda vez que la "Guerra contra el terrorismo" dista de terminar.

40 Ver, en este sentido, Kretzmer, op. cit., pp. 171-212 y Sassoli y Olson, op.cit., pp. 401-433.

41 Ver, a modo de ejemplo, Rapoport, David, "Fear and Trembling: Terrorism in Three Religious Traditions", en *The American Political Science Review,* 3, (American Political Science Association) 1984, pp. 658-677.

42 En el fragor de la batalla no hay tiempo de analizar cuestiones demasiado complejas.

## 3. Otras consideraciones normativas

En esta sección quisiera formular algunos problemas normativos adicionales a que puede dar lugar la práctica de asesinatos selectivos. Muchas de las preguntas que a continuación plantearé podrían considerarse como inconducentes, utópicas, extremadamente idealistas, etc. Se podría sostener que ellas parecen exigir un nivel de perfeccionismo moral que ningún gobernante que pretenda mantenerse en el poder podría costear. La ciudadanía, continuaría este argumento, exige soluciones concretas e inmediatas a sus problemas, y uno de esos problemas es el temor y la ansiedad que genera la amenaza terrorista. Los gobiernos estarían primariamente sujetos a esta exigencia, más que al cumplimiento de estándares morales ideales. Pero la reflexión que corresponde a la doctrina y a la filosofía del derecho no debería disolverse en encontrar una solución práctica o en ofrecer una síntesis entre ideales morales y necesidades políticas. Es necesario que exista un ámbito donde fijar ideales para que luego, quienes deban diseñar las políticas de gobierno, produzcan la síntesis más adecuada entre las necesidades prácticas y los requisitos morales. El rol del académico en este contexto, pienso, es reflexionar con suficiente libertad acerca de los principios de justicia que regulan nuestras instituciones, sin otorgar una consideración desmedida a las cuestiones pragmáticas que se siguen de ellos.[43]

En primer lugar, es necesario considerar que la gran mayoría de las consideraciones morales sobre los asesinatos selectivos en la literatura especializada parten de la premisa de que ellos se llevan a cabo en contra de las personas indicadas y que son un mecanismo efectivo en la lucha contra el terrorismo. Ambas presunciones, sin embargo, no parecen tener suficiente fundamento frente a la cantidad de víctimas colaterales que han tenido estos ataques, así como frente a la evidente falta de eficacia que estos mecanismos han demostrado tener.[44] Como el mismo Barak Obama lo reconociera, no es claro que la muerte de Osama Bin Laden implicara un avance significativo en la disolución de Al Qaeda, dando origen a la pregunta de si acaso una mera victoria simbólica sobre los grupos terroristas Islámicos puede justificar este tipo de acciones.[45]

43 Waldron, Jeremy, *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, (Oxford University Press) 2010, p. 320 y ss.

44 Alston, op. cit.

45 De acuerdo a un reportaje del New York Times, Obama declaró que la muerte de Bin Laden no marca

Desde ya, la retórica empleada tanto por Barak Obama –como por George W. Bush– al referirse a la ejecución de Osama Bin Laden sugiere que existe una cierta intuición de que los asesinatos selectivos, aun cuando no sean suficientemente eficaces, se encontrarían justificados como actos de retribución, esto es, como una forma de "hacer justicia".[46] ¿Puede justificarse esta práctica bajo tal argumento? Hay muchas razones por las cuales esta pregunta debe responderse negativamente; baste señalar, por ahora, que, si los asesinatos selectivos pudieran justificarse como una forma de hacer justicia, estaríamos implícitamente abandonando el ideal liberal según el cual la justicia penal debe sujetarse a los principios básicos del Estado de Derecho, estar regulada por la ley e imponerse mediante un procedimiento judicial que ofrezca las condiciones mínimas de un debido proceso.

Otra cuestión moral que plantea la práctica de los asesinatos selectivos es si, más allá de su legalidad, esta podría constituir una técnica de combate aceptable. ¿Es la definición precisa de un individuo como blanco de una operación letal una táctica apropiada en el contexto de un conflicto armado? Se podría pensar que, si el uso de la fuerza se encuentra en principio autorizado por el derecho internacional, los asesinatos selectivos constituyen el mejor mecanismo disponible, toda vez que poseen un alto nivel de precisión que minimiza los daños colaterales, expresando una especial fidelidad hacia los principios de proporcionalidad y necesidad militar que, en general, inspiran la regulación de los conflictos armados. Sin embargo, aun cuando todo lo anterior fuese cierto, la alta selectividad de esta táctica introduce la posibilidad de discriminar al blanco no por su peligrosidad sino por su identidad, lo que sugiere inmediatamente la posibilidad de introducir elementos odiosos como etnia, religión, afiliación política de un individuo, etc.

Adicionalmente, la selectividad implícita en la táctica de asesinatos selectivos conlleva un cambio en la función militar que puede acarrear importantes consecuencias desde el punto de vista de la manera en que se concibe el rol de las fuerzas armadas de un Estado. Jeremy Waldron, por ejemplo, ha formulado una serie de preguntas sobre las posibles consecuencias de esta táctica en la psicología de la guerra y de los combatientes. ¿Es lo mismo matar a un indi-

el fin de los esfuerzos de Estados Unidos para derrotar a Al Qaeda, pues no caben dudas de que este continuará llevando a cabo atentados contra ellos. Véase *New York Times*, op. cit., nota 1.

46 Ibíd.

viduo anónimo que a alguien específicamente individualizado? ¿No estamos, a través de esta táctica, transformando a nuestros soldados en asesinos?[47]

Otra cuestión que no debería dejarnos indiferentes en este contexto se relaciona con las posibilidades de abuso de poder que los asesinatos selectivos confieren a ciertas autoridades. Se podría sostener, no sin cierta ingenuidad, que todas las facultades oficiales son igualmente vulnerables de ser abusadas, por lo que el potencial abuso de esta práctica no debería tener ninguna consecuencia especial en relación a su legitimidad. Sin embargo, el impacto del abuso de un poder depende siempre del *tipo* de poder de que se trate. Si una autoridad abusa de su poder al imponer una carga tributaria superior a la que corresponde de acuerdo a la ley, las consecuencias de esta acción no son tan preocupantes como lo sería el abuso del poder al ordenar la muerte de una persona. Basta con tener presente la manera en que la categoría de terrorismo se ha utilizado para lidiar con grupos políticos internos que, retrospectivamente, se han considerado como organizaciones cuya lucha ha permitido el desarrollo de una sociedad más justa, como la resistencia a la política de apartheid en Sudáfrica durante la segunda mitad del siglo XX. ¿Estamos dispuestos a admitir la utilización de los asesinatos selectivos en estos casos? Sin ir más lejos, ¿sería esta una táctica adecuada para lidiar con miembros del pueblo Mapuche que han sido designados como terroristas? ¿Bajo qué criterio podemos llevar a cabo una distinción entre estos casos y los de Al Qaeda? Es posible que todas estas preguntas admitan respuestas aceptables o moralmente satisfactorias, pero su alta complejidad no puede ser pasada por alto.

Si, por otro lado, la cuestión de la eficacia de los asesinatos selectivos tiene un rol determinante en su justificación, ¿deberíamos aplicar este mismo criterio en otros casos en los que las tácticas usuales del derecho penal no dan abasto? Por ejemplo, ¿sería adecuado expandir esta táctica a la lucha internacional contra el tráfico de drogas? ¿Bajo qué criterios deberíamos distinguir estos casos de modo que la distinción no descanse en intuiciones altamente inestables?[48]

Otra cuestión a considerar es el rol que le cabe al principio de reciprocidad en la justificación de los asesinatos selectivos. Pareciera que el principio de

47 Estas declaraciones fueron realizadas por Jeremy Waldron en el Milbank Tweed Forum: The Morality and Legality of Targeted Killings, en la New York University el 7 de diciembre de 2011. Una grabación puede encontrarse en: http://www.youtube.com/watch?v=CqsXrl-1G8U.

48 Esta preocupación ha sido expresada por Philip Alston, quien ve con alarma la militarización de las policías y la potencial expansión de los asesinatos selectivos como un mecanismo de persecución penal. Ver Alston, op. cit.

reciprocidad tiene un rol central en la regulación de los conflictos armados, de modo tal que es posible utilizarlo como una razón para justificar no solo los asesinatos selectivos sino también una serie de acciones que constituyen una excepción (o una infracción) a instituciones fundamentales del derecho humanitario, como, por ejemplo las detenciones preventivas sin derecho a juicio a que son sometidos algunos supuestos miembros de grupos terroristas islámicos.[49] El argumento consistiría en que, dado que los miembros de grupos terroristas han infringido las reglas fundamentales de la interacción armada, estos no merecen ser tratados conforme a ellas.[50] Pero, ¿es esta una interpretación adecuada del principio de reciprocidad? ¿Es plausible sostener que el hecho de que alguien infrinja las reglas de los conflictos armados libera al resto de las partes del deber de guiarse por ellas?[51]

¿En qué consiste, en todo caso, el principio de reciprocidad? Existen al menos dos acepciones del principio de reciprocidad aplicable a los conflictos armados, que cobran especial relevancia en el caso de los asesinatos selectivos. La primera noción implica que las normas solo son vinculantes si ambas partes las reconocen y respetan. Actuar con reciprocidad significa tratar al otro de la misma manera a como el otro nos trata a nosotros. Esta noción puede derivarse tanto de una consideración moral como de una consideración pragmática. En el primero de los casos, el valor de la reciprocidad parece encontrarse en una noción básica de justicia según la cuál la existencia de una obligación moral para individuos racionales depende de que estemos todos recíprocamente obligados a lo mismo.[52] El segundo tipo de argumento apela a una lógica prudencial, de acuerdo a la cual no es esperable que alguien controle su conducta si no tiene garantía de que los demás también harán lo mismo.[53]

Desde un punto de vista moral, sin embargo, la reciprocidad no puede explicar todas las reglas del DIH, especialmente no aquellas que consideramos

49 Ver, en general, Osiel, Mark, *The End of Reciprocity*, (Cambridge University Press) 2009.

50 Esta es la tesis fundamental de Osiel, quien cree que la única manera de restringir esta práctica es considerando principios diferentes a la reciprocidad.

51 Osiel, op. cit., p. 7.

52 Ver, en este sentido, y refiriéndose a las condiciones de una obligación moral en la filosofía kantiana, Ripstein, Arthur, *Force and Freedom*, (Cambridge University Press) 2009, p. 171.

53 Este es, por cierto, el clásico argumento de la filosofía política de Hobbes. Ver Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Cap. XIII, (Hackett) 1994, pp. 75-78. Un análisis detallado sobre el principio de proporcionalidad en el contexto de la lucha contra el terrorismo puede encontrarse en Osiel, op. cit., p. 10.

más valiosas, como las que regulan el trato aceptable a los prisioneros de guerra, pues estas emanan del deber de respetar la dignidad humana, cuestión que suele entenderse como un deber categórico o absoluto, esto es, que no es contingente respecto a ninguna otra variable como pudiera ser la ausencia de reciprocidad en la conducta de aquel a quien reconocemos este valor. Desde un punto de vista pragmático, por otra parte, el principio de reciprocidad así concebido es poco convincente en atención a la serie de efectos contraproducentes que puede implicar. Considérese, por ejemplo, el caso de los soldados que pueden ser tomados prisioneros por grupos terroristas. El cumplimiento de las reglas del derecho humanitario, a pesar de la ausencia de reciprocidad, puede favorecer un mejor trato de estos prisioneros y disminuir los niveles de violencia que el grupo terrorista podría ejercer.

Una segunda noción del principio de reciprocidad, que puede tener mejores resultados en esta área, pone el énfasis en la idea de equivalencia más que en la identidad precisa entre los beneficios y las cargas que las distintas partes de un sistema deben asumir. Cuando una de las partes infringe sus deberes, lo que corresponde hacer es, de alguna manera, restituir el equilibrio previo entre beneficios y cargas. Esta noción es algo más compleja que la primera, pues obliga a realizar un juicio sobre la situación previa a la infracción que se toma en consideración. En el caso del terrorismo internacional, por ejemplo, solo podríamos justificar nuestra liberación de ciertas obligaciones si podemos al mismo tiempo sostener que el atentado terrorista ha producido un *desequilibrio* en nuestros derechos y obligaciones recíprocas, para lo cual deberíamos mostrar que, de hecho, tal equilibrio existía previamente. Es posible que este sea el caso en las relaciones entre los grupos terroristas internacionales y los Estados que están involucrados en la lucha por su supresión, pero parece que la comunidad no ha hecho suficiente esfuerzo en reflexionar sobre este punto. No es necesario justificar el terrorismo para comprenderlo y para diseñar mecanismos para combatirlo que sean más justos y efectivos y menos violentos.

## Conclusión

La guerra contra el terrorismo suele implicar el enfrentamiento entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos armados no estatales, en circunstancias tales que no existe un campo de batalla definido y en que las reglas tradicionales de los conflictos armados parecen incapaces de ofrecer un marco

normativo apropiado. En este contexto, el programa de asesinatos selectivos ha sido considerado por algunos como una táctica eficaz y permisible para librar la "guerra contra el terrorismo". Sin embargo, una breve incursión por las normas del DIDH y del DIH sugiere que la legalidad de esta táctica es altamente cuestionable, toda vez que no parecen existir normas que la prevean y regulen de manera apropiada. Por otra parte, desde un punto de vista moral, los asesinatos selectivos plantean una serie de problemas que, si no logran amenazar completamente la posibilidad de su justificación, al menos exigen que concentremos nuestros esfuerzos en definir aquellos parámetros normativos bajo los cuales esta táctica podría ser moralmente permisible. Por supuesto, no sería demasiado sorprendente que la conclusión de tal reflexión sea negativa, en el sentido de establecer una prohibición categórica de esta práctica, al menos en la forma en que se encuentra concebida hoy. En breve, la doctrina y filosofía del derecho internacional de los conflictos armados deben reflexionar abiertamente en torno a los problemas normativos que genera esta práctica para así poder ofrecer soluciones institucionales adecuadas para enfrentar al terrorismo internacional; soluciones que no impliquen renunciar a los principios fundamentales del DIDH y del DIH cuyo establecimiento y desarrollo tanto sufrimiento ha costado.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN 2011: ALGUNOS AVANCES, RETROCESOS Y DESAFÍOS

*Dinka Benítez*[1]
*Claudio Fuentes*[2]
*Sylvana Mariangel*[3]
*Judith Schönsteiner*[4]

En el presente artículo se estudian recientes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han marcado hitos en el trabajo de este y que podrían influenciar, tarde o temprano, al sistema interamericano: en el caso de M.S.S. contra Bélgica y Grecia, el TEDH realiza una aplicación dispar del principio de no devolución, al concentrar su análisis, respecto de Grecia, en aspectos procesales más que en determinar si existió o no fundamento para la solicitud de asilo, criterio completamente distinto al utilizado al analizar la situación de Bélgica con respecto a los mismos hechos. En el caso Lautsi contra Italia, la Cámara y la Gran Sala del TEDH discrepan acerca de la presencia de crucifijos en escuelas públicas, resolviendo de forma positiva y negativa respectivamente, según criterios diversos: el test de proporcionalidad o el margen de apreciación. En el caso X y otros contra Austria, pendiente aún en su resolución, el TEDH deberá optar por decidir aplicar la jurisprudencia mayoritaria en materia de derechos de gays, lesbianas y transexuales, que se inclina por el margen de apreciación o por recurrir nuevamente, como en el caso E.B. contra Francia, al test de proporcionalidad. Finalmente, en los casos Al-Jedda y Al Skeini, el TEDH resolvió si es o no aplicable el Convenio Euro-

1 Egresada de Derecho y asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

2 Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales, Académico e investigador de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios.

3 Alumna del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales y asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos.

4 Doctora en Derecho por la Universidad de Essex, Inglaterra, profesora y directora (i) del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

peo de Derechos Humanos a actuaciones fuera del territorio de los Estados, desarrollando así el concepto de jurisdicción. Según se observa en todos estos casos, el Tribunal ha debido identificar, especificar o modificar los criterios con los cuales evaluar los hechos presentados; como en algunos de ellos los criterios son ambivalentes, se observa un proceso de "ir y venir" muy interesante de analizar.

## Introducción

Los sistemas de protección de derechos humanos, tanto el sistema universal de las Naciones Unidas como los sistemas regionales, han evolucionado significativamente para dar respuestas a los cambios culturales y a los nuevos conflictos sobre interpretación, limitación y ponderación de derechos que se han presentado durante las últimas décadas.

Los tribunales regionales de derechos humanos han desarrollado su jurisprudencia a partir de los temas emergentes que les son planteados por los habitantes de los Estados Parte. En este sentido, adquiere importancia la tarea permanente de actualizarse sobre los desarrollos más recientes de su jurisprudencia. En esta contribución al Anuario de Derecho Público, queremos presentar algunos hitos claves que han marcado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyos fallos tienen menor conocimiento en Chile por la simple razón que nuestro país no es parte del Consejo de Europa. No obstante, se trata de temas de Derecho internacional que podrían llegar a reflejarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Hemos decidido abordar tres asuntos en este artículo, por su relevancia actual con respecto a la interpretación que se debe dar a los tratados regionales de derechos humanos: primero, el tema de la corresponsabilidad de dos Estados por el principio de no devolución en materias de refugiados; segundo, la figura interpretativa del margen de apreciación propia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo o CEDH, indistintamente); y, finalmente, el problema de la extraterritorialidad de las obligaciones estatales. El primer tema, por tratarse de una norma universal de ius cogens, tendrá suma relevancia cuando el sistema interamericano tenga que revisar asuntos similares. Sobre el segundo tema, la libertad de portar símbolos religiosos en espacios públicos –un tema que ha llegado a Chile a propósito de casos de discriminación a niñas y mujeres musulmanas en el ámbito escolar y laboral–,

existen confusiones que conviene despejar antes de entrar a la discusión –no embarcada aquí– sobre si acaso la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH, indistintamente) permitiría a la Corte IDH aplicar el margen de apreciación. Por lo pronto, en el más reciente caso que este tribunal decidió contra Chile,[5] el pleno de la Corte dejó claro que el concepto no era aplicable. El tercer tema pareciera tener considerable importancia por las similitudes entre los artículos en el Convenio Europeo y la Convención Americana que confieren jurisdicción a ambos tribunales regionales.

## 1. Responsabilidades compartidas en la aplicación del principio de no devolución

Actualmente en la Unión Europa (UE) rige el Reglamento Dublín II, conforme al cual será el Estado miembro de la UE por el que ha ingresado a la Comunidad un solicitante de asilo el responsable de realizar el procedimiento para examinar dicha solicitud. Lo anterior significa que, si el solicitante ingresa a un segundo Estado miembro y formula en este su solicitud de asilo, el segundo Estado podrá, aplicando el Reglamento, reenviar al solicitante al país de entrada. Ello ocurrió en el caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia, decidido por la Gran Sala del TEDH el 21 de enero de 2011.

### 1.1 Hechos particulares del caso

En junio de 2009, el ciudadano afgano M.S.S. presentó, en nombre propio, una demanda ante el TEDH motivada por la actuación de las autoridades belgas y griegas, quienes le negaron la solicitud de asilo.

El demandante abandonó Kabul por medio de un contrabandista, quien le habría quitado sus documentos de identificación, ingresando a la UE, según consta en su registro de huellas dactilares, a través de Grecia el 7 de diciembre de 2008. Durante su estadía en dicho país no formuló solicitud de asilo a las autoridades. En febrero de 2009 ingresa a Bélgica, país donde sí solicitó asilo. Al realizar el examen de huellas dactilares las autoridades belgas advirtieron que ya había ingresado a la UE por Grecia, por lo que aplicaron el Reglamento de Dublín,[6] entendiendo que competía a las autoridades griegas resolver la so-

5 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012.

6 El *Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003,* conocido comúnmente como el

licitud, dándoles oportuno aviso. Con todo, estas últimas no se pronunciaron durante dos meses.[7]

El demandante solicitó no ser deportado, señalando, entre otras consideraciones, el riesgo de permanecer en territorio griego debido a las pésimas condiciones en las cuales vivían los solicitantes de asilo, las deficiencias del proceso de asilo, la ausencia de un acceso eficaz a los procesos judiciales y las razones que lo llevaron a huir de Kabul. El 19 de mayo de 2009 las autoridades belgas rechazaron su solicitud, argumentando que no eran responsables de analizar el asilo y fijaron su expulsión para el 29 de mayo de 2009; sin embargo, el mismo día, su abogado presentó un recurso para dejar sin efecto su expulsión. La audiencia fue fijada inmediatamente, su abogado no se presentó y su solicitud fue denegada. Rehusándose a tomar el avión, el demandante fue detenido y deportado a Grecia el 15 de junio, donde fue igualmente detenido.

El 18 de junio fue liberado y se le otorgó una tarjeta de identificación de asilo griega, ordenándose cumplir con un control de identidad cada dos días ante la policía, lo cual incumplió por no tener un domicilio que reportar; por otro lado, las condiciones de vida para solicitantes de asilo en Grecia eran precarias y se vio obligado a vivir en la calle. En dos oportunidades, el demandante intentó abandonar Grecia con documentos falsos, motivado por las difíciles condiciones de vida, pero fue detenido por las autoridades y llevado a la frontera para ser expulsado, cuestión de la que desistieron debido a la presencia de policía turca. Al momento del fallo, el peticionario se encontraba con tarjeta de asilo en Grecia.

### 1.2 Consideraciones y decisión del Tribunal

En primer lugar, con respecto a Grecia, el TEDH determinó violaciones al artículo 3 del Convenio Europeo por las condiciones de detención y de vida que M.S.S. sufrió como solicitante de asilo en dicho país.[8] El demandante fue detenido en condiciones degradantes y recibió malos tratos por parte de la policía griega durante su detención. Además, señaló que, si bien no se desprende un deber estatal de proporcionar asistencia financiera a los solicitantes de asilo, el señor M.S.S., cuando fue liberado, no pudo cubrir sus necesidades

*Reglamento de Dublín*, corresponde a un instrumento de uso común dentro de la Unión Europea, conforme al cual los Estados Miembros deben evaluar las solicitudes de refugio que se presenten.

7 Según establece el artículo 18.1 del *Reglamento de Dublín*.

8 Prohibición de tortura, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

básicas de subsistencia. Con respecto a los artículos 13[9] en relación con 2[10] y 3, el Tribunal reconoció la situación generalizada de inseguridad que impera en Afganistán –lo que sería la base de aplicar artículo 3 y el principio de no devolución–, pero se limitó a establecer que el Estado no aseguró las garantías requeridas para evitar una devolución arbitraria del solicitante. En este sentido, el tribunal constató que existen en Grecia "dificultades prácticas en la aplicación del sistema de Dublín [...] deficiencias del procedimiento de asilo y la práctica de la devolución directa o indirecta en forma individual o de forma colectiva".[11]

En segundo lugar, con respecto al actuar del estado belga, se le acusó de exponer al demandante al riesgo derivado de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia.[12] Al respecto, en 2008, el TEDH resolvió en el caso K.R.S. contra Reino Unido[13] que el traslado de personas al país por el que ingresaron a la EU no viola los derechos garantizados por el Convenio Europeo.[14] En este caso el Tribunal analizó nuevamente este punto, estableciendo que en ciertas circunstancias trasladar a un solicitante de asilo al país de ingreso es contrario al Convenio Europeo. En efecto, señaló que "no comparte el argumento del estado belga sobre la falta de informacion sobre la situacion en Grecia que motivaba el temor del solicitante",[15] consideró que, desde el caso K.R.S. de 2008, los informes demostraban las "dificultades prácticas en la aplicación del Reglamento de Dublín en Grecia, las deficiencias del procedimiento de asilo y la práctica de la devolución directa o indirecta en forma individual o de forma colectiva".[16] Por otra parte, estableció que el formulario de la Oficina de Extranjeria no "contiene una sección para explicar las razones por las cuales el solicitante rechaza ser transferido al país de ingreso".[17] En estas circunstancias, el Tribunal adquirió la convicción de que "la situación general era

9 Derecho a un recurso efectivo.

10 Derecho a la vida.

11 TEDH, Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, op. cit., párrafo 347.

12 Ibíd., párrafo 232 y siguientes.

13 TEDH, Caso *K.R.S. contra Reino Unido*, decisión sobre admisibilidad, de 2 de diciembre de 2008.

14 Ibíd., conclusiones, p. 18.

15 TEDH, Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, decisión de fondo, de 21 de enero de 2011, párrafo 346. Todas las traducciones son nuestras.

16 Ibíd., párrafo 347.

17 Ibíd., párrafo 351.

conocida por las autoridades belgas y [éstas] no debían trasladar al solicitante toda la carga de la prueba".[18] En suma, consideró que "en el momento de la expulsión del solicitante, las autoridades belgas sabían o debían haber sabido que él no tenía ninguna garantía de que su solicitud de asilo sería examinada seriamente por las autoridades griegas".[19]

Asimismo, determinó que hubo una violación del artículo 3 por la decisión de las autoridades belgas de expulsar al demandante a sabiendas de las condiciones de vida deficientes en Grecia.[20] En consecuencia, el TEDH estableció que el recurso jurídico existente en Bélgica "no suspendía la ejecución de la orden [de expulsión]",[21] rechazando la defensa del Estado, que señaló que el recurso podía ser interpuesto como *procedimiento de extrema urgencia,* y suspendía la orden de expulsión por 72 horas.[22] El Tribunal reconoce que constituye un avance,[23] pero no es suficiente porque "cualquier denuncia de que la expulsión a otro país va a exponer a la persona a un trato prohibido por el artículo 3 de la Convención requiere un análisis exhaustivo y riguroso y que, a reserva de un cierto margen de apreciación a los Estados, conforme al artículo 13 se exige que el órgano competente debe ser capaz de examinar el fondo de la denuncia y garantizar una reparación adecuada".[24] Por ende, no cumple las garantías exigidas en virtud de los artículos 13 y 3 del Convenio Europeo.[25]

### 1.3 Análisis del fallo

El TEDH analizó los hechos del caso bajo los artículos 3 y 13 con respecto a Grecia y Bélgica, pero, pese a la vinculación de los hechos, examinó figuras legales distintas respecto de cada país. En particular, el tribunal no analizó una posible violación del artículo 3 por parte de Grecia en relación al principio de no devolución; más bien, optó por aplicar solamente una (nueva) exigencia de debido proceso, mientras que al Estado belga le aplicó el principio de no

18 Ibíd., párrafo 352.

19 Ibíd., párrafo 358.

20 Ibíd., párrafo 367.

21 Ibíd., párrafo 386.

22 Ibíd.

23 Ibíd., párrafo 387.

24 Ibíd.

25 Ibíd., párrafo 396.

devolución a través del artículo 3,[26] tal como lo había hecho en todos los casos anteriores.[27]

Yendo al fondo del asunto, la Corte determinó en este fallo que, para que el recurso sea eficaz en términos del artículo 13 del Convenio Europeo, no solo debe tener efecto suspensivo sino que debe proporcionar un control riguroso de la petición de asilo.[28] Es aclaratorio el voto concurrente del juez Villiger quien, pese a estar de acuerdo con la decisión final, cuestionó la construcción argumentativa sobre la base de vincular la violación del artículo 3 con el 13 del Convenio, a la vez que el tribunal omitió pronunciarse sobre el "temor fundado" en que se basaba la defensa del demandante a la luz del artículo 3 del Convenio. Al respecto, es preciso señalar que la Corte usualmente había hecho referencia a la Convención de Ginebra de 1951 para interpretar el artículo 3 frente a casos de no devolución.[29]

En efecto, señala el voto que la demanda se relacionaba con los riesgos de la deportación que el demandante argumentó "y que habría enfrentado nuevamente en caso de ser deportado a su país".[30] Además, la Corte consideró probado el peligro que corría el demandante por la situación en su país de origen.[31] Pese a ello, la Corte desistió de examinar la actuación de Grecia conforme al artículo 3 de forma autónoma y solo lo analizó conjuntamente con el artículo 13 sobre recursos judiciales. Adicionalmente, en relación a Bélgica, aplicó el principio de no devolución a las condiciones *en Grecia*, mas no a la posibilidad de que Grecia tomara una decisión incorrecta en expulsarlo, a pesar del peligro que le esperaría en Afganistán. El juez Villiger observó que, mediante esta interpretación "innovadora",[32] no sustentada por jurisprudencia anterior, el tribunal corre el riesgo de "devaluar" ("down-grade")[33] la protección del refugiado ante la devolu-

26 Ibíd., voto razonado del juez Villiger, párrafo 4.a.

27 TEDH, Caso *Chahal contra Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996; Caso *Jabari contra Turquía*, núm. 40035/98, CEDH 2000 VIII.

28 TEDH, Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, op. cit., párrafos 386 a 397, donde la Corte critica el recurso existente y las consecuencias que trae. En particular, párrafos 387 a 390.

29 Ibíd., En particular, véanse los párrafos 54, 55 y 216.

30 Ibíd., párrafo 40.

31 Ibíd., párrafo 196 y ss.

32 Ibíd., voto razonado del juez Villiger, párrafo 94.

33 Ibíd., párrafo 95.

ción, al concentrar el análisis de la solicitud en problemas netamente procesales.[34-35]

En este sentido, la argumentación de la Corte, en opinión del juez Villiger, dejó en una situación de peligro al demandante, ya que en último término era el riesgo de ser expulsado la verdadera razón por la que la Corte encontró una violación al artículo 13. Con todo, esto debiera reflejarse en una violación autónoma del artículo 3, como ocurrió en casos anteriores. Si lo que señala el juez se confirma, el tribunal perdería su capacidad de subsanar la omisión por parte del Estado de proteger a una persona de la persecución que podría esperarle en su país de origen. Esto sería especialmente preocupante en el sentido que el principio de no devolución se refiere a una obligación de resultado y no a una obligación de medios: no es suficiente garantizar un debido proceso a la persona que solicita asilo o refugio, sino que es necesario garantizar que efectivamente no sufra violaciones a su derecho a la integridad física y a la vida en el país a donde es expulsada.

## 2. La libertad de conciencia y de religión y el derecho a la educación ante crucifijos en escuelas públicas y otros símbolos religiosos

En los años 2009 y 2011, la Cámara y la Gran Sala del TEDH resolvieron el caso Lautsi[36] de dos formas absolutamente distintas. El primer fallo de la Cámara, que determinó que la presencia obligatoria de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas violaba la libertad de conciencia de una familia atea, tuvo tal impacto social que reunió la oposición más amplia a un fallo particular en la historia del TEDH.[37] Por lo anterior, y debido al gran interés público del caso, su análisis no solo plantea una discusión estrictamente jurídica, sino que también tiene importantes connotaciones políticas. De hecho, se ha llegado a afirmar que, de no haber fallado la

34 Ibíd., párrafos 94-95.

35 Ibíd., decisión de fondo, de 21 de enero de 2011, párrafo 299.

36 TEDH, Caso *Lautsi y otros contra Italia*, sentencias del 3 de noviembre de 2009 por la Segunda Sala y del 18 de marzo de 2011 por la Gran Sala.

37 Veinte países se habrían opuesto oficialmente a la sentencia, uniéndose en defensa de los crucifijos. Colina, "Why 20 Nations are Defending the Crucifix", disponible en: http://www.zenit.org/article-29956?l=english [last accessed 1 July 2011]. Citado en McGoldrick, Dominic, "Religion in the European Public Square and in European Public Life - Crucifixes in the Classroom?", en *Human Rights Law Review*, Volumen 11, 2011, p. 472. Disponible en http://hrlr.oxfordjournals.org/content/11/3/451.full

Gran Sala como lo hizo en 2011, la exitosa implementación de los fallos del tribunal europeo podría haberse visto estado amenazada.[38]

### 2.1. Sentencia de la Cámara en 2009: El test de proporcionalidad

En 2009 la Segunda Sala del TEDH consideró que la existencia de cruces y crucifijos en los colegios públicos italianos violaba los derechos a la educación de la demandante y sus hijos de 11 y 13 años (artículo 2 del Protocolo N° 1 del Convenio), así como su libertad de creencia y religión (artículo 9 del Convenio). Se estableció que el Estado tiene la obligación de abstenerse de imponer creencias en lugares en que circulen personas "vulnerables",[39] siendo la escolaridad de los niños un área particularmente sensible, en donde el poder del Estado se impone en mentes que carecen (dependiendo del grado de madurez) de una capacidad crítica.[40] Por lo demás, la presencia de crucifijos en las aulas iría más allá del uso de símbolos de contexto histórico, siendo identificados como un signo religioso. El Tribunal reiteró la obligación de respetar la neutralidad confesional en la educación pública apelando a un laicismo "estricto o agresivo",[41] según se ha denominado por sus detractores. Por lo anterior, el TEDH consideró que no hay margen de apreciación que pueda permitir a los Estados regular el asunto con discreción, mientras no se afecten otros derechos humanos.

En la práctica, el principio de neutralidad confesional ha sido considerado parte de una doctrina de tolerancia que propende a la igualdad de las religiones. Sin embargo, en la región existe una diversidad entre países de tendencia secular como Francia y Turquía, en donde la expresión de la religión está casi exclusivamente relegada al espacio privado, y países con "iglesias establecidas" como Dinamarca, Grecia o Reino Unido.[42] El caso de Italia, si bien con tendencia secular, ha estado históricamente marcado por una identidad cristiana y una mayor vinculación con las religiones en general. Particularmente desde la enmienda de 1984 al Pacto de Letrán (que regula la relación del estado Italiano con el Vaticano), la religión ca-

38 Ibíd., p. 500.

39 TEDH, Caso *Lautsi* y *otros contra Italia*. Sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 48.

40 Ibíd.

41 McGoldrick, op. cit. pp. 452 y 463.

42 Ibíd., p. 455.

tólica dejó de ser la única reconocida y, en lo que interesa, la Corte Constitucional, resolviendo sobre la obligatoriedad de la enseñanza católica en los colegios públicos,[43] afirmó que la Constitución contiene el principio de secularismo.

En este primer fallo del caso Lautsi, el Tribunal Europeo indicó que la libertad negativa de educación no se limitaba a la ausencia de servicios o de educación religiosa, sino que se extendía a las prácticas y símbolos que expresan una creencia, una religión o el ateísmo, mereciendo este derecho una protección especial si es *el Estado* el que expresa la creencia y si los disidentes se encuentran en una situación de la que no pueden sustraerse.[44] Por lo demás, el Estado no logró convencer a la Cámara sobre cómo los crucifijos podían servir al pluralismo educativo esencial en una sociedad democrática,[45] por lo que se estableció que la obligatoriedad de los crucifijos en las salas restringía el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones (artículo 2 del Protocolo N° 1 del Convenio).

La polémica causada por la sentencia fue considerable; se criticó el fallo por su falta de respeto a la identidad italiana.[46]

### 2.2. Sentencia de la Gran Sala (Grand Chamber)

El año 2011, la Gran Sala, luego de profundas presiones sociales y políticas, volvió a conocer el asunto en virtud del artículo 43 del Convenio, esto es, a solicitud del Estado, que, como parte, puede en casos excepcionales[47] solicitar la remisión del asunto ante la Gran Sala de 17 jueces. La Gran Sala consideró que la presencia de crucifijos no violaba los derechos a la educación ni la libertad de conciencia y religión de los demandantes; re-

43 Tribunal Constitucional de Italia Caso N° 203/89. Citado en Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sala, caso *Lautsi contra Italia*. Petición N° 30814/06, sentencia del 3 de noviembre de 2009, p. 5. Párrafo 25.

44 TEDH, Caso *Lautsi y otros contra Italia*. Sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 55.

45 Ibíd., párrafo 56.

46 Incluso la Ministra de Educación de la época afirmó que "nadie, ni siquiera un Tribunal Europeo de motivación ideológica, tendría éxito borrando nuestra identidad". De la misma forma, treinta y tres miembros del Parlamento Europeo presentaron indicaciones respecto a que el Tribunal Europeo no era un Tribunal Constitucional y que debía respetar el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación apelando a la unidad en la identidad cultural. Citado en McGoldrick, op. cit, p. 470.

47 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Europa. Artículo 43 solicitud en casos en que el asunto plantea una "cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general".

firiéndose a jurisprudencia anterior,[48] estableció que no puede exigirse al Estado que proporcione una forma particular de enseñanza.[49]

Según el Tribunal Internacional, la decisión de Italia de mantener crucifijos en todas las aulas de colegios públicos cae dentro del margen de apreciación del Estado, pues el caso se fundamenta en temas valóricos sobre los cuales no existe un consenso, ya que la región se caracteriza por una gran diversidad en el ámbito del desarrollo cultural e histórico. Según esta nueva apreciación, la presencia de crucifijos no es suficiente por sí misma para ser considerada un método de adoctrinamiento, sino que, por el contrario, el crucifijo es un símbolo "pasivo" concordante con el principio de neutralidad del Estado,[50] no existiendo evidencia de que la exhibición de los símbolos religiosos influenciara a los alumnos.[51] En definitiva, se estableció (revocando la sentencia de 2009) por 15 votos contra 2 que no fueron violados el artículo 2 del Protocolo N° 1 del Convenio en conjunto con el artículo 9, ni habría causa para examinar la alegada discriminación del artículo 14 de la Convención (prohibición de discriminación).[52]

### 2.3. Análisis de la sentencia de 2011

La controversia sobre símbolos religiosos en espacios públicos es un tema visto anteriormente por el Tribunal Europeo. La polémica generada por el fallo de 2011 radica en que resolvió el problema por medio del margen de apreciación de los Estados, mientras que, en casos anteriores, tal como en el fallo de 2009 en el caso Lautsi, el TEDH utilizó el test de proporcionalidad y, por ende, se hizo directamente cargo del problema.

Al respecto, en el caso Dogru v. Francia de 2009 no se consideraron violados los derechos de los artículos 9 del Convenio y artículo 2 N° 1 del Protocolo (mismos derechos alegados en Lautsi), pues la prohibición del uso del velo por parte de una estudiante durante las clases de educación física y su consecuente expulsión de la escuela fue evaluada bajo el test de proporciona-

48 TEDH, Caso *Lautsi*, op. cit., párrafo 62. Citando a propósito del lugar de la religión en el curriculum escolar: *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen contra Dinamarca*, sentencia del 7 de diciembre de 1976; *Folgerø y otros contra Noruega*, sentencia del 29 de junio de 2007; y *Hasan and EylemZengin contra Turquía*, sentencia del 9 de enero de 2007.

49 TEDH, Caso *Lautsi*, op. cit., párrafo 61.

50 Ibíd., párrafo 72.

51 Ibíd., párrafo 66

52 Ibíd., párrafo 32.

lidad, manteniendose su expulsión. El TEDH entendió que la medida tuvo base legal (justificación suficiente de derecho interno), perseguía un objetivo legítimo (la protección de los derechos de la estudiante, las libertades de los demás y el orden público) y era necesaria en una sociedad democrática en que coexisten diversas religiones. En el caso Dahlab v. Suiza[53] el Tribunal estableció como necesaria en una sociedad democrática la prohibición del uso del velo por parte de una profesora al considerar que representaba un poderoso símbolo religioso visible.

Es interesante notar que, mientras en casos como estos, que tratan de individuos ejerciendo religiones minoritarias, el Tribunal aborda el problema de fondo aplicando el test de proporcionalidad y la necesidad en una sociedad democrática (aunque no sin polémicas),[54] en el caso Lautsi (2011) el Tribunal decidió entregar la discusión al Estado. Se produce entonces la paradoja de prohibir en el caso de Francia las prendas de vestir musulmanas *de las alumnas,* mientras que se permite *al Estado* italiano que se imponga la presencia de crucifijos. De lo anterior se desprende el trato diferenciado que se da a las religiones mayoritarias y minoritarias, otorgando margen de apreciación en el primer supuesto y aplicando un test de proporcionalidad y necesidad poco estricto en el segundo, lo que parece, en rigor, injustificado aun reconociendo que el Estado tendría el derecho a limitar el derecho a la libertad de expresar la religión públicamente. Por lo menos debería aplicar el mismo criterio a todos al decidir sobre las limitaciones. Además, la presión que ha recibido el tribunal de cambiar el criterio del primer fallo, otorgando mayores niveles de discreción, explica en gran medida las diferencias entre Lautsi (2009) y Lautsi (2011).

Mientras tanto, los tribunales nacionales de Europa, en un comportamiento idéntico a los primeros procedimientos administrativos del caso Lautsi, seguirán desestimando solicitudes de retiro de símbolos religiosos sin violar, en principio, el Convenio Europeo. Y aun más, luego del fallo de la Corte Europea, el argumento se fortalece al apropiarse esta de conceptos de "identidad cultural" como decisión política y justificar el contenido religioso en lugares públicos. Tal es el caso de España, donde el Tribunal Superior rechazó el retiro de un símbolo religioso dispuesto en lugar público al estimar que "la

53 TEDH, Caso *Dahlab contra Suiza*, decisión de admisibilidad de 15 de febrero de 2001.

54 Ver, por ejemplo, opinión dada por el juez Lech Garlicki sobre estos asuntos: "Lech Garlicki y la religión en tela de juicio: símbolos en el banquillo", publicada el 14 de junio de 2010 en http://www.cafebabel.es/article/33977/simbolo-religion-europa-tribuna-derechos-humanos.html.

neutralidad e imparcialidad del Estado exigida por el artículo 16.3 CE no es en forma alguna incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos que como el presente no son sino expresión de la historia y cultura de nuestro país".[55]

Como vemos, el significado de los símbolos religiosos y su lugar en el espacio público es algo sobre lo cual si bien aún no hay consenso en Europa, es contrario a una sociedad cuya diversidad aumenta. Así, la continua aplicación del margen de apreciación de los Estados en cuanto a las religiones mayoritarias no se condice con el derecho a expresar creencias minoritarias, que se ha reducido aplicando un test de proporcionalidad poco estricto, restringiendo considerablemente el núcleo del derecho que no está sujeto a limitaciones.

Recientemente, el Sistema Interamericano fue requerido para pronunciarse sobre esta misma temática, a partir de la denuncia de Fabiola Palominos quien, en 2010, había sido obligada en Chile a quitarse el velo en un banco para cobrar un cheque.[56] De ser el caso admisible –parece haber transcurrido, prima facie, el plazo para presentar una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, la institución interamericana tendría que decidir si el actuar del banco y el posterior rechazo del recurso de protección por cuestiones de forma (la Señora Palominos no contó con apoyo legal) constituía discriminación, o sea, una distinción arbitraria. Queda por verse el raciocinio que aplicará el sistema; según la jurisprudencia hasta ahora producida, la Comisión vería cuestiones de fondo de este tipo de casos bajo el prisma del debido proceso y del test de proporcionalidad.

## 4. Diversidad sexual respecto a la adopción de un niño por parte de la pareja lesbiana de su progenitora[57]

El 1 de diciembre de 2011 el Tribunal Europeo recibió en audiencia el caso de una pareja conformada por dos mujeres. Una de ellas fue madre en 1995.

55 Tribunal Superior de Justicia de España. Sentencia 648/2011, de 06 de septiembre de 2011, considerando 9°.

56 *El Mostrador*, "Musulmana acude a la CIDH por discriminación en uso de velo", 15 de abril de 2012, disponible en http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/04/15/musulmana-acude-a-la-cidh-por-discriminacion-en-uso-de-velo/; Ver también, *Emol.com*, "Musulmana denuncia al Estado por denegación de justicia", 15 de abril de 2012, disponible en http://diario.elmercurio.com/2012/04/15/nacional/nacional/noticias/f8f51eb9-9c30-4e98-a690-d6bcdafe9cee.htm.

57 TEDH, Caso *X y otros contra Austria*. Audiencia de 1 de diciembre de 2011. Sentencia pendiente.

Viviendo juntas y compartiendo el cuidado del niño, solicitaron en 2005 su adopción por parte de la pareja. Austria no dio lugar a la solicitud señalando que el Código Civil no permite este tipo de adopción sin cortar la relación con la madre o el padre natural, que la expresión "padres" hace referencia a personas de distinto sexo y que en este caso el niño mantenía una relación con su padre biológico, el que se opuso a la adopción. Aunque la decisión del tribunal se encuentre pendiente al momento de enviar este tomo a prensa, las consideraciones expresadas en la audiencia informan de manera notoria sobre el desarrollo de los derechos del niño y de personas homosexuales, y el margen de apreciación del Estado, especialmente considerando que el tribunal otorga el derecho a una audiencia solamente en muy pocos casos.

Las demandantes, y el niño como segundo solicitante, argumentan que en el derecho interno el artículo 182 N° 2 del Código Civil austriaco permite una figura idéntica a lo que ellas pidieron: que uno de los padres adopte al hijo de otro sin romper el vínculo con el primero y pasando el niño, en definitiva, a ser hijo de la pareja. Por ello se solicitó la inconstitucionalidad de la norma del Código Civil, que constituiría una discriminación contra ellas por motivo de su orientación sexual. El asunto se derivó al tribunal civil austriaco, que evocó un amplio margen de apreciación del Estado en la regulación de adopción por homosexuales como idea establecida previamente en el caso Fretté v. Francia.[58] La justicia nacional concluyó que el legislador persigue un objetivo legítimo de mantener la relación del niño con los padres (biológicos) de ambos sexos.[59]

En la audiencia, más específicamente, la representante del Estado, Señora Homs, arguyó que la adopción del hijo de una mujer lesbiana por su pareja no fue rechazada por su orientación sexual, sino por su sexo, ya que el derecho austriaco no permitía la adopción por una mujer en reemplazo del padre. Mientras tanto, el representante de los peticionarios, el Señor Graupner, explicó que la denuncia ante el tribunal europeo se basaba en el rotundo rechazo por la justicia austriaca a discutir el fondo del caso. Declarando automáticamente imposible un examen del fondo, no se permitía tener una decisión razonada que ponderara el interés superior del niño –con la expresa voluntad

58 Ibíd. Exposición de los hechos. 2 de febrero de 2009, p. 2. Citando a TEDH, *Caso Fretté contra Francia*. Sentencia del 26 de mayo de 2002. Ver en http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=847284&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649

59 Ibíd., p. 3

de ser adoptada por la pareja de su madre– y los derechos parentales del padre.[60] Así, el caso se argumentó, en gran medida, como un caso de acceso a la justicia.

### 4.1. El margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH

En la jurisprudencia del Tribunal europeo se ha establecido que, ante la falta de consensos europeos en determinadas materias, procede un amplio margen de apreciación para los estados, pero este derecho se vuelve impracticable cuando lo que está en juego es el núcleo mismo de este, como, por ejemplo, el cuidado de los niños biológicos por una persona de orientación homosexual.[61] En este sentido, si el Tribunal no otorga contenido concreto a los derechos de las personas homosexuales, lesbianas y, adicionalmente, con identidad de género diversa, en cuanto a la posibilidad de adoptar o, lo que es lo mismo, reconoce un amplio margen de apreciación de los estados, la jurisprudencia regional no soluciona el problema de indeterminación. Por el contrario, si utiliza el test de proporcionalidad o ponderación de derechos, al menos se aproximará a delimitar en qué casos las personas con orientación sexual distinta tendrán la posibilidad de adopción (o tuición) de niños y niñas, distinguiendo así un área donde el control de la Convención Europea de Derechos Humanos es directo y otra donde el Estado puede *justificar* la imposición de limitaciones al derecho.

Es imprescindible, entonces, distinguir los casos de adopción de los casos de tuición de hijos propios por parte de padres o madres homosexuales. En tales situaciones, como en el caso Salgueiro contra Portugal de 1993, el tribunal determinó que "no le permitió ningún margen de discrecionalidad al Estado. Una interpretación restrictiva de [esta sentencia] podría llevar a la conclusión de que el Tribunal simplemente determinó que la religión y la orientación sexual eran argumentos irrelevantes en el contexto de la custodia [...]".[62] En consecuencia, no se justifican las limitaciones del derecho ni el margen de apreciación en casos de tuición de niños biológicos.

60 Ibíd. Grabación de la audiencia del 1 de diciembre de 2011, disponible en http://www.echr.coe.int/ECHREN/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastEN_media?id=20111201-1&lang=lang&flow=high.

61 TEDH. Caso *Salgueiro contra Portugal*, sentencia del 21 de diciembre de 1999.

62 Por todos, Van Dijk, Pieter (eds.), *Teoría y práctica del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (Universidad de los Andes) 2006, p. 716.

### 4.2. Interpretación evolutiva de los derechos de las minorías sexuales

Hasta ahora el contenido de los derechos de las personas gays, lesbianas y transexuales en la jurisprudencia europea presenta vaivenes: recientemente se amplían los derechos de las personas homosexuales que deseen adoptar un niño (E.B v Francia 2008) pero se niega protección a las parejas para contraer matrimonio, aunque se les reconoce legalmente como parejas si el derecho interno lo hace (Schalk y Kopf v. Austria).[63] Por lo anterior, analizaremos jurisprudencia que permite a grandes rasgos delimitar el núcleo de los derechos hasta ahora protegidos a nivel europeo para personas con orientación sexual diversa. Este núcleo abarca, entre otras, materias laborales, de herencia, cuidado de los hijos biológicos, derecho penal y tributario, igualdad en las fuerzas armadas y libertad de reunión.[64] Los casos a mencionar en relación a la pregunta específica son X, Y y Z v. Reino Unido de 1997, Fretté v. Francia de 2002 y E.B v. Francia de 2008. La revisión de esta jurisprudencia permite trazar posibles interpretaciones en el caso X pendiente ante el Tribunal.

El primer caso, X, Y y Z v. Reino Unido de 1997, aborda la adopción de un niño concebido por inseminación artificial; la discusión de fondo es la transexualidad de la mujer que deseaba adoptar al hijo de su pareja. En el caso, la Corte Europea consideró que no se había violado el derecho a una vida familiar (artículo 8 de la Convención) puesto que no puede implementarse una obligación formal para el Estado de reconocer como padre de un niño a una persona que no lo es biológicamente, lo anterior teniendo en cuenta la complejidad de la transexualidad en cuestiones científicas, legales, morales y sociales.[65]

El caso Fretté v. Francia de 2002 se originó por haberse negado la solicitud de adopción de un hombre francés soltero; la justicia del país justificó su decisión en razón de la homosexualidad del peticionario y por no existir un modelo estable de función materna. El Tribunal Internacional se inclinó por otorgar un amplio margen de apreciación al Estado ante la ausencia de consensos europeos[66] y al considerar la medida objetiva y razonable frente al interés superior del niño, por cuanto la adopción sig-

63 Johnson, Paul, "Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, Vol. 11, tema 3, 2011, p. 579.

64 Por ejemplo, TEDH, Caso *Alekseyev contra Rusia*, sentencia del 11 de abril de 2011. Véase también Van Dijk 2006.

65 TEDH, Caso *X, Y y Z contra Reino Unido*, sentencia del 22 de abril de 1997, párrafo 52.

66 TEDH, Caso *Frette contra Francia*, sentencia del 26 de mayo de 2002, párrafo 40 y ss.

nifica la entrega de un niño a una familia y aún psicólogos y psiquiatras se encuentran divididos sobre las posibles consecuencias que pueda tener la adopción por uno o más padres homosexuales.[67] En definitiva, no se violaron los artículos 14 (no discriminación) ni 8 (vida privada y familiar), artículo este último que no garantiza el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar.[68]

Recientemente, el caso E.B v. Francia de 2008[69] marcó importantes precedentes en la materia, siendo los hechos coincidentes en temas de adopción por personas solteras homosexuales y lesbianas. En 1998 una mujer, quien declaró mantener una relación con otra mujer, solicitó autorización para adoptar un niño; pese a las buenas descripciones de sus capacidades, se le negó tal autorización por su orientación lesbiana.[70] El Tribunal Internacional consideró que este caso difería en ciertos aspectos del caso Fretté respecto al tratamiento administrativo, pues se consideró la actitud de su pareja y cualidades personales de la solicitante. A diferencia del caso Fretté, el Tribunal concluyó que la consideración de la orientación sexual tiñó el análisis de *todos los factores* y fue el único factor determinante para la decisión de adopción, hecho que no era compatible con la Convención, por lo que declaró violados los artículos 8 y 14 del Convenio.[71]

Lo interesante del caso E.B. es que, a diferencia del caso Fretté, el Tribunal no consideró que el caso caía dentro del margen de apreciación, por lo que aplicó el test de proporcionalidad y propósito legítimo que tiene que ser acreditado para justificar un trato diferenciado. La razón de ello fue que se trataba de discriminación producida por una norma de derecho interno (que permitía adoptar a las personas solteras), mientras que, en el caso Fretté, estimó directamente que, por falta de consensos, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, puesto que la orientación sexual no fue el único criterio que los tribunales internos habían tomado en consideración para llegar a su decisión.

Como resultado de lo anterior, las sentencias fueron distintas. Pese a ello, se argumentó que el Tribunal debió abordar directamente en E.B (como lo

67 Ibíd., párrafo 42.

68 Ibíd., párrafo 32.

69 TEDH, Caso *E.B. contra Francia*, sentencia del 22 de enero de 2008.

70 Ibíd., párrafo10.

71 Ibíd., párrafos 71, 96 y 97.

hizo en Fretté) la cuestión de si la orientación sexual del solicitante cayó dentro de ese margen de apreciación; de haber comprobado que la adopción por personas solteras homosexuales no era sujeta al margen de apreciación, "E.B habría ofrecido un rechazo con mayor autoridad al consenso homofóbico".[72] No obstante, aplicando el test de proporcionalidad, el tribunal implícitamente, pero de manera clara, indica que los hechos no caían dentro del margen de apreciación, ya que, si no, no hubiera tenido que aplicar el test. Lo que sí vale la pena destacar es que entre Fretté y E.B. transcurrieron seis años, lo que explica, con respecto a la interpretación evolutiva que tiene que aplicar el tribunal, que el test puede cambiar sin perder la consistencia en la jurisprudencia.

Recientemente, el caso Gas and Dubois v. France,[73] resuelto en marzo de este año por una de las Salas del Tribunal Europeo, reiteró el reconocimiento del margen de apreciación de los Estados al considerar que no había evidencia de una diferencia de trato basada en orientación sexual de una pareja compuesta por dos mujeres frente a la negativa de la solicitud de adopción del hijo de la otra mujer. Lo anterior, fundamentado esencialmente en la reiterada jurisprudencia de la Corte respecto a que, si bien la Convención no obliga a los Estados Miembros a conceder a parejas del mismo sexo acceso al matrimonio, si el Estado eligió proporcionar a parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento, ello no implica per se reconocer los mismos derechos. Frente a este caso, en que existía una prohibición por ley interna para obtener el permiso de adopción simple, la decisión final del Estado, según la Corte, no se basó en la orientación sexual de las mujeres, pues la adopción simple implica perder el vínculo con el padre o la madre anterior, cuestión que también se aplicaba a una pareja heterosexual.

La jurisprudencia de la Corte Europea en estas materias ha logrado consolidar una interpretación evolutiva de ciertos derechos de las personas homosexuales, lesbianas y transexuales, y, aun más, hizo coincidir las decisiones internas (reconociendo a cada Estado un margen de apreciación) con una interpretación progresiva del Convenio Europeo como en el caso E.B., pero el contenido de estos derechos, nos indica el Tribunal, se debe a que la sociedad europea reconoce consensos en cuanto a que los destinatarios tienen estos (y no otros) derechos. Por el contrario, en la medida que no existan dichos acuerdos, el Tribunal no marca una tendencia ni agrega mayor contenido a la

72 Johnson, op. cit., p.590.

73 TEDH, Caso *Gas and Dubois contra Francia*, sentencia del 15 de marzo de 2012.

interpretación que hasta ahora se ha dado. Por tanto, si bien la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente en los derechos de estas personas, las opciones de resolución se limitan a, por un lado, reconocer el margen de apreciación de los Estados y que cada sociedad limite el contenido de sus derechos o, por otro, evaluar mediante el test de proporcionalidad si las decisiones internas se ajustan al Convenio, tal como lo hizo en E.B versus Francia.

Finalmente, consideramos que este tipo de decisiones de la jurisprudencia europea va en el mismo sentido dado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos[74] y, así, las discusiones sostenidas por el Tribunal Europeo cobran vigencia en aquellos temas que se presenten por primera vez en el Sistema Interamericano. Ello fue así, específicamente, en el caso Atala Riffo versus Chile, donde la Corte Interamericana se pronunció en febrero de 2012 a propósito de una decisión de quitar a una madre lesbiana la tuición de sus hijas en base a su orientación sexual. No obstante, la incorporación del margen de apreciación como un estándar jurídico, siendo este ajeno a la Convención y tradición interpretativa interamericana, debe ser evaluada con mucha cautela.

## 5. La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo

El 8 de noviembre de 2002 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) adoptó la Resolución 1441 en que reconoció el incumplimiento de Irak de sus obligaciones relativas a la cooperación y desarme nuclear, adoptadas ante la Agencia Internacional de Energía Atómica. Posteriormente se notificó al gobierno de Saddam Hussein y se otorgó oportunidad de cumplir las obligaciones. Ante la negativa iraquí, el 20 de marzo de 2003, tropas aliadas[75] ingresaron a Irak con el objetivo de derrocar al régimen. El 1 de mayo del mismo año declararon el fin de las operaciones militares mayores. Estados Unidos y Reino Unido asumieron las fuerzas de ocupación y crearon la *CPA* –Autoridad Provisional de la Coalición– para ejercer temporalmente el poder. Una de las funciones gubernamentales que ejerció la CPA fue proveer la seguridad en Irak. Este rol fue reconocido por el CSNU bajo la Resolución 1483 del 23 de mayo de 2003. La ocupación finalizó, y con ello la existencia de la CPA, cuando, el 28 de junio de 2004, el poder y la autoridad fueron traspa-

74 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

75 Compuestas por Estados Unidos en su mayoría, un gran número de Reino Unido y pequeños contingentes de Australia, Dinamarca y Polonia.

sados al gobierno interino iraquí. La presencia de tropas británicas en dicho país generó interrogantes acerca de la posible aplicación de la Convención Europea por parte del TEDH en dos casos.

El caso Al-Jedda[76] se refiere a la reclusión de Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda por fuerzas británicas en Irak durante 3 años. El peticionario viajó en 2004 desde Londres a Irak, donde fue detenido por soldados estadounidenses para posteriormente ser llevado a Basora y recluido en Sha'aibah[77] hasta el 30 de diciembre de 2007. El caso fue presentado ante la Corte Europea el 3 de junio de 2008. A su vez, el caso Al Skeini y otros[78] se refiere al fallecimiento de seis civiles iraquíes en diversas circunstancias en el contexto de operaciones militares desarrolladas por el ejército británico en Basora durante 2003. La demanda fue presentada ante la Corte Europea de derechos humanos el 11 de diciembre de 2007. La Gran Sala de la Corte Europea se pronunció en ambos casos el 7 de junio de 2011.

### 5.1 "Control efectivo" como criterio de jurisdicción

Para el adecuado análisis de estos casos, aunque no se trata de hechos completamente iguales, es central el concepto "jurisdicción" contemplado en el artículo 1 del Convenio, el cual ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el TEDH.

En el caso Bankovic y otros,[79] el TEDH determinó que este concepto debía ser interpretado conforme al derecho internacional público, según el cual "jurisdicción" es "primordialmente territorial".[80] Con todo, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte en el caso *Bankovic* ha sido criticada desde la doctrina. Hampson indica que seguir este criterio podría llevar a "resultados absurdos"[81] porque, "si las normas relativas a conflictos armados no pudie-

76 TEDH, Caso *Al-Skeini contra Reino Unido*, sentencia del 7 de julio de 2011.

77 Centro de detenciones dirigido por fuerzas británicas.

78 TEDH, Caso *Al-Jedda contra Reino Unido*, sentencia del 7 de julio de 2011. Centro de detenciones dirigido por fuerzas británicas.

79 TEDH, *Bankovic y otros contra Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y el Reino Unido*, decisión de admisibilidad, 12 de diciembre de 2001. En el caso se argumentó que un país que se introduce en el espacio aéreo de otro Estado y bombardea, ejerce durante ese momento "jurisdicción" para los efectos de su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas. La Corte lo rechazó.

80 Ibíd., párrafo 62.

81 Hampson, Françoise, "The scope of the extra-territorial applicability of international human rights" en Gilbert, Hampson, Sandoval (Eds.) 'The Delivery of Human Rights: Essays in honour of Professor Sir Nigel Rodley', (Routledge) 2011, p 181.

ran aplicarse, no habría responsabilidad bajo el derecho internacional por la muerte deliberada de un sujeto X, [cometido] en un Estado B, [pero provocada] por un agente del Estado, a menos que ejercieran control físico sobre él a la vez".[82]

En 2004, la Corte se pronunció de manera más consistente en el caso *Issa y otros contra Turquía,*[83] donde precisó que, en circunstancias excepcionales, los actos estatales que se desarrollan fuera de su territorio o cuyos efectos se producen fuera de su "jurisdicción territorial", pueden generar responsabilidad. Esta se compromete donde, como consecuencia de actividades legales o ilegales, el Estado "ejerza control efectivo del área"[84] situada fuera del territorio nacional. El objetivo tras el estándar elaborado en *Issa* era evitar que pueda interpretarse el artículo 1 del Convenio de forma tal que permita a un Estado parte vulnerar los derechos humanos en territorio de otro Estado donde tenga control efectivo e impedir violaciones que en su propio territorio no podría cometer. En el caso particular, no obstante, el tribunal no encontró violación del Convenio, justamente porque no se estableció, según los hechos probados, tal control efectivo.[85]

En suma, de los casos *Bankovic* e *Issa* se desprenden los siguientes criterios: "en primer lugar, que la competencia suele ser territorial. En segundo lugar, que se extiende al territorio sobre el cual el Estado ejerce un control efectivo. Tercero, que se extiende a las personas en dicho territorio y otros [quienes] presuntamente [estén] bajo control físico del Estado y, por último, que se aplica a las actividades diplomáticas y consulares [realizadas en otro país]".[86]

Sin embargo, la doctrina critica que, en el caso *Bankovic*, "[el tribunal] confundió la idea de jurisdicción extraterritorial con aplicación extraterritorial como resultado del ejercicio de jurisdicción", que son dos cosas distintas, y

82 Hampson, Françoise, "The Scope of the Extra-Territorial Applicability of International Human Rights" en Gilbert, Hampson, Sandoval (eds.), *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*, (Routledge) 2011, p. 181.

83 TEDH. Caso *Issa y otros contra Turquía*, Sentencia del 16 de noviembre de 2004. El caso fue presentado por ciudadanos iraquíes quienes acusaron ser atacados por fuerzas militares turcas en un sector cercano a la frontera turca mientras ejercían sus labores de pastoreo. Alegaron que se estaba realizando una operación militar transfronteriza dirigida a perseguir y eliminar terroristas. La Corte rechazó el caso por considerar que Turquía no ejercía un control efectivo de dichas actividades militares.

84 Ibíd., párrafo 71.

85 Ibíd., párrafo 75.

86 Hampson, op. cit., p. 178.

también confundió "el ejercicio de jurisdicción con legalidad",[87] que no siempre van asociados. Con todo, es importante destacar que, a partir del caso *Bankovic,* la Corte estableció que el "ejercicio de todos o algunos de los poderes públicos que normalmente ejerce el gobierno [territorial]"[88] puede otorgar jurisdicción. En este sentido, el ejercicio de jurisdicción "[n]o depende de la ocupación ni del consentimiento del Estado territorial".[89]

En el caso Al Skeini y otros, frente a detenciones y ejecuciones, nuevamente se discutió el concepto de "jurisdicción" y la argumentación del Reino Unido. La Corte analizó los principios relevantes en materia de jurisdicción bajo el artículo 1 del Convenio y los aplicó al caso concreto; estos son 1) principio de territorialidad. 2) autoridad y control del agente estatal, 3) control efectivo del área y 4) el espacio jurídico del Convenio. Aplicados estos al caso concreto, se estableció que "Reino Unido asumió autoridad y responsabilidad para el mantenimiento de la seguridad en el sudeste de Irak. En esas circunstancias excepcionales la Corte considera que Reino Unido, a través de sus soldados que participan en las operaciones de seguridad en Basora durante el período en cuestión, ejercen autoridad y control sobre las personas que murieron en el curso de las operaciones de seguridad, para establecer un vínculo jurisdiccional entre el fallecido y Reino Unido para efectos del artículo 1 de la Convención".[90] Por lo anterior, Reino Unido debió investigar las muertes de los demandantes en Irak; al incumplir esa obligación, estaba vulnerando los artículos 1 y 2 –sobre el derecho a la vida– del Convenio Europeo.

En este caso, la Corte reconoce que las muertes "fueron causadas por los actos de los soldados británicos durante las operaciones de seguridad llevadas a cabo por las fuerzas británicas en varias partes de la ciudad de Basora".[91] Aplicando el concepto del "control efectivo", determina que las muertes de 5 de las víctimas se produjeron bajo el control de autoridades británicas. Por otro lado, la última de las seis personas que falleció durante un tiroteo entre soldados británicos y otros hombres armados no pudo ser considerada víctima por razones ajenas al test de control efectivo.[92]

87 Ibíd..

88 Ibíd., p. 179.

89 Ibíd.

90 TEDH, Caso *Al-Skeini,* op. cit., párrafo 149

91 Ibíd., párrafo 150.

92 Ibíd., párrafo resolutivo 5.

En el caso Al-Jedda, el argumento giró alrededor de la pregunta de si el tribunal tenía jurisdicción sobre los actos cometidos por soldados británicos fuera de los recintos de detención, no teniendo entonces "control físico" sobre las personas. El Estado argumentó que la responsabilidad por la reclusión del demandante era imputable a Naciones Unidas.[93] Al respecto, el tribunal rechazó el argumento que el CSNU había emitido una resolución que previera la asignación de roles en Irak en caso de que el régimen fuera derrocado. Específicamente, el CSNU no tuvo control efectivo sobre las tropas de las fuerzas multinacionales y, por ende, no puede ser atribuida la reclusión del señor Al-Jedda a Naciones Unidas[94] porque fue detenido en un centro de reclusión dirigido exclusivamente por fuerzas británicas, bajo autoridad y control del Reino Unido.[95]

El Estado argumentó también que la Resolución 1546 del CSNU establecía la obligación de utilizar la reclusión en Irak y que, por aplicación del artículo 103[96] de la Carta de Naciones Unidas, prevalecía sobre las obligaciones del artículo 5.1 del Convenio Europeo. La Corte observó que Naciones Unidas fue creada no solo para "mantener la paz y la seguridad, sino también lograr la cooperación internacional promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales", concluyendo que no había intención de imponer a los Estados obligaciones de violar derechos humanos. La Corte consideró que la Resolución 1546 no establecía expresamente la reclusión y solo se refería a "adoptar las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y estabilidad en Irak". En cambio, la medida de reclusión fue mencionada como ejemplo de una "amplia gama de actividades" en un documento suscrito por el Secretario de Seguridad de Estados Unidos incluido como anexo a la Resolución. Además, la Corte reconoció que la Resolución había dejado abierta a los Estados parte y a las fuerzas multinacionales la elección de las medidas apropiadas para contribuir al mantenimiento de la seguridad y estabilidad. Ante la ausencia de disposición contraria, la Corte establece que los Estados parte y las fuerzas multinacionales debían cumplir

93 Ibíd., párrafo 64.

94 Ibíd., párrafo 82.

95 Ibíd., párrafo 85.

96 Carta de Naciones Unidas. Artículo 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por ende, la Corte consideró que el Convenio consagrando el derecho establecido en el artículo 5.1 sobre libertad y seguridad era aplicable a la detención.

Para resolver, la Corte aplicó el estándar fáctico mencionado antes, estableciendo que existe jurisdicción si el Estado extranjero ejerce algunos de los poderes públicos que normalmente son ejercidos por un gobierno soberano. En particular en el caso Al-Jedda, la Corte sostuvo que la reclusión del señor Al-Jedda era atribuible al Estado porque se encontraba bajo jurisdicción de Reino Unido. Además, sostuvo que Reino Unido no tenía ninguna obligación en virtud de una resolución del CSNU para detener de forma preventiva y sin revisión judicial. Agregó que el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas no tenía relación –desechando la defensa del Estado– y, por lo tanto, el señor Al-Jedda fue detenido ilegalmente a la luz del artículo 5.1.

En suma, la Corte consideró que la detención se realizó en dependencias de exclusivo control y autoridad británicos. Por otro lado, pese a que el tiempo de detención se prolongó más allá de la entrega del poder interno al gobierno local, "siendo incluso revisada por funcionarios iraquíes y representantes no británicos de la coalición de fuerzas [...] Este control no operó para prevenir que la detención siguiera adelante."[97] En base a lo anterior, se desprende que las tropas pueden tener "control efectivo" aun cuando exista un gobierno local.

## Conclusión

Las decisiones de la Gran Sala del TEDH se caracterizan por resolver materias de alta complejidad y por examinar la aplicación del Convenio a nuevas materias. No siempre, como se evidenció en 2011, esta evolución de la jurisprudencia se genera sin controversias. En los tres casos en comento decididos ya por el tribunal, se mostró que el TEDH ha aplicado criterios que no parecen del todo consistentes. Adicionalmente, en el caso pendiente de decisión, estamos ante jurisprudencia anterior inconclusa que se espera el tribunal aclarará. A pesar de estas dificultades, es informativa la discusión europea para las consideraciones que tendrá que tomar en cuenta el Sistema Interamericano en su momento.

Primero, en el caso M.S.S., el test aplicado sobre el estándar de no devolución es diferente para los dos Estados demandados, sin que exista una razón

97 TEDH. Caso *Al-Jedda*, op. cit., párrafo 85.

que convenza a todos los jueces. Así, se aplicó a Bélgica una prohibición de devolución a Grecia –por el peligro vital para M.S.S., estando no obstante radicado en Afganistán–, mientras que, con respecto a Grecia, país que tenía que decidir sobre la expulsión fuera de la Unión Europea, se traduce la norma *ius cogens* de no devolución a un estándar procedimental.

Segundo, en los casos sobre la libertad de religión, el test que se aplica a religiones minoritarias, como es el caso Dahlab, es diferente al criterio que se usa para religiones mayoritarias (caso Lautsi). Así, la restricción de la expresión individual de una religión o creencia minoritaria, tal como el portar el velo islámico, se evalúa según el test de proporcionalidad si afecta valores como la seguridad publica; si, por el contrario, una creencia personal va directamente dirigida contra una religión mayoritaria, tal como evidenció la presencia de crucifijos en las salas de clases de escuelas públicas, se concede margen de apreciación al Estado, lo que le exime de aplicar el test de proporcionalidad, reduciendo así la protección de la creencia minoritaria.

Tercero, el Tribunal Europeo tendrá que confirmar o "distinguir" la aplicabilidad del test de proporcionalidad al que recurrió en el caso E.B. cuando resuelva, prontamente, el caso X y otros contra Austria sobre adopción de niños y niñas por parte de parejas homosexuales, decisiones que se han dejado al margen de apreciación del Estado. Dista el caso Salgueiro, en este contexto, donde, al igual que la decisión de la Corte Interamericana en el caso Atala, se determinó que el margen de apreciación no aplica para decisiones sobre la tuición de los niños biológicos de personas homosexuales. El interés del niño no puede determinarse solamente con referencia a la orientación sexual de uno de sus padres.

Finalmente, los casos Al-Jedda y Al-Skeini constituyen evidencia de una interpretación evolutiva de la cláusula de jurisdicción del Convenio que, como algunos argumentan, a pesar de basarse en el mismo test de "control efectivo", había sido leído de manera distinta en el caso Bankovic. Será interesante observar en los años por venir cómo se consolida la jurisprudencia, cuáles son los casos que van a constituir excepciones a las líneas jurisprudenciales del tribunal y cuáles representarán ejemplos para la interpretación evolutiva que debe hacerse de los tratados de derechos humanos y del Convenio en particular.

Mirando hacia nuestro continente, el debate jurisprudencial europeo servirá de insumo –a adoptar o a desechar– cuando, ante la Comisión y Corte Interamericana, se aleguen casos similares.

# LA CIDH FRENTE A LOS DESAFÍOS DE 2011: OPORTUNIDADES PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SIDH[1]

*Juana Inés Acosta-López*
*María Dolores Miño*
*Alejandra Otero Ruiz*

**Resumen**

El presente artículo aborda tres de los asuntos más importantes que se presentaron en 2011 en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los retos que estos asuntos han implicado para los actores del Sistema, en particular para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En primer lugar, aborda los sucesos recientes en el caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia en relación con la supuesta aparición de "falsas" víctimas entre las que fueron reconocidas en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y realiza una crítica constructiva a la manera como este tema ha sido abordado por los diferentes actores involucrados. En segundo término, analiza la incidencia de las actuaciones de la CIDH en el caso El Universo c. Ecuador, tanto en su desarrollo y desenlace en el ámbito interno como en la formación de una nueva política exterior basada en el descrédito a los órganos del Sistema. Evalúa, a la luz de la meta del fortalecimiento del sistema interamericano, esta búsqueda de mecanismos

1 En orden de escritura las autoras: **Juana Inés Acosta-López**: LL.M in International Legal Studies, New York University, en calidad de *Hauser Global Scholar*. Magister en Derechos Humanos y Democratización, Universidad Externado de Colombia, en conjunto con la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Asistente. Facultad de Derecho. Universidad de La Sabana, Colombia. Asesora de la Presidencia de la República de Colombia. Agente del Estado de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contacto: juanaacosta20@gmail.com; **María Dolores Miño**: Abogada especialista en Derechos Humanos. LL.M en International Legal Studies del Washington College of Law de American University. Se ha desempeñado como abogada de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, asistente de litigio en la Dirección Nacional de Derechos Humanos de la Procuraduría General del Estado de Ecuador y Coordinadora del Observatorio de Derechos y Libertades del Programa Ciudadanía Activa en ese país. Contacto: lolomb@hotmail.com; **Alejandra Otero Ruiz:** Abogada e historiadora de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Consultora en Derechos Humanos y Seguridad para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, oficina regional América del Sur y asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

políticos para debilitar a sus órganos y reducir su incidencia en la región. Finalmente, con base en las medidas cautelares en el caso Belo Monte c. Brasil, examina brevemente si las medidas cautelares deben o no operar una vez que se hayan agotado los recursos del ordenamiento interno y si el debate alrededor de estas medidas ordenadas por la Comisión podría o no minar la independencia del órgano internacional. Las autoras exponen los temas como oportunidades que se presentan al sistema interamericano para su fortalecimiento.

## Introducción

El presente artículo abordará tres de los asuntos más importantes que se presentaron durante 2011 en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Estos asuntos fueron escogidos por las autoras en razón a sus intereses académicos y su experiencia particular en relación con los problemas planteados.

El capítulo está dividido en tres secciones: la primera, denominada "los sucesos recientes en el cumplimiento del caso Mapiripán c. Colombia: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", aborda el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante posibles fallas en la determinación de hechos y víctimas. La segunda, "El caso El Universo: La visibilización del Ecuador en el SIDH y la pugna por debilitar los órganos del sistema", ilustra cómo las gestiones de protección y garantía de la CIDH y la Relatoría para la Libertad de Expresión ante posibles violaciones al derecho a la libre expresión, influyeron en el desarrollo de casos y reacciones en el ámbito nacional e internacional. La tercera, "El caso Belo Monte y el debate sobre la obligatoriedad de las disposiciones de la Comisión Interamericana", expone brevemente la discusión que el caso generó en la región acerca de la independencia y el papel de la CIDH a partir del desconocimiento de Brasil de las medidas cautelares ordenadas.

Estos tres asuntos están atravesados transversalmente por diversas temáticas: i) la autocrítica y la capacidad propositiva de la CIDH; ii) la influencia e importancia de sus pronunciamientos en la región; iii) la obligatoriedad de sus decisiones y la necesidad o no de precisar su competencia, y iv) el rol de la sociedad civil y los Estados en la exigibilidad y el respeto a los derechos humanos. De ahí la reunión de todos ellos en un solo capítulo. Desde nuestra perspectiva, los hechos acontecidos en 2011 constituyen una oportunidad para

dialogar sobre objetivos importantes en el fortalecimiento del mismo sistema interamericano y en la promoción y protección de los derechos humanos.

## 1. Los sucesos recientes en el cumplimiento del caso Mapiripán c. Colombia: Un desafío para el SIDH

La presente sección tiene como propósito evidenciar los retos que plantean para los distintos actores del SIDH, y especialmente para la CIDH, los recientes hechos ocurridos en el marco del cumplimiento de la sentencia de Masacre de Mapiripán c. Colombia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en relación con la presunta aparición de víctimas falsas entre las que habían sido reconocidas por la Corte IDH en su sentencia.

### 1.1. La sentencia de Mapiripán: El reto de identificación posterior de las víctimas

Según la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas proferida por la Corte IDH el 15 de septiembre de 2005 contra Colombia, los hechos del caso de la Masacre de Mapiripán se refieren a la privación de libertad, tortura y asesinato de por lo menos 49 civiles por parte de las Autodefensas Unidas de Colombia (grupos paramilitares) con la colaboración y aquiescencia de agentes del Estado. Los cuerpos de las víctimas fueron destruidos y arrojados al río Guaviare, en el Municipio de Mapiripán, Departamento del Meta.[2]

Al momento de presentar el caso ante la Corte IDH, la CIDH identificó plenamente solo a diez de las víctimas de la masacre. Esto debido a que, como consecuencia del modus operandi empleado, no fue posible para las autoridades identificar plenamente a todas las víctimas.[3] Como hemos plasmado en trabajos anteriores,[4] la posición de la Corte IDH sobre la individualización de las víctimas ha sido elaborada en diversas ocasiones, particularmente en casos de violaciones masivas a los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de la Masacre Plan de Sánchez, la Corte IDH reconoció como víctimas únicamente a aquellas que fueron identificadas como tales y por sus nombres, pero per-

2 Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2005.

3 Ibíd., párrafo 96.41.

4 Ver Acosta-López, Juana Inés y Amaya Villarreal, Alvaro Francisco, *Controversias procesales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* (Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana) 2009, pp. 102-104.

mitió que víctimas adicionales fueran identificadas dentro de los 24 meses siguientes al fallo.[5] A una conclusión similar llegó en el caso de la Masacre de Mapiripán, en el cual consideró que las víctimas mortales fueron al menos 49, a pesar de que estas personas no se encontraban individualizadas. Esto –por lo demás– muy seguramente se debió al reconocimiento de responsabilidad del propio Estado respecto del número aproximado de víctimas.[6]

Al momento de abordar las reparaciones, la Corte IDH "se vio imposibilitada para otorgar reparaciones materiales a favor de las víctimas indeterminadas, toda vez que materialmente carecía de datos que le permitieran calcular el daño material y por lo tanto la correspondiente reparación".[7] Por ello la Corte IDH ordenó al Estado, dentro de las medidas de reparación, que "individualizara e identificara a las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares".[8] El cumplimiento de esta medida de reparación ha estado a cargo del Mecanismo Oficial de Seguimiento del cumplimiento de las reparaciones ordenadas, cuya creación fue también ordenada en la sentencia y en el cual tienen participación los familiares de las víctimas y sus representantes.[9]

### 1.2. Los hechos de 2011: La aparición de supuestas falsas víctimas

En octubre de 2011, los medios de comunicación anunciaron ampliamente una noticia que cambiaría el rumbo del cumplimiento de la sentencia de la Masacre de Mapiripán: la declaración de una de las víctimas de la Masacre, la señora Mariela Contreras, quien no solo había sido identificada en la sentencia sino que había participado en la audiencia pública ante la Corte IDH como testigo dentro del proceso internacional. La señora Contreras declaró ante las autoridades en Colombia que ella realmente no era víctima de la ma-

5 Al respecto, la Corte IDH afirmó que "En lo que se refiere a las víctimas individualizadas en la sentencia dictada por la Corte el 29 de abril de 2004, o que fueron incluidas por primera vez en los anexos a los alegatos finales escritos de los representantes o en la prueba para mejor resolver, de acuerdo con el párrafo 48 de la citada Sentencia, sobre quienes los representantes no pudieron remitir los documentos idóneos para su identificación, este Tribunal dispone que la indemnización que les corresponda por el daño sufrido se ceñirá a los parámetros de las víctimas identificadas (*supra* párrs. 64 y 65), siempre que se presenten ante las autoridades competentes del Estado dentro de los veinticuatro meses siguientes a la fecha de notificación de esta Sentencia y aporten la información necesaria para su identificación". Ver Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala. Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 19 de noviembre 2004, párrafo 67.

6 Ver Corte IDH, op. cit. nota 2, párrafo 130.

7 Ver Acosta-López y Amaya Villarreal, op. cit., p. 103. Ver Corte IDH, op. cit., párrafo 247.

8 Ver Corte IDH, op. cit., párrafo 305.

9 Ibíd., párrafo 311. Actualmente existe discusión acerca de si este Mecanismo Oficial sigue estando vigente o no.

sacre pues su esposo muerto había sido en realidad asesinado por la guerrilla y sus dos hijos, declarados como desaparecidos, en realidad se encontraban vivos o habían permanecido en la guerrilla durante el tiempo de su presunta desaparición.[10] Según la víctima, ella había actuado de esta manera por recomendación de la organización no gubernamental que llevó el proceso ante la Corte IDH.[11]

Esto se sumó a que la Fiscalía General de la Nación de Colombia, en sus investigaciones, encontró que este no era el único caso de supuestas víctimas falsas dentro del caso de la Masacre de Mapiripán. En efecto, según declaraciones de la Fiscal General de la Nación en notas de prensa, una fiscal de Justicia y Paz que lleva el caso de las intervenciones de paramilitares al mando de Carlos Castaño en Casanare y Meta, constató que "ocurrieron seis homicidios en Mapiripán".[12] Estas cifras, sin embargo, no han podido ser comprobadas por las investigaciones internas.

### 1.3. ¿Existe un responsable?

Los sucesos de octubre de 2011 dieron lugar a una variedad de pronunciamientos por parte de distintos actores dentro del Estado: unos –entre ellos miembros del Gobierno y del Ministerio Público– culpaban a la organización no gubernamental representante de las víctimas de avalar la presentación de víctimas falsas y apropiarse de dineros sin justa causa;[13] otros acusaban a la Fiscalía[14] y a los agentes del Estado por supuesta negligencia en las investiga-

10 Ver, *El Tiempo*, "Estado pagó reparación por falsos muertos en Mapiripán", 25 de octubre de 2011, disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10637964.html

11 Ver, Caracol Radio, "Yo le dije al Colectivo de Abogados mi hijo está vivo, ellos dijeron deje así: víctima de masacre de Mapiripán", 27 de octubre de 2011, disponible en http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/yo-le-dije-al-colectivo-de-abogados-mi-hijo-esta-vivo-ellos-dijeron-deje-asi-victima-de-masacre-de-mapiripan/20111027/nota/ 1569116.aspx

12 Ver *El Tiempo*, "Investigan pago de $6 mil millones a falsas víctimas de Mapiripán", 27 de octubre de 2011, disponible en (http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10647446.html).

13 El Procurador General de Colombia señaló, por ejemplo, que esta era una conducta propia de bandas criminales encargadas de estafar al Estado (Ver ibíd.). Por su parte, el Presidente de la República, Juan Manuel Santos, señaló que la situación era aberrante y que era muy triste que "avivatos" engañaran de esa manera al sistema internacional de protección a los derechos humanos. (Ver *El Tiempo*, "Es aberrante situación que reveló la Fiscalía sobre Mapiripán: Santos", 27 de octubre de 2011. Disponible en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10650084.html).

14 Varias organizaciones no gubernamentales, entre ellas la organización representante de las víctimas en el caso, responsabilizaron a la Fiscalía por los sucesos (Ver, Movimiento Social Colombiano, Lecciones Frente al caso Mapiripán, disponible en http://movimiento-social-colombiano.over-blog.es/article-lecciones-frente-al-caso-mapiripan-88046879.html). Ver también *El Espectador*, "Fiscalía tenía

ciones penales y en la defensa internacional del caso;[15] un autor acusaba a la CIDH y a la Corte IDH por proferir un fallo con resultados contrarios a la realidad.[16] Algunos miembros de la sociedad civil, por su lado, manifestaron su preocupación de que estos sucesos minimizaran la gravedad de la masacre de Mapiripán, pues –sin importar el número de víctimas– los hechos ocurrieron y fueron responsabilidad del Estado.[17]

La CIDH, por su parte, profirió un Comunicado de Prensa en el cual señaló, entre otros: (i) que el Estado había reconocido su responsabilidad por los hechos ocurridos en la masacre, tal como fueron descritos por la Corte IDH en su sentencia; (ii) que, más allá de las declaraciones de los testigos, la reconstrucción de los hechos se basó principalmente en el acervo probatorio aportado por la propia Fiscalía General de la Nación de Colombia; (iii) que el testimonio de la Señora Mariela Contreras no había sido objetado por el Estado a lo largo del proceso internacional; (iv) que el Estado tiene el deber de investigar las graves violaciones a los derechos humanos; (v) reconoció la importante labor de los defensores de derechos humanos para el SIDH y (vi) afirmó que los presuntos fraudes deben ser debidamente investigados por el Estado colombiano.[18]

Consideramos que la CIDH adoptó una actitud de respuesta categórica ante los hechos, responsabilizando principalmente al Estado. Con independencia del grado de responsabilidad que en efecto puedan tener las instituciones del Estado y especialmente la Fiscalía General de la Nación en los hechos, faltó en la CIDH una actitud propositiva respecto de posibles acciones que podrían realizarse en el marco del propio SIDH para solucionar la situación. Si bien es cierto que posibles fraudes deben ser investigados por las autoridades en Colombia, también lo es que el SIDH no debería ser indiferente frente a esta situación, especialmente cuando hay una sentencia de la Corte IDH de por medio.

---

que identificar los cadáveres de Mapiripán", 26 de octubre de 2011. Disponible en: http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-307750-fiscalia-tenia-identificar-los-cadaveres-de-mapiripan

15 Ver por ejemplo, *El Colombiano* (Nieto Loaiza, Rafael). "Mapiripán o una infamia colectiva", 30 de octubre de 2011. Disponible en: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/M/mapiripan_o_una_infamia_colectiva/mapiripan_o_una_infamia_colectiva.asp

16 Ver por ejemplo *El Nuevo Siglo*, (Nieto Navia, Rafael). "¡A mí que me esculquen!", 8 de noviembre de 2011. Disponible en http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/11-2011-rafael-nieto-navia.html-0

17 Ver por ejemplo Peace Brigades International Colombia, "En Colombia sí hay víctimas: El movimiento social expresa su solidaridad", 3 de febrero de 2012, Disponible en: http://www.pbi-colombia.org/losproyectos/pbi-colombia/noticias-de-colombia/ultimas-noticias/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=3295&cHash=a9841d8f8fb864a6aeab1d70060e5c59

18 CIDH. Comunicado de Prensa en relación con hechos recientes en torno a la Masacre de Mapiripán en Colombia, 31 de octubre de 2011. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/114.asp

Frente a hechos como los ocurridos, antes que concentrarse en señalar a presuntos responsables de los hechos, el verdadero reto de los actores está en encontrar la falla del SIDH y de las instituciones estatales que debe ser corregida para que esta situación no se vuelva a presentar, y determinar el procedimiento más adecuado para solucionar el problema que ya es inevitable. En todo caso, como ya se sostuvo, en caso de existir responsables individuales (por posible falsedad en documento o presiones externas para dar declaraciones sobre supuestas víctimas falsas, por ejemplo), estas averiguaciones corresponden a Colombia, en el marco de su justicia ordinaria, para aportar a la búsqueda de una verdad completa sobre lo ocurrido, no solo por respeto al derecho a la justicia, sino también a las verdaderas víctimas de la masacre.

### 1.4. ¿Acción de revisión o resolución de supervisión del cumplimiento?

La discusión jurídica acerca de la vía más adecuada para solucionar la situación sobreviniente en el caso de la Masacre de Mapiripán resulta sumamente interesante. Debido a que ni en el Reglamento vigente al momento de dictarse la sentencia ni en el Reglamento actual de la Corte IDH hay un procedimiento claro frente a estas situaciones, resulta necesario diseñar el camino a seguir. Una posible primera vía jurídica es la interposición de un recurso de revisión de las sentencias. El recurso de revisión no está expresamente consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ni en el Estatuto o Reglamento de la Corte IDH.[19] Sin embargo, en una Resolución de la Corte IDH en el caso de Genie Lacayo, el Tribunal Internacional abrió la puerta para la posible procedencia de un recurso de esta naturaleza, que podría dar lugar a modificar conclusiones de un fallo proferido por el Tribunal Internacional, así:

> El recurso de revisión debe fundamentarse en hechos o situaciones relevantes desconocidas en el momento de dictarse la sentencia. De ahí que ella se puede impugnar de acuerdo a causales excepcionales, tales como las que se refieren a documentos ignorados al momento de dictarse el fallo, a la prueba documental, testimonial o confesional declarada falsa posteriormente en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; a la existencia de prevaricación, cohecho, violencia o fraude

19 Aunque el nuevo Reglamento de 2009 consagra un "recurso de rectificación" en su artículo 76, esta disposición se limita a corregir errores menores de edición o de cálculo, por lo cual no puede asimilarse a un recurso de revisión.

a los hechos cuya falsedad se demuestra posteriormente, como sería estar viva la persona que fue declarada desaparecida.[20]

En este sentido, un fallo de revisión por parte de la Corte IDH posibilitaría, en casos futuros, no solo una modificación en el capítulo de reparaciones de la sentencia, sino incluso cambios en los hechos, en la parte motiva y en los elementos de responsabilidad internacional del Estado. En un caso extremo, podría dar incluso lugar a un cambio radical en el sentido de la sentencia. Las autoras consideramos que una regulación de este recurso en los Reglamentos de los órganos del SIDH contribuiría enormemente al fortalecimiento de este.

Una segunda vía sería analizar esta situación sobreviniente en el marco del procedimiento de supervisión al cumplimiento de la sentencia. Debido a que la Corte IDH ha considerado que un asunto contencioso presentado ante esta no concluye sino hasta tanto el fallo se cumpla en su totalidad,[21] el Tribunal conserva su competencia para intervenir y decidir en todos aquellos asuntos que sean necesarios para la plena eficacia del fallo.[22] La Corte IDH le ha otorgado progresiva importancia a esta fase de supervisión, al punto de que su reciente práctica de realizar audiencias privadas de supervisión con los Estados y los beneficiarios de la reparación fue consignada expresamente en el último reglamento.[23] El Reglamento de 2009 incluso consideró que es posible presentar escritos de amicus curiae en el marco de estos procesos de supervisión de cumplimiento de sentencias.[24] La Corte IDH ha modificado parcialmente algunas de sus medidas de reparación a través de resoluciones

20 Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs Nicaragua. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997 Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costa, párrafo 12. Ver también Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2003. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 15 ."Esta Corte ha señalado igualmente que es admisible el recurso de revisión en casos excepcionales, cuando un hecho, conocido luego de emitida la sentencia, afecte lo decidido, o demuestre un vicio sustancial de ésta".

21 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 17 de agosto de 1990; Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 17 de agosto de 1990.

22 Corte IDH, Caso El Amparo vs Venezuela. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Consideración No. "1. Que contribuye a la transparencia de los actos de este Tribunal, esclarecer, cuando estime procedente, el contenido y alcance de sus sentencias y disipar cualquier duda sobre las mismas, sin que puedan ser opuestas a tal propósito consideraciones de mera forma".

23 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 69.3

24 Ibíd. Artículo 44.4

de supervisión de cumplimiento de sentencias;[25] sin embargo, este mecanismo no permitiría modificar el texto de la sentencia de fondo, ni mucho menos los hechos probados o los elementos de la responsabilidad internacional del Estado. Así, las posibles modificaciones tendrían efecto únicamente en el capítulo de reparaciones.

El Estado pareció optar por una opción intermedia: solicitó una audiencia privada en el marco de la supervisión del cumplimiento de la sentencia y, en el marco de dicha audiencia, celebrada el 23 de noviembre de 2011, invocó el recurso de revisión. Luego de la celebración de la audiencia pública ante la Corte IDH, el Tribunal concedió un tiempo al Estado para presentar las pruebas y sustentar su recurso. El Estado presentó su escrito el 24 de febrero de 2012; actualmente la Corte IDH se encuentra estudiando el documento. Posiblemente a mitad de año se tenga una decisión final sobre el tema.

Independientemente de cuál sea la vía jurídica más adecuada, ¿cuál debería ser la posición de la CIDH dentro de esta discusión? Si bien dentro del litigio la CIDH tenía, entre otras, la función principal de protección de las víctimas del caso, parecería que, a la luz del nuevo Reglamento y frente a una situación de esta naturaleza, su posición también debería ser de protección del orden público interamericano[26] y no solamente o per se de la protección a las presuntas víctimas. Una de las discusiones motivadas por esta nueva situación se refiere justamente a quiénes son las víctimas. Si bien "el concepto de orden público interamericano es vago",[27] coincidimos con Medina Quiroga en que el concepto implica que la CIDH debe analizar los asuntos de una manera que trascienda el caso en particular.[28]

En este sentido, como lo planteamos líneas arriba, en relación con los sucesos del caso de la Masacre de Mapiripán, esto implicaría estudiar las fallas estructurales que deben corregirse al margen de los hechos concretos del caso y contribuir para que –sea a través del recurso de revisión o a través de la supervisión de cumplimiento de la sentencia– no solo las

25 Ver, por ejemplo, Acosta, Juana y Bravo Diana, "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la experiencia colombiana", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Inernacional*, 13, 2008, pp. 323-362.

26 Este concepto adquiere especial fuerza en el papel de la CIDH en el marco del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

27 Medina, Cecilia, "Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte", en *Anuario de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile) 2011, p. 123

28 Ibíd.

fallas queden evidenciadas sino que la intervención de la CIDH permita identificar acciones puntuales y necesarias por parte de los actores para darle una solución integral a este tipo de inconvenientes. Sin duda, este caso representa un aprendizaje para todos los involucrados. Seguramente el nuevo Reglamento de la Corte IDH, los debates actuales sobre fortalecimiento del SIDH y la decisión que la Corte IDH adopte en el caso de Mapiripán, representan oportunidades invaluables para que hechos como estos no se vuelvan a repetir.

## 2. El Caso El Universo: La Visibilización del Ecuador en el Sistema Interamericano y la Pugna por Debilitar los Órganos del Sistema

A contrario del caso colombiano, la situación del caso "El Universo" de Ecuador no se presta a una lectura de fortalecimiento constructivo, sino de oposición derechamente confrontativa al Sistema. En febrero de 2012, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ratificó la que seguramente es la condena penal más polémica en la historia de ese país: tres años de prisión y cuarenta millones de dólares por daño moral contra un periodista, tres directores y la persona jurídica del Diario El Universo, tras la publicación de un editorial que, según el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, constituyó una afrenta a su honor. La instauración del proceso y las decisiones de los tribunales internos de Ecuador fueron criticadas en los ámbitos nacional e internacional por su impacto negativo en el ejercicio del derecho a la libre expresión.

En esta sección se mostrará la incidencia de las actuaciones de la CIDH en el caso "El Universo", tanto en su desarrollo y desenlace en el ámbito interno, como en la formación de una nueva política exterior basada en el descrédito a los órganos del Sistema y en la búsqueda de mecanismos políticos para debilitar a sus órganos y reducir su incidencia en la región. La sección describirá i) la creciente atención de los órganos del Sistema en el Ecuador con respecto al derecho a la libertad de expresión; ii) una reseña del proceso penal en el caso "El Universo", iii) las gestiones de los órganos del Sistema con relación al caso y las reacciones del Estado de Ecuador ante ellas y iv) conclusiones acerca del nivel de influencia que los órganos del Sistema Interamericano tuvieron en el desenlace del caso.

### 2.1. La creciente atención de la CIDH al Ecuador y el deterioro del derecho a la libertad de expresión

En años recientes, la situación del derecho a la libertad de expresión en Ecuador ha sido objeto de un monitoreo más minucioso por parte de la CIDH, en especial de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE).[29] A partir de 2010, la CIDH ha mantenido tres audiencias públicas de índole temática para analizar la situación del derecho a la libertad de expresión en el Ecuador,[30] siendo la primera vez que este organismo da seguimiento regular a un tema especial en materia de derechos humanos en este país.

Además de ello, la RELE ha emitido varios comunicados de prensa deplorando hechos puntuales que pusieron en riesgo el ejercicio del derecho a la libre expresión en el Ecuador. Entre 2009 y 2012, se han emitido once comunicados de prensa,[31] una cifra elevada si se considera que, entre 2000 a 2008, la RELE solo emitió un comunicado referente a Ecuador, que no trataba sobre una posible violación al derecho a la libre expresión, sino sobre la valoración positiva de la adopción de una Ley de Transparencia en la Información Pública en ese país.[32] Lo anterior evidencia que, ante los ojos de los órganos del SIDH, existe un deterioro notable en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el Ecuador. En el marco de este análisis, la CIDH y la RELE han deplorado agresiones contra periodistas,[33] la existencia y aplicación de normas penales para la protección del honor de funcionarios públicos[34] y, más recien-

---

29 La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) es una oficina temática dentro de la CIDH que tiene como mandato la protección y promoción del derecho a la libre expresión en la Región. La RELE fue creada en 1997 como una oficina permanente e independiente que actúa dentro del marco y con el apoyo de la CIDH en la defensa hemisférica del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión dentro del sistema interamericano de derechos humanos. A diferencia del resto de relatorías temáticas, la RELE cuenta con un Relator Especial que trabaja permanentemente en la sede de la CIDH, con lo cual su presencia y nivel de influencia es relativamente importante. Para más información del funcionamiento de la RELE, visitar: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=52&lID=2.

30 CIDH. Audiencia sobre la Situación de la Libertad de Expresión en el Ecuador. Llevada a cabo en el marco del 140° Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, 29 de octubre de 2010. Audiencia sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Ecuador. Llevada a cabo en el marco del 143° Período Ordinario de Sesiones, 25 de octubre de 2011.

31 La RELE emitió tres comunicados en 2009, tres en 2010, cuatro en el 2011 y uno en 2012.

32 De 2000 a 2003 no se emitió ningún comunicado sobre Ecuador. En 2004 se emitió un comunicado felicitando al Ecuador por la adopción de la Ley de Transparencia y, desde 2005 hasta 2008, no se emitió ningún comunicado.

33 Ver, por ejemplo, CIDH, Comunicado de Prensa 88/09. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa preocupación por ataque a periodistas de Teleamazonas en Ecuador, 31 de diciembre de 2009.

34 Ver CIDH, Comunicado de Prensa R32/11. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa

temente, procesos penales seguidos contra periodistas y directivos de medios de comunicación críticos al gobierno.[35]

Dentro de este último tema, la actuación de la CIDH, a través de la RELE, influyó notablemente en el desarrollo del caso conocido como "El Universo", un proceso penal seguido por el Presidente de la República contra un director editorial y directivos de un medio impreso privado y de oposición por la publicación de un artículo de opinión que cuestionaba duramente las decisiones adoptadas por el Ejecutivo durante un levantamiento policial en 2010.[36]

### 2.2. Cronología del proceso penal contra el periodista y directivos del diario El Universo

En febrero de 2011, el entonces director de opinión del diario El Universo, Emilio Palacio, publicó una nota editorial titulada "No a las mentiras"[37] en la cual criticó las decisiones adoptadas por el Presidente de la República, Rafael Correa, durante el levantamiento policial del 30 de septiembre de 2010. En particular, Palacio advirtió, inter alia, que,

> [...] en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo (de Correa), podría llevarlo ante una corte penal por haber ordenado fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente. Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben.[38]

---

preocupación por la existencia y uso de normas penales de desacato contra personas que han expresado críticas contra dignatarios públicos en Ecuador, 15 de abril de 2011.

35 Ver, CIDH, Comunicado de Prensa R51-09. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa su profunda preocupación por la condena penal emitida contra Milton Nelson Chacaguasay, editor y director del semanario La Verdad de la provincia de El Oro, Ecuador, y por la orden de prisión efectiva decretada por el juez de la causa, 21 de julio de 2009.

36 El 30 de septiembre de 2010 un grupo de miembros de la Policía Nacional protestaban públicamente demandando mejoras salariales. El Presidente Correa acudió a un cuartel en Quito para dialogar con ellos, pero el incidente escaló y tuvo que refugiarse en un hospital ubicado en las inmediaciones. Luego alegó estar secuestrado en el hospital por los insurrectos y advirtió la existencia de un intento de golpe de Estado. A la noche, se desplegó un operativo militar para rescatar al Presidente, en el que hubo intercambios de balas con miembros de la policía. A medianoche, Correa había sido liberado.

37 Ver *El Universo*, "No a las mentiras", 6 de febrero de 2011. http://www.eluniverso.com/2011/02/06/1/1363/mentiras.html..

38 Palacio sugiere que el Presidente ordenó abrir fuego a discreción, por lo que podría eventualmente ser juzgado por crímenes de lesa humanidad. Si bien no hay certeza con respecto a la existencia de una orden directa del Presidente de abrir fuego, Palacio basa esta afirmación en el hecho de que este funge también como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas.

El 22 de marzo de 2011, el presidente Correa interpuso una querella penal a título personal y como ciudadano común contra el editor Emilio Palacio; contra los señores César, Nicolás y Carlos Pérez, directivos del Diario; y contra la Compañía Anónima "El Universo", por la publicación de la mencionada editorial. En su escrito de demanda, Correa los acusó del delito de calumnias e injurias, y alegó sufrir un daño grave a su honra, al ser acusado de cometer crímenes de lesa humanidad.[39] En aplicación del artículo 489 del Código Penal,[40] Correa solicitó la pena privativa de la libertad de tres años para Palacio y para los señores Pérez, y, como medida de reparación, la suma sin precedentes de cincuenta millones de dólares a Emilio Palacio y los directivos de El Universo,[41] y otros treinta millones de dólares a la compañía anónima "El Universo".[42]

En julio de 2011, un juez temporal dictó sentencia contra los querellados, disponiendo la pena privativa de la libertad por tres años y el pago de 30 millones de dólares contra Palacio y los señores Pérez. Además, condenó a la compañía El Universo al pago de 10 millones de dólares a favor de Rafael Correa.[43] En apelación, la Segunda Sala de lo Penal del Guayas ratificó la sentencia venida en grado con una votación de dos a uno por parte de los magistrados.[44] La sentencia fue apelada nuevamente y, en febrero de 2012, la Corte Nacional de Justica (en adelante CNJ), ratificó la sentencia contra Palacio, los señores Pérez y la Compañía a Anónima El Universo.[45] La sentencia fue leída públicamente. Sin embargo, ninguno de los condenados fue notificado con el escrito de la misma, el cual nunca llegó a publicarse.

39 Ver, *El Universo*, "Rafael Correa contra El Universo. Hitos del proceso. Correa demanda a este diario y a sus directivos", 29 de marzo de 2011. http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/03/29/correa-demanda-a-este-diario-y-sus-directivos/.

40 Art. 489. La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.

41 En sus escritos, Correa alegó que los señores Pérez eran autores "coadyuvantes" del delito de calumnias e injurias al permitir la publicación del editorial "No a las mentiras".

42 Ver, *El Universo*, "Escrito de la querella presentada por Rafael Correa contra El Universo ante el Juzgado 15° de Garantías Penales del Guayas". http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/demanda-contra-diario-eluniverso/ .

43 Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, sentencia No. 457-2011 Guayaquil, 20 de julio de 2011.

44 Corte Provincial de Justicia del Guayas. Segunda Sala de lo Penal, Colusiorios y Tránsito. Decisión 252-2011 de 23 de septiembre de 2011.

45 Si bien el fallo no fue publicado, la decisión de la CNJ fue comunicada oralmente a las partes al finalizar la audiencia de casación de 15 de febrero de 2012.

Quince días después de la ratificación del fallo de la CNJ, el Presidente Correa anunció públicamente que otorgaría "un perdón sin olvido" a los señores Pérez y a Emilio Palacio.[46] El 28 de febrero de 2012, tras la presentación de un escrito de remisión por parte de los abogados del Presidente Correa, la Sala Penal de la CNJ archivó definitivamente el proceso.[47]

Como consecuencia del proceso penal, Emilio Palacio buscó asilo en los Estados Unidos,[48] mientras que a Carlos Pérez se le concedió asilo en Panamá. El proceso fue cuestionado al existir denuncias sobre la supuesta elaboración de la sentencia de primera instancia por parte de los abogados de Correa,[49] y se caracterizó por un despliegue sin precedentes de mecanismos estatales de información para difundir la posición del Presidente en un proceso que, según indicó, era de índole privado.[50]

En el ámbito internacional, el proceso penal y la condena fueron sumamente criticados. Medios de prensa escritos de la región manifestaron su solidaridad con los directores y el director de opinión de El Universo, reproduciendo el artículo de Palacio.[51] Además, líderes regionales cuestionaron el fallo

46 Ver, *Diario Expreso*, "Correa anuncia un perdón sin olvido a casos El Universo y Gran Hermano" 27 de febrero de 2010. http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=3021345&idcat=19308&tipo=2. Ver también, *El Telégrafo*, "Jamás permitiremos otra hoguera bárbara". 27 de febrero de 2010. http://www.telegrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=30916&Itemid=2.

47 Ver, *Ecuavisa.com*, "Caso El Universo ya se encuentra archivado en la Sala Penal", 28 de febrero de 2012. http://www.ecuavisa.com/noticias/noticias-actualidad/46294-caso-el-universo-ya-se-encuentra-archivado-en-la-sala-penal-de-la-cnj.html Ver también, *Diario Hoy*, "Corte Nacional de Justicia archiva caso contra El Universo", 28 de febrero de 2012. http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/corte-nacional-de-justicia-archiva-caso-contra-diario-el-universo-536414.html.

48 Ver, *El Telégrafo*, "Emilio Palacio busca asilo en los Estados Unidos", 8 de febrero de 2012. http://www.telegrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=29138&Itemid=2. Ver también, Univisión.com, "Emilio Palacio, periodista condenado en Ecuador, pidió asilo en los Estados Unidos", 8 de febrero de 2012. http://noticias.univision.com/america-latina/ecuador/article/2012-02-08/periodista-ecuatoriano-pidio-asilo-estados-unidos#axzz1rNqBZVkl.

49 Ver, *Diario Hoy*, "Sentencia de El Universo habría sido redactada por abogados del Presidente", 15 de septiembre de 2011. http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/sentencia-de-el-universo-habria-sido-redactada-por-el-abogado-del-presidente-521531.html

50 En el ámbito nacional, se ha criticado que en un proceso que supuestamente era de carácter personal se hayan utilizado recursos públicos y hayan participado, de manera indirecta, funcionarios del gobierno. Ver, *El Universo*, "Lo público-personal", 5 de marzo de 2012. http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2012/03/05/lo-publico-personal/

51 Ver, *El Universo*, "En solidaridad, artículo 'condenado' se reprodujo en diarios de la región", 24 de febrero de 2012. http://www.eluniverso.com/2012/02/24/1/1355/solidaridad-articulo-condenado-reprodujo-diarios-region.html. AEDEP, "Artículo de Palacio, en 8 países", 23 de febrero de 2012. http://www.aedep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=189:articulo-de-palacio-en-ocho-paises-mas-&catid=1:recientes...

como un atentado contra la democracia[52] y organizaciones no gubernamentales de protección de derechos humanos deploraron la sentencia por atentar contra el derecho a la libertad de expresión.[53]

### 2.3. La respuesta de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH y su impacto en la posición del Estado con respecto a los órganos del SIDH

La RELE se manifestó a favor de la libertad de expresión durante todo el proceso penal seguido contra Palacio, los señores Pérez y la Compañía Anónima El Universo. Así, en abril de 2011 llamó la atención al Estado por la utilización de tipos penales de calumnias e injurias para proteger el honor de funcionarios públicos en cuestiones relativas al ejercicio de sus funciones en el contexto del caso de "El Universo" y recomendó "adecuar su ordenamiento y prácticas internas a la doctrina y jurisprudencia vigentes en materia de libertad de expresión del sistema interamericano de protección de derechos humanos".[54] La Relatora Especial recordó que el artículo 13 de la CADH protege incluso aquel discurso que ofende, critica y perturba, en particular, cuando se trata de asuntos de interés público.[55] Asimismo, reiteró que la jurisprudencia interamericana en materia de libertad de expresión ha consagrado el principio de protección a la crítica contra funcionarios públicos, quienes, por la naturaleza de sus funciones, se han sometido a un nivel mayor de escrutinio por parte de la prensa y la sociedad en general.[56]

En julio de 2011, la Relatoría manifestó su preocupación por la sentencia emitida en primera instancia en el caso.[57] En septiembre del mismo año,

52 Ver, *El Comercio*, "Ex mandatarios cuestionan a Rafael Correa", 25 de febrero de 2012. http://www.elcomercio.com/politica/Ex-mandatarios-cuestionan-Rafael-Correa_0_652134991.html.

53 Ver, Comité Para la Protección de Periodistas, "Sentencia contra El Universo sienta precedente peligroso para la región", 16 de febrero de 2012. . http://cpj.org/es/2012/02/sentencia-contra-el-universo-sienta-precedente-pel.php. Article XIX, "Ecuador: Punitive sentence issued in El Universo case violates freedom of expression", Febrero 16, 2012. http://www.article19.org/resources.php/resource/2967/en/ecuador:-punitive-sentences-issued-in-el-universo-case-violate-freedom-of-expression. IFEX, "ALC preocupada por una serie de gravísimos hechos que deterioran y ponen en peligro libertades fundamentales", 17 de febrero 2012. http://www.ipys.org/alerta/1122.

54 CIDH, Comunicado de Prensa R32/11. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa su preocupación por la existencia y uso de normas penales de desacato contra personas que han expresado críticas contra dignatarios públicos en Ecuador, 15 de abril de 2011. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=837&lID=2.

55 Ibíd.

56 Ibíd.

57 CIDH, Comunicado de Prensa R72/11. Relatoría Especial manifiesta su profunda preocupación por la condena contra periodista, directivo y medio de comunicación en Ecuador, 21 de julio de 2011.

reiteró su posición con motivo de la ratificación de la sentencia en segunda instancia.[58] En octubre de 2011, en el marco del 143° Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, se llevó a cabo la tercera audiencia pública sobre el estado del derecho a la libertad de expresión en Ecuador,[59] en la que se trató, entre otros temas, la situación del caso "El Universo". En diciembre de ese año deploró el fallo de última instancia mediante el cual se condenó a Palacio.[60] En febrero de 2012, los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de la OEA y las Naciones Unidas emitieron un comunicado conjunto manifestando su preocupación por la decisión de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador que confirmó la sentencia en contra de los tres directivos y el periodista del diario El Universo.[61]

Durante el transcurso del proceso penal, la Relatora Especial solicitó al Estado información sobre el caso en noviembre de 2011[62] y, en febrero de 2012, otorgó medidas cautelares a favor de Emilio Palacio, y Nicolás, Carlos y César Pérez, solicitando al Gobierno de Ecuador que "suspenda de inmediato los efectos de la sentencia del 15 de febrero de 2012, a fin de garantizar el derecho a la libertad de expresión".[63] Las medidas fueron levantadas el 9 de marzo de 2012 a raíz del perdón concedido por el Presidente Correa y el respectivo archivo de la causa. Actualmente, los señores Pérez y el periodista Palacio han presentado una petición ante la CIDH, la cual se encuentra en trámite y pendiente de ser admitida.[64]

Ante ello, el Presidente Correa y algunos altos funcionarios de su gobierno iniciaron una dura campaña de descrédito al trabajo de la Relatora Especial,

58 CIDH, Comunicado de Prensa R104/11. Relatoría Especial manifiesta su preocupación por la ratificación de condena en contra de periodista, directivos y medio de comunicación en Ecuador, 21 de septiembre de 2011.

59 Ver *El Universo*, "Audiencia de la CIDH analizará libertad de expresión", 25 de octubre de 2011. http:www.eluniverso.com/2011/10/25/1/1355/audiencia-cidh-washington-analizara-libertad-expresion.html.

60 CIDH, Comunicado de Prensa R134/11. Relatoría Especial manifiesta preocupación por condena a periodista en Ecuador, 27 de diciembre de 2011.

61 CIDH, Comunicado de Prensa R20/12. Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de la ONU y la OEA manifiestan su profunda preocupación por la ratificación de la condena contra periodistas en Ecuador, 16 de febrero de 2012.

62 Ver, *El Universo*, "CIDH pide informes para analizar pedido de medidas cautelares", 11 de noviembre de 2011. http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/11/11/cidh-pide-informes-para-analizar-solicitud-de-medidas-cautelares/.

63 CIDH, MC 406/11. Emilio Palacio, Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Pérez Barriga y César Pérez Barriga. 21 de febrero de 2011.

64 De acuerdo a la información emitida por la CIDH, la petición está signada con el número P-1436/11.

Catalina Botero, y a la CIDH.[65] Así, Correa ha sugerido que la Relatora trabaja de manera parcializada favoreciendo a organizaciones de la sociedad civil de Ecuador[66] y ha alegado que "mantiene relaciones comerciales" con ellos.[67] Por su parte, el Canciller del Ecuador ha indicado que la CIDH es un órgano "inquisidor y limitado",[68] y ha cuestionado su legitimidad porque, según su criterio, "responde a los intereses de los Estados Unidos".[69] En general, cualquier actuación de la CIDH o la RELE ha sido catalogada por el Estado como una injerencia en sus asuntos internos.[70]

En la cúspide de la tensión, Ecuador y Venezuela (Estado que también ha sido objeto de un profundo escrutinio por el SIDH en materia de libertad de expresión) presentaron ante el Consejo Permanente de la OEA un proyecto de reformas al SIDH.[71] Las propuestas limitan la facultad de la RELE de publicar un informe anual separado del emitido por la CIDH, unifican los presupuestos asignados a las Relatorías, con lo cual el presupuesto de la RELE se vería disminuido, e, irónicamente, limitan la capacidad del Relator Especial para emitir comunicados de prensa.[72] Organizaciones de la sociedad civil protes-

65 Ver, *Diario Hoy*, "Presidente de Ecuador cuestiona a Relatora Especial para la Libertad de Expresión", 6 de diciembre de 2011. http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-de-ecuador-cuestiona-a-relatora-para-libertad-de-expresion-de-oea-519289.html.

66 Ver, *El Comercio*, "Rafael Correa reiteró hoy críticas a relatora de la OEA para libertad de expresión", 10 de diciembre de 2011. http://www.elcomercio.com/politica/Rafael-Correa-OEA-libertad-expresion_0_606539358.html *El Telégrafo*, "El Ejecutivo denuncia que Catalina Botero viola el Estatuto de la CIDH", 12 de diciembre de 2011. http://www.eltelegrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=23440&Itemid=2.

67 Correa se refirió a la existencia de convenios suscritos entre la Relatoría y Fundamedios para la realización de actividades educativas y de promoción de derechos humanos. Ver, Ecuador Inmediato, "Gobierno de Ecuador exhibe contratos de Catalina Botero con Fundamedios", 10 de diciembre de 2011. http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user view&id=163211&umt=gobierno_de_ecuador_exhibe_contratos_de_catalina_botero_con_fundamedios.

68 Ver, *El Telégrafo*, "Rafael Correa reiteró críticas a Relatora de la OEA para Libertad de Expresión", 10 de diciembre de 2011. http://www.telegrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=34260&Itemid=2.

69 Teleamazonas.com, "CIDH niega acusaciones de Cancillería Ecuatoriana sobre actuación irregular", 30 de marzo de 2012. http://www.teleamazonas.com/index.php?option=com_content&view=article&id=22932:cidh-niega-acusaciones-de-cancilleria-ecuatoriana-sobre-actuacion-irregular-&catid=50:noticias-nacionales&Itemid=53.

70 Ver, Kight Center For Journalism in the Americas. Ecuador pide a Comisión Interamericana no interferir en sus asuntos internos, 17 de abril de 2011. http://knightcenter.utexas.edu/es/blog/ecuador-pide-comision-interamericana-de-derechos-humanos-no-interferir-en-sus-asuntos-internos.

71 http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp. Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH.

72 Ibíd.

taron por la propuesta, que consideraron como un intento de debilitar a la CIDH y a la RELE.[73] El proyecto fue aprobado por el Consejo Permanente pero no tiene una naturaleza vinculante para la CIDH.[74]

Con respecto a las medidas cautelares otorgadas en febrero de 2012, el gobierno ecuatoriano manifestó públicamente su intención de no acatarlas por ser "un disparate",[75] al cual responderían "como es debido", pues evidenciaba "la necesidad de un nuevo Sistema Interamericano".[76] Además, se señaló que las medidas eran improcedentes al no configurarse los requisitos de gravedad y urgencia establecidos en el Reglamento de la CIDH.[77]

Finalmente, en un controversial incidente en el marco del 145° Período Ordinario de Sesiones, una delegación del Ecuador acudió a "pedir explicaciones a la CIDH por su manejo del caso de El Universo".[78] Ante la imposibilidad de tratar casos concretos sin la presencia de los peticionarios y debido la insistencia del Estado en referirse a ese caso contrariando la reglamentación de la CIDH, la CIDH emitió un comunicado de prensa lamentando el incidente y aclarando el malentendido.[79] Al respecto, el Presidente Correa advirtió que a la CIDH "les vamos a pedir cuentas por las barbaridades que hicieron por uno de los 12.000 juicios de injurias, ya no en contra de un ciudadano común sino

73 Ver, IFEX, "Atacan a Relator para la Libertad de Expresión", 11 de enero de 2012. http://www.ifex.org/americas/2012/01/11/oas_rapporteur_under_attack/es/. Ver también, Knight Center For Journalism in the Americas. Arremetida del gobierno ecuatoriano pone en riesgo la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, 27 de enero de 2012. http://knightcenter.utexas.edu/es/blog/arremetida-del-gobierno-ecuatoriano-pone-en-riesgo-la-relatoria-para-la-libertad-de-expresion-d . Comité Para la Protección de Periodistas, Insulza debe repudiar ataques contra la CIDH, 18 de enero de 2012. http://cpj.org/es/2012/01/18-de-enero-de-2012.php.

74 Ver, *Diario Hoy*, "OEA acoge modificaciones a la CIDH a pesar de la crítica", 26 de enero de 2012. http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/oea-acoge-modificaciones-a-la-cidh-pese-a-las-criticas-530846.html.

75 Ver, *Diario ABC.com*, "Correa tilda de disparate a las medidas otorgadas por la CIDH", 22 de febrero de 2012. http://www.abc.com.py/internacionales/correa-tilda-de--disparate--medidas-cautelares-de-cidh-sobre-caso-el-universo-369246.html.

76 Ver, *El Ciudadano*, "Pronunciamiento de la CIDH reafirma necesidad de un nuevo Sistema Interamericano, Correa", 22 de febrero de 2012. http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=30890:pronunciamiento-de-la-cidh-reafirma-necesidad-de-un-nuevo-sistema-interamericano-correa&catid=40:actualidad&Itemid=63.

77 Ver, *El Ciudadano*, "Procurador ecuatoriano solicita a la CIDH más rigurosidad en la entrega de medidas cautelares", 29 de marzo de 2012. http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=31606:procurador-ecuatoriano-solicita-a-la-cidh-mayor-rigurosidad-en-entrega-de-medidas-cautelares-&catid=40:actualidad&Itemid=63.

78 Ver, *El Comercio*, "Patiño irá a la CIDH a pedir explicaciones por el caso El Universo", 27 de marzo de 2003. http://www.elcomercio.com/politica/Patino-CIDH-pedir-explicacion-Universo_0_671333076.html. Patiño.

79 CIDH, Comunicado de Prensa N°35/12. CIDH recibió a delegación del Estado de Ecuador, 29 de marzo de 2012.

de los dueños de un periódico".[80] A pesar de ello, el Estado invitó de manera informal a la CIDH a visitar el Ecuador en numerosas ocasiones. La CIDH espera que el Estado formalice esta visita.[81]

### 2.4. ¿Fue el perdón presidencial un triunfo de las gestiones de cabildeo de los órganos del SIDH?

El 27 de febrero de 2012, apenas seis días después de que la CIDH concediera las medidas cautelares en el caso "El Universo", el Presidente Correa anunció en una rueda de prensa que concedía "un perdón sin olvido" a los acusados en el caso "El Universo".[82] Correa enfatizó que su decisión no constituía un acatamiento de la solicitud de medidas cautelares de la CIDH y celebró que se hubieran cumplido los objetivos perseguidos, entre los cuales estaba "lograr que los ciudadanos de Ecuador superen el miedo a esa prensa que actúa de manera corrupta y abusiva. Se demostró que se puede enjuiciar y vencer al abuso del poder mediático".[83]

Si bien la sociedad civil recibió con alivio el perdón de Correa,[84] la tónica del discurso del Presidente y las múltiples declaraciones de varios funcionarios públicos evidencian la profunda polarización creada entre gobierno ecuatoriano y los órganos de protección de derechos humanos del SIDH a raíz del caso "El Universo".

La gestión rápida de la CIDH y la RELE en responder a una situación que causó indignación mundial tuvo como consecuencia una arremetida política de parte de Ecuador y otros Estados tradicionalmente sancionados por los órganos del Sistema, cuyos resultados podrían socavar su capacidad de promover y proteger los derechos humanos en la región en el futuro.

---

80 Ver, *Ecuador en Vivo*, "Correa: A la CIDH se le acabó la fiesta. Aquí van a encontrar soberanía", 31 de marzo de 2012. http://www.ecuadorenvivo.com/20120331889ll/politica/correa-_a_la_cidh_se_le_acabo_la_fiesta_-aqui_van_a_encontrar_soberania_.html.

81 Ver, *Noticias24*, "Análisis EFE: CIDH cierra un período de sesiones marcado por las críticas de Ecuador y Venezuela", 31 de marzo de 2012. http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/99977/analisis-efe-cidh-cierra-un-periodo-sesiones-marcado-por-criticas-de-ecuador-y-venezuela/.

82 Ver, *El Expreso*, "Correa anuncia un perdón sin olvido a casos El Universo y Gran Hermano", 27 de febrero de 2010. http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=3021345&idcat=19308&tipo=2. Ver también, *El Telégrafo*, "Jamás permitiremos otra hoguera bárbara", 27 de febrero de 2010. http://www.telegrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=30916&Itemid=2

83 Ibíd.

84 Comité Para la Protección de Periodistas, "Más allá del perdón, Correa provoca un profundo daño a la prensa", 27 de febrero de 2012. http://cpj.org/es/2012/02/mas-alla-del-perdon-correa-provoca-dano-profundo-a.php. Ver también, Sociedad Interamericana de Prensa, SIP reconoce gesto de presidente Correa, pero advierte que permanece el precedente anti libertad de prensa, 27 de febrero de 2012. http://www.sipiapa.org/v4/comunicados_de_prensa.php?seccion=detalles&id=4686&idioma=sp.
*Alejandra Otero Ruiz

No obstante, la cronología de los hechos expuestos sugieren que, al menos de una manera indirecta, las gestiones de cabildeo de la CIDH y la RELE tienen el poder de crear conciencia a nivel regional sobre una situación en un Estado Parte que pudiera violentar derechos fundamentales consagrados en la CADH. La visibilización del caso "El Universo", lograda gracias al monitoreo permanente de los órganos del SIDH y su constante reproche a las acciones del poder público que podían menoscabar el ejercicio del derecho a la libre expresión, dio origen a una campaña mundial y regional de apoyo a Emilio Palacio, los señores Pérez y el diario El Universo. Esta campaña concluyó con la orden de archivo de un controvertido proceso que podría haber sentado un nefasto precedente regional en la materia. A pesar de que el gobierno ecuatoriano reiteró que su iniciativa no respondía a acatar los requerimientos de la CIDH y de la RELE, las consecuencias del "perdón sin olvido" otorgado por el Presidente tuvieron, en la práctica, los mismos efectos que un cumplimiento sobre un requerimiento de otorgar medidas cautelares, con lo cual la gestión de los órganos del SIDH, en cuanto a la prevención de actos violatorios de derechos humanos, fue exitosa en este caso, más allá de que no haya logrado incidir de manera general en la política estatal del Ecuador en materia de libertad de expresión y su tensa relación con la prensa.

## 3. El caso Belo Monte y el debate sobre la obligatoriedad de las disposiciones de la Comisión Interamericana

En abril de 2011, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu, ubicado en el estado de Pará (Brasil), con ocasión de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte. Las medidas ordenaron la suspensión de cualquier obra asociada al proyecto hasta que no se realizara la consulta a las comunidades indígenas solicitantes. La obligatoriedad de la decisión fue desconocida por el Estado brasileño, lo que llamó la atención de la comunidad internacional y abrió un debate sobre la competencia de la CIDH con respecto a las medidas cautelares.

No es objeto de esta sección definir: i) si la consulta es adecuada o no como medida cautelar (seguramente si ella se hace a tiempo y de acuerdo a los estándares internacionales, logrará evitar daños irreparables a la vida e integridad de grupos indígenas, que, como ha precisado la Corte IDH, deben ser consultados en aras precisamente de resguardar su vida y subsistencia en virtud de la especial relación que tienen con el territorio en el que habitan); ii)

si, como decidió la CIDH después de la controversia, ordenar una consulta y suspender un proyecto mediante una medida cautelar constituye un pronunciamiento de fondo (creemos que cuando está en riesgo la vida y subsistencia de un grupo, posiblemente seguir adelante con las obras efectivamente puede afectarles de manera irreparable), ó iii) si las medidas deben operar una vez que se hayan agotado los recursos del ordenamiento interno, caso en el cual ya no tendrían utilidad porque seguramente, con ello como requisito, se ocasionó la afectación que busca evitar.

### 3.1. El objeto de las medidas cautelares

El 1 de abril de 2011, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de las comunidades indígenas[85] de la cuenca del río Xingu, ubicado en el estado de Pará (Brasil), con ocasión de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte. De acuerdo con la CIDH:

> La solicitud de medida cautelar alega que la vida e integridad personal de los beneficiarios estaría en riesgo por el impacto de la construcción de la usina hidroeléctrica Belo Monte. **La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte** e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las siguientes condiciones mínimas: (1) **realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasi**l [...]; (2) **garantizar que**, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, **las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible**, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos; (3) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, [...].[86]

85 Las comunidades indígenas protegidas con la medida son: Arara de la Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquiçamba; Juruna del "Kilómetro 17"; Xikrin de Trincheira Bacajá; Asurini de Koatinemo; Kararaô y Kayapó de la tierra indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté del Igarapé Ipixuna; Arara de la tierra indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; y las comunidades indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu.

86 CIDH, Medidas cautelares MC-342/10. http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. Énfasis de las autoras.

### 3.2. La cadena de reacciones

La reacción a la orden de adoptar medidas cautelares no se hizo esperar: el gobierno brasileño, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, se manifestó sobre la decisión de la CIDH y cuestionó su legitimidad,[87] afirmando que la competencia del órgano en el ámbito de las medidas cautelares era subsidiaria a la de los Estados y, por ende, debía operar una vez se hubieran agotado los recursos internos, por lo que catalogó la decisión como "precipitada e injustificada".

Diversos medios de comunicación[88] y organizaciones no gubernamentales[89] afirmaron que el disgusto del gobierno brasileño fue más allá del reproche a la legitimidad de la decisión de la Comisión y sugirieron que: la suspensión de su contribución anual a la organización, de seis millones de dólares (correspondientes al 6% del presupuesto de la OEA), y la orden de que el embajador de Brasil ante la Organización, Ruy Cassaes, permaneciera indefinidamente en Brasilia, en vez de trasladarse a Washington, en una clara señal de protesta y de presión para que se revocara la decisión.[90]

Al malestar del gobierno se sumaron las declaraciones del Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, quien afirmó que las medidas adoptadas por la Comisión no tenían carácter vinculante y constituían meras recomendaciones a los Estados parte:

> la Comisión [Interamericana] de Derechos Humanos hace recomendaciones. Nunca los pedidos son vinculantes para los países. Es decir, ningún país está rompiendo ningún tratado si no hace lo que la Comisión pide. La Comisión como tal no tiene fuerza vinculante. Es claro que nos gustaría que sus decisiones siempre fueran acatadas, pero lo

87 Ministerio de Relaciones Exteriores, Nota No. 142 http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea

88 http://en.mercopress.com/2011/04/30/brazil-furious-with-human-rights-commission-decision-cuts-all-relations "Brazil furious with Human Rights Commission decision cuts all relations", 30 de abril de 2011; http://otramerica.com/radar/indigenas-ocupan-belo-monte-gobierno-desprecia-a-la-cidh/739, "Indígenas ocupan Belo Monte; Gobierno desprecia a la CIDH", 29 de octubre de 2011.

89 http://servindi.org/pdf/carta_CIDH_21feb2012.pdf, "Posibles retrocesos de medidas cautelares en casos de proyectos a gran escala", 12 de febrero de 2012.

90 http://www.abc.com.py/edicion-impresa/internacionales/dilma-rompe-relaciones-con-consejo-de-derechos-humanos-de-la-oea-251862.html, "Dilma rompe relaciones con Consejo de Derechos Humanos de la OEA", 1 de mayo de 2011

> cierto es que el Brasil no ha hecho nada malo al no acatar la decisión. Nadie podría acusarlo de eso.[91]

Las afirmaciones del Secretario General desencadenaron, a su vez, una serie de pronunciamientos por parte de la sociedad civil, que consideraron como nociva e impropia su intervención[92] porque, desde su perspectiva, debilita la labor de la CIDH y pone en riesgo su independencia. Insulza posteriormente afirmó que sería necesario repensar el rol de la Comisión dentro del Sistema Interamericano como facilitador de la promoción de soluciones amistosas.

No se puede establecer si, como consecuencia de lo anterior o no, la Comisión modificó el objeto de las medidas cautelares en el caso Belo Monte. Lo que sí es cierto es que, el 29 de julio de 2011, luego de recibir información del Estado y los peticionarios, tomó la decisión de reducir el alcance inicial de las medidas –eliminando cualquier referencia a la solicitud de suspender la licencia hasta que se llevara a cabo la consulta de acuerdo a los estándares del Convenio 169– y dispuso lo que se transcribe a continuación:

> 1) Adopte medidas para proteger la vida, salud e integridad personal de los miembros de las comunidades indígenas en situación de aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu, y de la integridad cultural de dichas comunidades, que incluyan acciones efectivas de implementación y ejecución de las medidas jurídico-formales ya existentes, así como el diseño e implementación de medidas de mitigación específicas para los efectos que tendrá la construcción de la represa Belo Monte sobre el territorio y la vida de estas comunidades en aislamiento; 2) Adopte medidas para proteger la salud de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del Xingu afectadas por el proyecto Belo Monte, que incluyan (a) la finalización e implementación aceleradas del Programa Integrado de Salud Indígena para la región de la UHE Belo Monte, y (b) el diseño e implementación efectivos de los planes y programas específicamente requeridos por la FUNAI en el Parecer Técnico 21/09,

91 http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/05/110502_insulza_jc.shtml, "Comissão da OEA deve 'revisar decisão' sobre Belo Monte, diz secretário-geral", 4 de mayo de 2011. Traducción no oficial.

92 http://servindi.org/actualidad/44890, "OEA: Prosiguen los cuestionamientos a José Miguel Insulza. Carta Abierta de FIDH", 16 de mayo de 2011; http://gidh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=465%3Aen-defensa-de-las-medidas-cautelares-de-la-cidh&catid=67%3Apromocion-de-derechos-humanos&Itemid=233, "En defensa de las medidas cautelares de la CIDH", 9 de mayo de 2011.

recién enunciados; y 3) Garantice la pronta finalización de los procesos de regularización de las tierras ancestrales de pueblos indígenas en la cuenca del Xingu que están pendientes, y adopte medidas efectivas para la protección de dichos territorios ancestrales ante la intrusión y ocupación por no indígenas, y frente a la explotación o deterioro de sus recursos naturales.[93]

Adicionalmente, en la misma comunicación, la CIDH justificó la eliminación de la consulta como una medida cautelar, en que "el debate entre las partes en los (sic) referente a la consulta previa y el consentimiento informado frente al proyecto Belo Monte se ha transformado en una discusión sobre asuntos de fondo que trasciende el ámbito del procedimiento de medidas cautelares".[94] La decisión de la Comisión, de decretar tanto como de levantar la suspensión como medida cautelar, sin consideraciones a la adecuación o no de este tipo de medidas para proteger la vida e integridad de comunidades indígenas, que ven afectados estos derechos de manera especial y diferente,[95] fue imitada posteriormente en el caso de Mina Marlin en Guatemala.[96]

### 3.3. Creación del Grupo de Trabajo Especial sobre el trabajo de la Comisión

Todo lo anterior, es decir, el desconocimiento de Brasil a las medidas decretadas por la Comisión y las declaraciones del Secretario General de la OEA sobre el carácter no vinculante de las decisiones de la CIDH, son una manifestación más de lo que pareciera ser un creciente inconformismo de los Estados hacia el rol de la Comisión cuando las decisiones que esta toma son adversas a sus intereses. Preocupa de manera especial que el Secretario avale que las disposiciones de la Comisión no son obligatorias, aun cuando el propio presidente de la Corte IDH ha señalado expresamente lo contrario.[97]

93 CIDH, Medidas cautelares MC-342/10. http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp

94 Ibíd.

95 Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Fondo, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafos 129 y 130.

96 CIDH, Medida Cautelar MC 260-07. Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala

97 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Grupo de Trabajo de Reflexión sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Presentación de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH sobre el tema "medidas cautelares" (Reunión del Grupo de Trabajo del 29 de noviembre de 2011): "La Corte Interamericana ha enfatizado la naturaleza obligatoria de las medidas cautelares previstas el en artículo 25 del Reglamento de la Comisión. En el Asunto Penitenciarías de Mendoza, por ejemplo, el Presidente de la Corte comunicó al Estado argentino: [...] considero oportuno

Expresión de lo anterior son las iniciativas que desde julio de 2011 hasta la fecha, ha liderado el "Grupo de Trabajo Especial del Consejo Permanente Encargado de Profundizar el Proceso de Reflexión sobre los Trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con miras a lograr el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Este grupo, conformado por países miembros de la Organización, abordó temas que incluyen la reforma del artículo 11 del Reglamento de la Comisión –que modifica el mecanismo de elección del Secretario Ejecutivo de la Comisión– y la propuesta de que la Comisión restrinja los criterios para otorgar medidas cautelares, modifique el informe anual –por medio del cual se monitorea la situación de los derechos humanos– en la región y se elimine la financiación externa para la relatoría de la libertad de expresión e, incluso, la rendición de cuentas de su presupuesto.

El informe final que condensa las propuestas del Grupo de Trabajo Especial[98] fue aprobado por la OEA[99] y, aunque esta reconoce que las propuestas solo revisten el carácter de recomendaciones, ronda en el ambiente el sinsabor de que con estas iniciativas se busca socavar el mandato, independencia y finalidad de la CIDH como órgano de promoción y protección de los derechos humanos. La sociedad civil no se hizo esperar y manifestó, en un documento firmado por más de setecientas organizaciones, sus preocupaciones alrededor de las iniciativas propuestas por el Grupo.[100]

En todo caso, es pertinente rescatar que las discusiones iniciadas con ocasión del grupo de trabajo –que incluso incorporó en el debate iniciativas anteriores, como la reforma del Artículo 11– no necesariamente son perjudicia-

señalar que, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben implementar y cumplir con las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Por ende, estoy seguro que el Estado atenderá las medidas cautelares de protección solicitadas por la Comisión mientras la Corte decide respecto de la presente solicitud de medidas provisionales".

98 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Grupo de Trabajo de Reflexión sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo Especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consideración del consejo permanente. 13 de diciembre de 2011.

99 http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp, Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH, 4 de abril de 2012; http://elfaro.net/es/201201/internacionales/7370/, "OEA aprueba mejoras para la CIDH, pero ONG denuncian intento de erosionarla", 25 de enero de 2012

100 Cejil, "700 organizaciones en las Américas denuncian que la OEA busca debilitar el sistema de defensa de los derechos humanos", 28 de marzo de 2012. http://cejil.org/comunicados/700-organizaciones-en-las-americas-denuncian-que-la-oea-busca-debilitar-el-sistema-de-de

les, pues transparentar la elección del Secretario Ejecutivo de la CIDH puede colaborar de manera efectiva a que tanto los gobiernos como la sociedad civil vigilen de cerca que quien sea designado cumpla con las calidades que el cargo requiere, especialmente teniendo en cuenta las funciones que cumple dentro del Sistema. Finalmente, la reforma del Artículo 11 del Reglamento de la Comisión viene a codificar, parcialmente, una práctica anterior que consistía en que el Secretario General de la OEA siempre respetaba la propuesta de la CIDH sobre el nombramiento del Secretario Ejecutivo.

### 3.4. Algunas apreciaciones sobre la naturaleza de la discusión

Como es evidente, no todas las iniciativas lideradas por el Grupo Especial son necesariamente perjudiciales para la Comisión. Tampoco es nocivo que se aliente el debate sobre ciertos asuntos: competencia, alcance, procedimientos e, incluso, nivel de compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos. De hecho, la creación del Grupo Especial, la publicidad con la que tanto el grupo en pleno como cada Estado sugirió sus observaciones y propuestas y los debates alrededor de las mismas, permiten conocer y seguir de cerca la escala valorativa que los Estados otorgan a ciertos derechos, su compromiso para protegerlos y su actitud ante el funcionamiento de los órganos del sistema.

Sin embargo, parte de las recomendaciones del Grupo Especial están dirigidas a menoscabar el rol de la CIDH, como afirman las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.[101]

En cuanto a la dictación de medidas cautelares, el Grupo planteó las siguientes solicitudes:

> a) Definir y divulgar criterios o parámetros objetivos más precisos para el otorgamiento, revisión y, en su caso, prórroga o levantamiento de medidas cautelares.
> b) Circunscribir la valoración para el otorgamiento de medidas cautelares a la "gravedad" y "urgencia" de las situaciones, evitando consideraciones sobre el fondo del asunto.
> c) Definir criterios o parámetros objetivos para determinar qué situaciones reúnen la "gravedad" y "urgencia" requeridas, así como para deter-

101 Informe del Grupo de Trabajo Especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consideración del consejo permanente. 13 de diciembre de 2011.

minar la inminencia del daño, tomando en consideración los distintos grados de riesgo.

d) Para reforzar el carácter temporal de las medidas solicitadas, establecer claramente, en consulta con las partes, un plan de trabajo para la revisión periódica de las medidas cautelares vigentes con su correspondiente cronograma.[102]

Estas propuestas ponen de presente asuntos que han sido extensamente abordados y establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH[103] –como, por ejemplo, la definición de qué se entiende por urgente, gravedad, inminente– o bien han sido examinados con anterioridad por la misma Comisión. Así las cosas, la discusión sobre el procedimiento relacionado a las medidas cautelares no es un asunto reciente ni novedoso.

Si se tiene en cuenta que la misma CIDH afirmó, con ocasión de las recomendaciones del Grupo, que los Estados se han caracterizado históricamente por acatar las medidas adoptadas por ella,[104] no se puede afirmar, a propósito de una coyuntura o desacuerdo, que se desconoce la competencia de la Comisión para proferir medidas cautelares, pues consuetudinariamente, como la misma Comisión afirma, se han acatado las medidas ordenadas. En esa misma línea, la "indeterminación" de la medida tampoco parece ser la causa del inconformismo, ya que en reiteradas ocasiones la orden de la Comisión ha consistido en tomar "todas las medidas necesarias para proteger a las personas e investigar su afectación" y, de manera concertada, se ha dispuesto con los solicitantes el mecanismo para mejor proteger. Por lo tanto, lo que nos

---

102 Ibíd.

103 Corte IDH, Resolución sobre Medidas provisionales solicitadas por La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la república de Panamá. Cuatro comunidades indígenas ngöbe y sus miembros de 28 de mayo de 2010; Corte IDH, Resolución sobre Medidas provisionales. Caso pueblo indígena de Sarayaku, 17 de junio de 2005.

104 Presentación de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH sobre el tema "medidas cautelares" (Reunión del Grupo de Trabajo del 29 de noviembre de 2011) "El mecanismo de medidas cautelares ha permanecido en el Reglamento de la Comisión por un cuarto de siglo. La última reforma reglamentaria fue hecha en el año 2009 (...) En este proceso, la CIDH consideró extensamente los comentarios y críticas formulados por un gran número de Estados miembros de la OEA, organizaciones de la sociedad civil, académicos y particulares de todo el continente, en respuesta a las consultas abiertas sobre el texto del proyecto preliminar de reforma".
La mayoría de Estados coincidieron en que la adopción de medidas cautelares "han sido mecanismos de tutela muy importante para garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos en situaciones de altísima gravedad y urgencia" y que las propuestas de modificaciones al Reglamento de la CIDH eran "en su mayoría positivas en cuanto aclaran la regulación existente en varios aspectos o le dan un alcance mayor dentro del ámbito de competencia de este órgano".

queda por concluir es que aparentemente la molestia de los Estados no radica en el tipo de medidas que adopta la Comisión o en la necesidad de precisar exactamente qué se debe hacer para proteger la vida e integridad, sino que resulta posiblemente de incorporar, vía el Sistema Interamericano, obligaciones que este no consagra, como la consulta a los pueblos indígenas bajo el Convenio 169. Pero, si esto fuera así, ¿por qué no se desconocen las sentencias de la Corte IDH cuando ordena efectuarlas? ¿Será que el asunto radica en que se aplique el Convenio 169 vía medidas cautelares? o ¿será que es necesario enfocar el debate a ventilar qué entendieron los Estados por "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" cuando ratificaron la CADH y la competencia de la Comisión para definir su marco de acción?

## 4. Conclusiones

A través del presente artículo hemos pretendido abordar tres de los asuntos más importantes que se presentaron en 2011 en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a la luz del papel que tuvieron los distintos actores involucrados y especialmente la CIDH. Todos estos sucesos representan oportunidades invaluables para el fortalecimiento del SIDH a través de casos individuales.

En primer lugar, quizás una de las lecciones más importantes que nos dejan los hechos recientes sucedidos en el caso de la *Masacre de Mapiripán* es la necesidad de seguir fortaleciendo tanto los mecanismos del SIDH como las instituciones de los Estados. En estas dos labores, el papel de la CIDH es vital: por una parte, debe seguir contribuyendo al fortalecimiento de las administraciones de justicia de los Estados a través de sus informes y recomendaciones; por otra, debe participar en los distintos procesos ante la Corte IDH en su cada vez más importante rol de órgano protector del orden público interamericano, pensando menos en el caso concreto y más en las consecuencias de cada una de sus actuaciones e intervenciones para el Hemisferio. Esperamos que el papel de la CIDH en las próximas definiciones que la Corte IDH tendrá que tomar en el caso de la *Masacre de Mapiripán* refleje también este nuevo e importante rol. Sin duda, los sucesos recientes en el cumplimiento de la sentencia de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia* representan un aprendizaje para todos los involucrados y una oportunidad invaluable para interpretar el nuevo Reglamento de la Corte IDH y abrir nuevos caminos con miras a la reglamentación de recursos tales como el de revisión. Asimismo, abren un

espacio importante para que la CIDH desarrolle su nuevo rol en defensa del orden público interamericano.

En segundo lugar, la incidencia de las actuaciones de la CIDH en el caso *El Universo* permiten evidenciar la influencia que mecanismos como la Relatoría para la Libertad de Expresión pueden tener en la garantía y protección de los derechos humanos en los países, incluso en contra de una nueva política exterior basada en el descrédito a los órganos del Sistema. El dramático giro que tuvo el caso luego de la concesión de medidas cautelares por parte de la CIDH parece sugerir que, incluso aquellos gobiernos que han manifestado su rebeldía contra las recomendaciones de los órganos del SIDH, se ven en la obligación de revisar sus decisiones al verse sumidos en un escándalo internacional en el que subyace una condena o crítica por parte de dichos órganos. Así, aun cuando el Presidente ecuatoriano enfatizó que el perdón no constituía un acatamiento de la solicitud de la CIDH sobre medidas cautelares, su efecto fue exactamente el mismo: suspender la ejecución de un fallo que, a todas luces, era contrario a los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión. Esto constituye, cuando menos, una victoria parcial de los órganos del SIDH en la protección y promoción de derechos humanos en la región.

Tercero, las medidas cautelares de *Belo Monte* representan una oportunidad para transparentar las agendas nacionales y regionales en lo que tiene que ver con la protección y promoción de los derechos humanos en el continente y para precisar cada vez más la competencia de la CIDH, con miras a su fortalecimiento y una invitación a reconocer que, cuando afirmamos que los derechos humanos están en permanente construcción, ello también es válido para las instituciones encargadas de protegerlos. La apertura del debate no necesariamente implica un menoscabo de la institucionalidad, pero debemos estar atentos a que estos foros no sean utilizados por los estados para evitar el escrutinio internacional en situaciones particulares.

Con este artículo, hemos pretendido hacer parte de un debate más amplio, realizando críticas constructivas y bien intencionadas al rol de la CIDH en el marco del SIDH, realzando y legitimando su labor con miras a su fortalecimiento. Reflexiones como estas deben seguirse promoviendo con el fin de que estos asuntos sigan siendo abordados de manera pública y participativa, y contribuyan al diálogo y a la discusión permanente que tanto hacen falta en el hemisferio.

# REGULACIÓN DE FONDOS SOBERANOS. EL CASO CHILENO

*Camila Saffirio*[1]

**Resumen**

Los fondos soberanos son vehículos de inversión de propiedad de un Estado cuyos recursos provienen de activos en moneda extranjera. Actualmente, existen 61 fondos soberanos en el mundo y los recursos acumulados en ellos alcanzan aproximadamente a US$5.002.500 millones. En 2006, la Ley N° 20.128 de Responsabilidad Fiscal creó dos fondos soberanos en Chile: el Fondo de Reserva de Pensiones y el Fondo de Estabilización Económica y Social. Este artículo tiene por objeto presentar un análisis introductorio de los fondos soberanos, describiendo los principales esfuerzos regulatorios internacionales sobre la materia y la normativa aplicable a los fondos soberanos chilenos.

## Introducción

No obstante su larga data, durante los últimos años los fondos soberanos han sido objeto de mayor atención debido al veloz crecimiento que han experimentado los recursos acumulados en ellos y al cambio en sus estrategias de inversión hacia instrumentos de mayor riesgo.[2] Debido a ello, ha aumentado la preocupación de los países receptores de las inversiones de estos fondos por asegurar que estas se realicen conforme a criterios económicos y financieros, absteniéndose de perseguir fines políticos o estratégicos.[3]

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile)

2 Epstein, Richard A. y Rose, Amanda M., "The Regulation of Sovereign Wealth Funds: The Virtues of Going Slow", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, 1, 2009, p. 112.

3 La discusión sobre la necesidad de regular las operaciones de los fondos soberanos puede encontrarse en: Epstein y Rose, op. cit.; y Gilson, Ronald J. y Milhaupt, Curtis J., "Sovereign Wealth Funds and Cor-

El presente artículo busca describir en qué consisten los fondos soberanos, los principios y prácticas que rigen su operación a nivel internacional y la regulación aplicable a los fondos soberanos chilenos.

## 1. ¿Qué son los fondos soberanos?

Los fondos soberanos son vehículos de inversión de propiedad de un Estado cuyos recursos provienen de activos en moneda extranjera.[4] Por regla general, los recursos de los fondos soberanos tienen su origen en excedentes de la balanza de pagos, operaciones de cambio internacional, recursos provenientes de privatizaciones, superávits estructurales y/o fondos resultantes de la exportación de *commodities*.

Existen ciertos elementos que permiten identificar un fondo soberano, a saber:

(i) Propiedad. Los fondos soberanos son propiedad de un Estado, usualmente un Estado Central y, menos comúnmente, Estados Locales, como el caso del California Public Employees Retirement System (CalPERS), propiedad del Estado de California, EE.UU.

Usualmente, los fondos soberanos son constituidos por ley, sea a través de leyes especiales sobre la materia, a través de la ley de presupuestos o mediante leyes de responsabilidad fiscal. En algunos países los fondos soberanos son establecidos en la constitución, como, por ejemplo, Papua Nueva Guinea. Los fondos soberanos pueden tomar la forma de entidades con personalidad jurídica propia y separada del Estado o del banco central respectivo, o bien, como en el caso de los fondos soberanos chilenos, pueden consistir en un conjunto de activos administrado por el Estado.[5]

(ii) Inversión. La estrategia de inversión de los fondos soberanos incluye la inversión en activos financieros localizados fuera del país titular de dichos fondos. Por lo tanto, el concepto de fondos soberanos excluye aquellos fondos que se invierten exclusivamente en forma local.

(iii) Objetivos. En términos generales, se puede decir que los fondos sobe-

porate Governance: A Minimalist Response to the New Mercantilism", en *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, 355, 2008. Asimismo, un análisis sobre el uso de estrategias de inversión activas y pasivas en los fondos soberanos puede encontrarse en Rose, Paul, "Sovereign Wealth Funds: Active or Passive Investors?", en *Yale Law Journal*, 118, Pocket Part 104, 2008.

4 International Investment of Sovereign Wealth Funds: Are New Rules Needed?, mayo de 2012.

5 Por todos, Hammer, Cornelia, "Sovereign Wealth Funds: Current Institutional and Operational Practices", en *IMF Working Paper*, (International Monetary Fund) 2008, p. 5.

ranos son creados para cumplir determinados propósitos macroeconómicos. Este elemento permite distinguir los fondos soberanos de las reservas de los bancos centrales, toda vez que estas últimas tienen como objetivo la balanza de pagos.De acuerdo con la tipología del Fondo Monetario Internacional (FMI), es posible distinguir cinco tipos de fondos soberanos en atención a los objetivos que persiguen:

a. Fondos de estabilización. Corresponden a aquellos fondos soberanos cuyo principal objetivo es proteger la economía y el presupuesto de una nación de las variaciones en los precios de un determinado *commodity* (comúnmente, el crudo).

b. Fondos de ahorro. Aquellos fondos soberanos que buscan convertir activos no renovables en un portafolio más diversificado de activos, mitigando los efectos de la enfermedad holandesa.[6]

c. Sociedad de inversión de reservas. Son creadas con el propósito de aumentar el retorno de las reservas y cuyos activos son, usualmente, contabilizados dentro de las reservas.

d. Fondos de desarrollo. Corresponden a aquellos fondos soberanos creados con el propósito de financiar proyectos socioeconómicos determinados o a promover ciertas políticas industriales orientadas a aumentar el potencial de crecimiento de un país.

e. Fondos de reservas de pensiones. Creados con el objeto de proveer recursos adicionales a las cotizaciones de los particulares para el pago de las contingencias previsionales de un Estado.

El objetivo para el cual se crea un fondo soberano determina, en gran medida, su política de inversión. Así, normalmente, aquellos fondos que persiguen finalidades de estabilización económica tienen horizontes de inversión más cortos y un mayor énfasis en la liquidez de sus inversiones que, por ejemplo, los fondos soberanos de ahorro.[7]

Finalmente, es relevante destacar que los objetivos de los fondos soberanos son variables y pueden sobreponerse o modificarse en el tiempo.

6 La enfermedad holandesa consiste en los cambios negativos en materia de comercio que pueden ocasionarse a raíz de un incremento veloz en los ingresos de un país provenientes, generalmente, de la explotación de un commodity. Ver: Ebrahim-Zadeh, Christine, "Dutch Disease: Too Much Wealth Managed Unwisely", en *Finance and Development*, Vol. 40, 1, 2003.

7 Informe Anual Comité Financiero del Ministerio de Hacienda para el año 2011, Ministerio de Hacienda de Chile, 2012, p. 16.

## 2. Regulación y transparencia

Los fondos soberanos son vehículos de inversión que han existido durante varias décadas. Kuwait es el Estado titular del fondo soberano más antiguo, el *Kuwait Investment Authority*, creado en 1953 para acumular recursos provenientes de la extracción de petróleo.[8] Actualmente, existen 61 fondos soberanos de propiedad de Estados o Estados Locales y los recursos acumulados en ellos ascienden a aproximadamente US$5.002.500 millones.El más reciente de estos fondos pertenece a Mongolia y fue constituido en 2011 con el objeto de concentrar recursos provenientes de la actividad minera de dicho país.[9]

El siguiente cuadro muestra los 10 mayores fondos soberanos actualmente vigentes:

| | País | Nombre del Fondo | Recursos (MMUSD) | Año de Creación | Origen de los Recursos |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | Emiratos Árabes Unidos – Abu Dabi | Abu Dhabi Investment Authority | $627 | 1976 | Petróleo |
| 2 | Noruega | Government Pension Fund – Global | $611 | 1990 | Petróleo |
| 3 | China | SAFE Investment Company | $567.9** | 1997 | No commodity |
| 4 | Arabia Saudita | SAMA Foreign Holdings | $532.8 | n/d | Petróleo |
| 5 | China | China Investment Corporation | $439.6 | 2007 | No commodity |
| 6 | Kuwait | Kuwait Investment Authority | $296 | 1953 | Petróleo |
| 7 | China – Hong Kong | Hong Kong Monetary Authority Investment Portfolio | $293.3 | 1993 | No commodity |
| 8 | Singapur | Government of Singapore Investment Corporation | $247.5 | 1981 | No commodity |
| 9 | Singapur | Temasek Holdings | $157.2 | 1974 | No commodity |
| 10 | Rusia | National Welfare Fund | $149.7* | 2008 | Petróleo |

** Estimación
* Incluye el fondo de estabilización del petróleo de Rusia
Fuente: Sovereign Wealth Funds Ranking: Largest Sovereign Wealth Funds by Assets Under Management, Sovereign Wealth Funds Institute (mayo 2012).

8 Sovereign Wealth Funds Ranking: Largest Sovereign Wealth Funds by Assets Under Management, (Sovereign Wealth Funds Institute) 2012.

9 Ibíd.

En octubre de 2007, el Comité Monetario y Financiero Internacional (CMFI)[10] manifestó que era necesario profundizar el análisis de ciertos temas claves para los inversionistas y los receptores de los recursos de los fondos soberanos, incluido un diálogo para identificar las mejores prácticas en esta materia.[11] En abril de 2008, 26 Estados miembros del FMI[12] y titulares de fondos soberanos acordaron la creación del Grupo Internacional de Trabajo sobre Fondos Soberanos de Inversión (GITFSI), entidad destinada a acordar y promover un grupo de principios comunes para los objetivos y prácticas de inversión de los recursos de los fondos soberanos.

En septiembre de 2008, el GITFSI acordó los Principios de Santiago, un conjunto de 24 principios y prácticas voluntarias diseñadas para asegurar prácticas adecuadas en la política de inversión, regímenes de gobernabilidad y *accountability* de los fondos soberanos.[13]

Los Principios de Santiago fueron establecidos teniendo como objetivo que los fondos soberanos observen los siguientes lineamientos:[14]

(i) contribuir a mantener la estabilidad del sistema financiero mundial y la libre circulación de capital e inversiones;

(ii) observar la normativa y las obligaciones de transparencia aplicables en los países en los cuales realizan sus inversiones;

(iii) invertir en función de criterios de rentabilidad y riesgo económico-financiero; y

(iv) contar con una estructura de gobierno sólida y transparente, que permita un adecuado control operacional, de riesgos y *accountability*.

Con miras a estos objetivos, los Principios de Santiago apuntan a fortalecer las prácticas relativas a los fondos soberanos en tres áreas. En primer lugar, se busca que los fondos soberanos posean un marco legal definido, que establezca objeti-

10 El CMFI es un comité de la Junta de Gobernadores del FMI. Este comité está integrado por representantes de los países miembros del FMI, normalmente ministros de hacienda y directores de bancos centrales.

11 Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices, International Working Group of Sovereign Wealth Funds, 2008, p. 1.

12 Los Estados miembros del GITFSI son Australia, Azerbaiyán, Bahréin, Botsuana, Canadá, Chile, China, Corea, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Guinea Ecuatorial, Irán, Irlanda, Kuwait, Libia, México, Noruega, Nueva Zelandia, Qatar, Rusia, Singapur, Timor-Leste y Trinidad y Tobago.

13 El listado completo de los Principios de Santiago puede encontrarse en iwg-swf.org/pubs/esl/gapplists.pdf

14 International Working Group of Sovereign Wealth Funds, op. cit., p. 4.

vos claros y coordinación con las políticas macroeconómicas. En este sentido, los Principios de Santiago indican que los fondos soberanos deben contar con un marco jurídico sólido y que sus objetivos deben ser declarados públicamente.[15]

En segundo término, los principios tratan el marco institucional y régimen de administración de los fondos soberanos. Al respecto, se establece que dicho régimen de administración debe ser firme y establecer una división de roles y responsabilidades efectivas que facilite la independencia operativa y *accountability* de los administradores de los fondos.[16] Asimismo, los principios disponen que los miembros del órgano responsable de los fondos soberanos deben actuar en el mejor interés de los fondos y contar con un mandato claro y facultades suficientes para el desarrollo de su función.[17]

En tercer lugar, los Principios de Santiago regulan las inversiones y la administración de riesgos de los fondos soberanos. Los principios disponen la obligación de los fondos soberanos de difundir al público las siguientes materias:

(i) un informe anual de las operaciones y rendimiento de los fondos soberanos, que contenga estados financieros preparados de acuerdo a normas internacionales de contabilidad;[18]

(ii) el régimen de administración y los objetivos del fondo, así como la forma en la que este es administrativamente independiente de su titular;[19]

(iii) información financiera relativa a la orientación económica y financiera del fondo, con el propósito de contribuir a la estabilidad de los mercados financieros internacionales y aumentar la confianza de los países receptores de las inversiones;[20]

(iv) una descripción de la política de inversiones del fondo soberano.[21]

Adicionalmente, los Principios de Santiago disponen que las operaciones y los estados financieros de los fondos soberanos deben ser auditadas anualmente de acuerdo a normas internacionales de contabilidad.[22]

15 Principios de Santiago, N°1 y N° 2.

16 Ibíd., N°6.

17 Ibíd., N°8.

18 Ibíd., N° 11.

19 Ibíd., N°16.

20 Ibíd., N° 17.

21 Ibíd., N° 18.3.

22 Ibíd., N° 12.

Finalmente, y con el objeto de asegurar que las decisiones de inversión de los fondos soberanos respondan a criterios económicos y no políticos o estratégicos, los principios acordados por el GITFSI disponen que las decisiones de inversión de los fondos deben apuntar a maximizar los retornos financieros en una forma que resulte consistente con su política de inversión y en base a razones económicas y financieras. En el evento de que dichas decisiones de inversión se funden en consideraciones que no sean económicas o financieras, este hecho debe ser claramente identificado en la política de inversión y debe ser difundido al público.

## 3. Los fondos soberanos chilenos

### 3.1. El Fondo de Reserva de Pensiones

El artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Fiscal establece la creación de un Fondo de Reserva de Pensiones (en adelante,FRP). Como su nombre indica, este fondo tiene por objeto exclusivo complementar el financiamiento de determinadas obligaciones fiscales relativas a pensiones y a previsión social. En particular, el fondo busca garantizar el pago de las pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez y los aportes previsionales solidarios.

Los recursos del FRP se componen principalmente de aportes anuales obligatorios que debe realizar el Fisco durante el primer semestre de cada año por un monto equivalente al superávit efectivo con un tope de 0,5%del Producto Interno Bruto (PIB) del año anterior. Adicionalmente, la Ley de Responsabilidad Fiscal exige que dichos aportes anuales no sean menores al 0,2% del PIB de año anterior. Este aporte anual obligatorio debe realizarse hasta que los recursos acumulados en el FRP alcancen los 900 millones de Unidades de Fomento.

Adicionalmente, el FRP se constituye e incrementa con el producto de la rentabilidad que genere la inversión de sus recursos y con otros aportes que establezca la ley.

Además de regular específicamente el destino que se puede dar a los recursos del FRP, el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Fiscal establece que dichos recursos únicamente pueden ser utilizados a contar de 2016. Hasta dicho año, solo es posible realizar giros anuales por un monto máximo equivalente a la rentabilidad que genere el fondo el año anterior.[23] A contar de 2016,

23 Ley N° 20.255 que Establece la Reforma Previsional, artículo 53.

anualmente pueden utilizarse recursos hasta por un monto máximo equivalente a un tercio de la diferencia entre el gasto total que corresponde realizar en dicho año por obligaciones previsionales y el gasto total realizado en 2008 por el mismo concepto, ajustado por inflación.

El FRP es un fondo temporal, dado que la Ley de Responsabilidad Fiscal señala que, a contar de 2021, este fondo se extinguirá de pleno derecho si los giros a efectuarse en un año calendario no superan el 0,5% de la suma de los gastos en pensión básica solidaria de vejez, pensión básica solidaria de invalidez, aporte previsional solidario de vejez y aporte previsional solidario de invalidez establecidos en la Ley de Presupuestos de dicho año.

### 3.2. El Fondo de Estabilización Económica y Social

El artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Fiscal, facultó al Presidente para refundir en un solo fondo el Fondo de Compensación de los Ingresos del Cobre (Convenio de Préstamo Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento N° 2.625 CH) y los ingresos fiscales a que se refiere el Decreto Ley N° 3.653 de 1981, esto es, aquellos recursos que ingresaban a rentas generales de la Nación provenientes de empresas de la gran minería por concepto de (i) impuesto a la renta; (ii) impuesto habitacional; o (iii) excedentes de empresas públicas, generados porque el precio de venta de la libra de cobre era superior al precio de referencia.

En virtud de este mandato, el año 2007, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Hacienda(en adelante,DFL N°1), se creó el Fondo de Estabilización Económica y Social (en adelante,el FEES).

Como se indicó anteriormente, el FEES se compone de los recursos que, a la fecha de su creación, existían en el Fondo de Compensación de los Ingresos del Cobre y de los ingresos fiscales referidos en el Decreto Ley N° 3.653 de 1981. Adicionalmente, el artículo 2° del DFL N°1 establece un aporte anual obligatorio consistente en el saldo positivo que resulte de restar al superávit efectivo el aporte anual obligatorio al FRP. Conforme a este artículo se han realizado aportes al FEES desde su creación.[24]

Asimismo, la ley autoriza la realización de aportes extraordinarios al FEES consistentes en recursos provenientes de la venta de activos o de emisiones de deuda, así como otros recursos que autoricen otras leyes. En ejercicio de esta facultad, durante 2010 se aportaron al FEES US$1.000 millones

24 Fondo de Reserva de Pensiones - Informe Ejecutivo Mensual a marzo de 2012, Ministerio de Hacienda de Chile, mayo de 2012, p. 2.

provenientes de recursos originados en emisiones internacionales de bonos y US$362 millones correspondientes al saldo final del Fondo de Estabilización de Precio de los Combustibles Derivados del Petróleo (FEPCO),[25] el cual debía ser depositado en el FEES al término de su vigencia.[26]

Es relevante destacar que el FEES surgió como complemento a la regla de balance estructural aplicada a la política fiscal chilena desde 2001. La regla de balance estructural busca estabilizar el crecimiento del gasto público en el tiempo. En otras palabras, "[l]a regla de balance estructural establece que el nivel de gasto público en cada período depende de los ingresos estructurales o permanentesdel Fisco. De esta forma se busca aislar las decisiones de gasto público, en particular en materia de gasto e inversión social, de los vaivenes del ciclo económico y de lasfluctuaciones de los precios del cobre y del molibdeno."[27]

La regla de balance estructural fue institucionalizada en el artículo 1° de la Ley de Responsabilidad Fiscal. Esta norma establece la obligación del Presidente de la República de dictar, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que asume sus funciones, un decreto estableciendo las bases de la política fiscal que aplicará durante su mandato.[28] Conforme a la Ley, este decreto debe incluir un pronunciamiento explícito acerca de las implicancias y efectos de dicha política fiscal sobre el balance estructural.

El FEES asegura que parte del superávit estructural sea ahorrado para financiar eventuales presupuestos deficitarios.[29] El artículo 4° del DFL N°1 establece que los recursos del FEES pueden destinarse a los siguientes fines:

(i) Al financiamiento de la Ley de Presupuestos, hasta por el monto que se establezca en dicha ley;

(ii) A la sustitución de ingresos y/o al financiamiento del mayor gasto que se produzca durante la ejecución presupuestaria, conforme a las autorizaciones y limitaciones establecidas en la legislación vigente;

25 Informe Anual de los Fondos Soberanos para el año 2010, Ministerio de Hacienda de Chile, 2011, p. 48.

26 Ley N° 20.063 que Crea Fondos de Estabilización de Precios de Combustibles Derivados del Petróleo, Artículo 2° Transitorio.

27 Por todos, Velasco, Andrés, "Compromisos Fiscales y la Meta de Balance Estructural", en *Estudios de Finanzas Públicas*, (Dirección de Presupuestos de Chile) 2007, p. 5.

28 Esta obligación ha sido cumplida mediante los Decretos N° 1.259 y N° 637 del Ministerio de Hacienda, de 2007 y 2010, respectivamente.

29 Por todos, Rodríguez, Jorge, "Structural Balance Policy in Chile", en *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 7, 2, 2007, p. 88.

(iii) A las amortizaciones, intereses u otros gastos por concepto de deuda pública, incluidos los originados en contratos de canje de tasas de interés y/o de moneda;

(iv) A las amortizaciones, intereses u otros gastos por concepto de pagos de Bonos de Reconocimiento,[30] incluidos los originados en contratos de canje de tasas de interés y/o de moneda;

(v) Al financiamiento del aporte anual obligatorio que debe realizarse al FRP, cuando así lo disponga el Ministro de Hacienda; y

(vi) Al financiamiento de aportes extraordinarios al FRP, cuando así lo disponga el Ministro de Hacienda.

Como puede observarse, a diferencia del FRP, los recursos del FEES pueden ser destinados a distintas finalidades a decisión del poder Ejecutivo.

Los recursos acumulados en el FEES fueron utilizados durante 2009 para financiar el plan de estímulo fiscal impulsado por el Gobierno de entonces para mitigar el impacto en nuestro país de la crisis financiera internacional y para financiar el déficit efectivo del presupuesto ocasionado por la disminución de los ingresos tributarios y de aquellos relacionados con la gran minería.[31] Asimismo, durante dicho año, se utilizaron recursos de este fondo para amortizar deuda pública y para realizar el aporte anual obligatorio al FRP. La suma total de recursos retirados del FEES durante 2009 ascendió a US$9.278 millones.[32]

## 4. Administración de los recursos de los fondos soberanos chilenos

La Ley de Responsabilidad Fiscal y el DFL N° 1 otorgan al Ministro de Hacienda la facultad de efectuar la inversión de los recursos del FRP y FEES a través de tres alternativas. En primer lugar, la Ley contempla la posibilidad de que la administración de los recursos de los fondos sea realizada, en Chile o en el extranjero, por administradores externos de cartera, sean estos personas jurídicas nacionales o extranjeras. Los instrumentos, operaciones y contratos en que se efectúe dicha inversión deben ser establecidos por el Ministro de Hacienda. Adicionalmente, la Ley de Responsabilidad Fiscal contempla

30 Los Bonos de Reconocimiento son instrumento emitidos por el Instituto de Previsión Social representativos de cotizaciones previsionales efectuadas por los trabajadores en el antiguo régimen previsional antes de su incorporación al nuevo sistema de administradoras de fondos de pensiones.

31 Informe Anual de los Fondos Soberanos para el año 2009, Ministerio de Hacienda de Chile, 2010, p. 15.

32 Ibíd.

la alternativa de que la inversión de los recursos de los fondos soberanos sea realizada directamente por el Servicio de Tesorerías. Finalmente, estos recursos pueden ser administrados por el Banco Central de Chile, actuando en su calidad de agente fiscal en conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central. La administración por el Banco Central puede realizarse directamente por este o a través de la contratación de servicios de administración de cartera.

Mediante Decreto Supremo N° 1.383 del Ministerio de Hacienda, de 2006 (en adelante,DS N° 1.383), se delegó en el Ministro de Hacienda la representación del Fisco para disponer de la administración de los recursos del FEES y del FRP y se designó al Banco Central como Agente Fiscal a cargo de la administración de los recursos de los fondos. El Consejo del Banco Central aceptó la designación como Agente Fiscal en acuerdo adoptado en su sesión N° 1.321, celebrada el 22 de febrero de 2007.

Las principales funciones que puede realizar el Banco Central en relación con los recursos de los fondos soberanos son las siguientes:

(i) Realizar licitaciones para la administración de los recursos de los fondos soberanos,a nombre y por cuenta del Fisco;

(ii) Administrar directamente todo o parte de los recursos de los fondos soberanos, y delegar dicha administración;[33]

(iii) Abrir cuentas corrientes para el ejercicio de sus funciones como Agente Fiscal;

(iv) Contratar instituciones financieras nacionales o extranjeras para prestar los servicios de custodio global de los valores e instrumentos adquiridos con los recursos de los fondos soberanos;

(v) Realizar las operaciones que se requieran para la ejecución de la Agencia Fiscal;

(vi) Realizar los pagos que correspondan en ejercicio de la Agencia Fiscal;

(vii) Mantener un registro completo y detallado de las operaciones realizadas para la gestión de los recursos de los fondos soberanos;

(viii) Supervisar, seguir y evaluar el desempeño de los administradores externos, sean estos designados por licitación o delegados del Agente Fiscal, y del custodio;

(ix) Informar al Ministro de Hacienda y al Tesorero General de la República de la posición diaria de las inversiones realizadas con los recursos de los fondos soberanos y entregar reportes mensuales, trimestrales y anuales sobre

33 Esta función se ejerció en 2011 con motivo de la contratación de administradores externos de cartera para los nuevos activos del FRP.

la gestión de estos recursos y el desempeño de los administradores externos. Finalmente, debe entregar un informe anual sobre el servicio prestado por el custodio.

En seguida, el DS N°1.383 establece que el Banco Central debe desempeñar su rol observando las directrices de ejecución impartidas por el Ministro de Hacienda, en las cuales se establecen las condiciones y requisitos aplicables para la debida ejecución de las funciones de la Agencia Fiscal.

Tales directrices de ejecución pueden tomar, en primer lugar, la forma de directrices de inversión. Estas buscan regular la clase de activos elegibles para las inversiones de los fondos soberanos y establecer ciertos límites por tipo de instrumento, países y/o monedas; establecer una duración referencial para la inversión de dichos recursos y los márgenes de desviación permitidos; y fijar los límites de riesgo aceptables. Asimismo, las directrices de inversión establecen uno o más comparadores referenciales o *benchmarks* que se utilizan para evaluar la gestión de los recursos de los fondos soberanos. Finalmente, estas directrices indican los criterios conforme a los cuales se realiza la valorización de los recursos de los fondos.

Desde 2007, y en virtud de un contrato celebrado con el Banco Central de Chile, J.P. Morgan Chase Bank N.A. es la entidad responsable de la custodia de los valores de los fondos soberanos chilenos (en adelante, el Custodio).[34] El Custodio desempeña sus funciones de acuerdo a las directrices de custodia impartidas por el Ministerio de Hacienda. De acuerdo al DS N° 1.383,las funciones del Custodio incluyen, entre otras, las siguientes: (i) la tenencia física de los flujos de caja e inversiones realizadas con los recursos de los fondos; (ii) efectuar el pago o la transferencia de los valores o instrumentos de acuerdo con las instrucciones que imparta el Banco Central; (iii) entregar informes diarios, mensuales, trimestrales y anuales sobre las inversiones realizadas y, en general, los resultados de su gestión; y (iv) informar al Banco Central de cualquier transgresión a los criterios de inversión.

Finalmente, el Ministerio de Hacienda imparte al Banco Central, en su calidad de Agente Fiscal, directrices de licitación que establecen ciertos contenidos mínimos que debe contener el Decreto por el cual se realice la licitación de los servicios de administrador externo de los fondos soberanos.

Para complementar la estructura orgánica de los fondos soberanos, la Ley de Responsabilidad Fiscal ordenó la creación de un comité de naturaleza con-

34 Informe Anual de los Fondos Soberanos para el año 2008, Ministerio de Hacienda de Chile, 2009, p. 18.

sultiva cuyo objeto es asesorar al Ministro de Hacienda en las decisiones relativas a la inversión de los recursos de los fondos.

El Comité Financiero fue establecido en 2007, mediante Decreto N° 621 del Ministerio de Hacienda (en adelante,DS N° 621), y, como se indicó previamente, su principal función es asesorar al Ministro de Hacienda en los aspectos fundamentales de la estrategia de inversión a largo plazo de los recursos de los fondos soberanos. Adicionalmente, el Comité realiza recomendaciones al Ministro de Hacienda en relación con la política de inversión de los fondos y los procesos de licitación y selección de administradores externos. El Comité Financiero está facultado para emitir opiniones sobre la gestión de los fondos y la coherencia de su política de inversión, así como del contenido y estructura de los informes anuales entregados por los administradores o custodios y de los informes preparados por el Ministerio de Hacienda. No obstante, atendida su naturaleza consultiva, las recomendaciones y opiniones del Comité Financiero carecen de fuerza vinculante para el Ministro de Hacienda.

El Comité Financiero está compuesto por seis miembros designados por el Ministro de Hacienda.[35] De acuerdo a lo dispuesto en el DS N° 621, los miembros de Comité Financiero están sujetos a determinadas obligaciones que buscan garantizar la probidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones. Así, al efectuar recomendaciones al Ministro de Hacienda, el Comité Financiero debe utilizar únicamente información que se encuentre disponible en el mercado. Asimismo, los integrantes de este órgano tienen obligaciones de reserva respecto de la información a la que acceden como miembros del Comité y tienen prohibición de utilizar dicha información en beneficio propio o de terceros. Finalmente, los miembros del Comité deben abstenerse de participar en aquellos debates y votaciones sobre materias que los involucren o en las que puedan tener interés. Sin embargo, los miembros del Comité Financiero no se encuentran obligados a realizar una declaración de intereses al asumir sus funciones.

Las sesiones del Comité Financiero deben realizarse, a lo menos, dos veces al año. En la práctica, estas sesiones se celebran con una frecuencia mayor pues, desde su creación en mayo del 2007, el Comité ha celebrado 46 sesiones. Las actas de estas sesiones son públicas y se encuentran disponibles en el sitio web del Ministerio de Hacienda.[36]

35 Actualmente, este Comité es presidido por Klaus Schmidt-Hebbel e integrado por Arturo Cifuentes, Martín Costabal, Cristián Eyzaguirre, Eric Parrado y Eduardo Walker.

36 www.hacienda.cl, Actas de las Sesiones, mayo de 2012.

## 5. La política de inversión de los recursos de los fondos soberanos chilenos

El artículo 5° del DFL N°5 establece que los recursos de fondos pueden invertirse en aquellos instrumentos, contratos y operaciones que establezca el Ministro de Hacienda mediante instrucciones. En los hechos, los límites y controles para las inversiones de los recursos del FEES están establecidos en las directrices de inversión.

A diferencia del FEES, la inversión de los recursos del FRP se encuentra regulada exhaustivamente en el Decreto Supremo N° 1.382 del Ministerio de Hacienda. Dicho decreto autorizó la inversión de los recursos de FRP en instrumentos similares a aquellos en los cuales pueden invertir sus recursos las Administradoras de Fondo de Pensiones chilenas (AFP). Así, los recursos del FRP pueden invertirse en títulos emitidos por el Banco Central de Chile; depósitos, bonos u otros títulos emitidos por instituciones financieras locales; bonos de empresas privadas chilenas; títulos de crédito, valores o efectos de comercio y depósitos de corto plazo emitidos o garantizados por Estados o bancos centrales extranjeros; títulos de crédito, valores o efectos de comercio y depósitos de corto plazo que sean emitidos o garantizados por instituciones bancarias extranjeras o internacionales; y acciones y bonos emitidos por empresas extranjeras, entre otros.

No obstante la diversidad de instrumentos contemplados en las directrices de inversión y en el DS N° 1.382, desde su creación, la política de inversión de los recursos acumulados en los fondos soberanos chilenos contempló clases de activos similares a las utilizadas por el Banco Central en la administración de sus reservas internacionales. De acuerdo con esta política de inversión, los recursos de los fondos se invertían en instrumentos de renta fija (bonos soberanos nominales, instrumentos de mercado monetario y bonos soberanos indexados) y en monedas (dólares de los Estados Unidos de América, euros y yenes).[37] Si bien inicialmente esta política de inversión tenía una naturaleza transitoria, basada principalmente en la experiencia del Banco Central en la administración de estos instrumentos, su modificación fue postergada con motivo de la crisis financiera de 2009, manteniéndose hasta 2011.[38]

En 2011, y siguiendo una recomendación del Comité Financiero, se estableció una nueva política de inversión para FRP orientada a que los

37 Informe Anual de los Fondos Soberanos para el año 2010, Ministerio de Hacienda de Chile, 2011, pp. 37 y 38.

38 Ibíd., p. 37.

recursos de este fondo sean invertidos en forma más acorde con un horizonte de inversión de mediano a largo plazo.Así, a contar del primer trimestre de 2012, los recursos del FRP podrán ser invertidos en instrumentos más riesgosos, como acciones y bonos corporativos, hasta por un 15% y 20% del total del fondo, respectivamente.[39]

La inversión de los recursos del FRP en acciones y bonos corporativos será realizada por administradores externos: el portafolio de acciones será administrado por BlackRock Institutional Trust Company, N.A. y Mellon Capital Management Corporation, mientras que la administración del portafolio de bonos corporativos fue encargada a BlackRock Institutional Trust Company, N.A. y Rogge Global Partners Plc.[40]

La incorporación de acciones y bonos corporativos entre los instrumentos en los cuales se pueden invertir los recursos del FRP abre una nueva arista regulatoria. En efecto, debe prestarse especial atención a la identidad y objeto de aquellas compañías en las cuales se encuentran invertidos los recursos del FRP con el objeto de asegurar que, a través de sus inversiones, el Estado chileno no incumpla algunas de sus obligaciones internacionales relacionadas, particularmente, con los derechos humanos y el medio ambiente.

A modo de ejemplo, Noruega, país titular del segundo fondo soberano más grande del mundo, estableció en 2004 un Consejo de Ética encargado de realizar recomendaciones al Ministro de Hacienda, cuyo objetivo es eliminar la posibilidad de invertir en instrumentos emitidos por compañías cuyas actividades representen un riesgo para el país de verse asociado a violaciones serias o sistemáticas a los derechos humanos, violaciones a los derechos fundamentales, daños ambientales serios, producción de determinados tipos de armas o actos de corrupción grave, entre otros.[41] Actualmente, existe una lista de más de 50 compañías en las cuales no pueden invertirse los recursos del fondo noruego, en atención a las recomendaciones del Comité de Ética.[42]

39 Informe Anual Comité Financiero del Ministerio de Hacienda para el año 2011, Ministerio de Hacienda de Chile, 2012, p. 18.

40 Ibíd., p. 31.

41 Chesterman, Simon, "The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations. The Case of Norway's Sovereign Wealth Fund", en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2008, pp. 589-590.

42 El listado completo de las compañías excluidas por el Comité de Ética noruego puede encontrarse en regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/statens_pensjonsfond/ansvarlige-investeringer/selskaper-som-er-utelukket-fra-fondets-i.html?id=447122

## 6. Transparencia en los fondos soberanos chilenos

El artículo 12 de la Ley de Responsabilidad Fiscal establece la obligación del Ministerio de Hacienda de emitir informes trimestrales sobre el estado de los fondos soberanos y de presentarlos a las comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial de Presupuestos dentro de los 90 días siguientes al término del trimestre respectivo.[43] Adicionalmente, el artículo 7° del DFL N°1 establece una obligación similar respecto de los informes mensuales del FEES.[44]

Por su parte, el artículo 7° del DL N°621 dispone que el Comité Financiero debe elaborar un informe anual de su gestión y de las actividades realizadas, el que debe presentarse al Ministro de Hacienda dentro de la segunda quincena de abril de cada año. Dicho informe también es enviado a las comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial de Presupuestos.[45]

Adicionalmente, y en cumplimiento con los Principios de Santiago, el Ministerio de Hacienda prepara anualmente un informe sobre la gestión y operaciones de los fondos soberanos chilenos.[46]

La existencia de abundante información disponible al público relacionada con los fondos soberanos chilenos ha permitido a Chile alcanzar el puntaje máximo en el índice "Linaburg-Maduell" que mide la transparencia de los fondos soberanos.[47]

43 Los informes, tanto respecto del FEES como del FRP, están disponibles en www.hacienda.cl.

44 Ver www.hacienda.cl

45 Ver ibíd.

46 Ver ibíd.

47 El índice puede encontrarse en swfinstitute.org/statistics-research/linaburg-maduell-transparency-index/

# EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO "RESPONSABILIDADES COMUNES PERO DIFERENCIADAS" EN EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO

*Juan Pablo Arístegui* [1]

**Resumen**

El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas (PRCD) es la piedra angular del régimen internacional del cambio climático. No se trata de un principio estático. Su aplicación y vigencia han ido evolucionando con el tiempo, al punto que durante la última Conferencia de las Partes en Durban (Sudáfrica, diciembre de 2011), este principio fue omitido de la decisión que creó la *Plataforma de Durban*. Esta Plataforma busca poner en marcha un nuevo proceso "para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o un acuerdo con fuerza legal" donde todos los Estados de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático tendrían obligaciones de mitigación. Ante este nuevo escenario, pareciera que la viabilidad de un nuevo acuerdo pasa por el fin del principio o su profunda reconceptualización, a pesar de que los problemas de equidad que subyacen al principio –y que lo inspiran– permanecen en la actualidad.

## 1. Introducción

El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas (PRCD) no es exclusivo del régimen internacional del cambio climático ni tampo-

1 Profesor de Derecho Internacional del Medio Ambiente de la Universidad Diego Portales. Investigador asociado del Programa de Derecho y Política Ambiental de la UDP. juan.aristegui@mail.udp.cl
Como veremos, esta asimetría convencional –o ausencia de reciprocidad– no es exclusiva del régimen del cambio climático y ni siquiera del derecho internacional del medio ambiente, aunque es aquí donde ha logrado más rendimiento.

co tiene su origen en él, pero es sin duda su piedra angular. Este régimen, compuesto fundamentalmente por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992 y el Protocolo de Kyoto de 1997, es en sí mismo expresión material de este principio, por cuanto permite un trato diferenciado entre las partes y por consiguiente una asimetría convencional.

Aunque discutible, la razón que explica que algunos países tengan más obligaciones que otros es de justicia y equidad,[2] lo que a su vez justificaría la aplicación del PRCD. Como sabemos, los países industrializados se desarrollaron bajo un modelo de consumo y producción basado en la quema de combustibles fósiles y en prácticas industriales sumamente contaminantes, problema que desde la Revolución industrial ha ido en aumento exponencial y hoy es la causa principal no solo del calentamiento global sino también de otros problemas ambientales planetarios, como la pérdida de biodiversidad y la desertificación.

De ahí, entonces –entre otras consideraciones–, que los países desarrollados tengan más obligaciones que los que están en desarrollo. Este reconocimiento de una responsabilidad histórica no implicó ninguna forma de "indemnización" hacia los países más pobres, pero sí el compromiso jurídicamente vinculante de asumir en adelante obligaciones de mitigación y de cooperación internacional en la materia. Se entiende, entonces, que sin un tratamiento diferenciado los países en pleno desarrollo no hubieran prestado su consentimiento; lo contrario significaba hipotecar su desarrollo y sus ventajas comparativas.

La realidad bajo la cual se acordaron la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto ha cambiado sustantivamente desde la década de 1990. En la actualidad, economías emergentes como la de Brasil, Rusia, China e India,[3] que no tienen obligaciones de mitigación,[4] han crecido a tasas muy rápidas y poco sustentables, de manera similar a como lo hicieron en su oportunidad los países ricos, lo que ha supuesto que su participación en la totalidad de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) sea hoy igual o superior que las emisiones

2 Veremos que la justicia en el derecho internacional no es un objetivo sobre el que haya acuerdo, aunque se podría decir, siguiendo a Koskenniemi, que al menos el derecho internacional existe como una "promesa de justicia". Koskenniemi, M., "What is International Law For?", en Evans (ed.), Malcolm D., *International Law*, (Oxford University Press) 2003, p. 77.

3 En economía a este grupo de países se les ha agrupado bajo el acrónimo BRIC.

4 Si bien Rusia forma parte del grupo de países con obligaciones diferenciadas (países Anexo I), no tiene obligaciones propiamente tales de reducción de gases de efecto invernadero.

de naciones industrializadas, aunque en términos relativos sigan muy por debajo de países como Estados Unidos, Francia o Reino Unido.[5]

Estados Unidos –que por sí solo es responsable de más del 20% del total de las emisiones globales de GEI– no ratificó el Protocolo de Kyoto (al igual que Australia, en un comienzo) debido a que, bajo su concepción, la asimetría convencional en relación a gigantes como China e India no se justificaba y, sobre todo, porque obligarse a disminuir sus GEI pondría en peligro su hegemonía económica.[6]

En la actualidad, y de acuerdo con el derrotero de las Conferencias de las Partes (COPs)[7] y la manera como el PRCD ha evolucionado a través de ellas, no está claro que las negociaciones sobre el cambio climático nos conduzcan a un resultado satisfactorio, y no precisamente porque el acuerdo alcanzado en la última COP (en Durban, Sudáfrica) contenga un compromiso de particulares características jurídicas,[8] sino porque aún falta voluntad política[9] y debido también a los límites del derecho internacional público al momento de enfrentar problemas globales como el cambio climático.[10]

5 Las emisiones per cápita promedio de GEI de EE. UU. son alrededor de 18.7 toneladas, mientras que las de China alcanza a 4,6 toneladas y las de la Unión Europeaa 7,8 toneladas. International Energy Agency, *World Energy Outlook*, Nov. 10, 2009, disponible en: http://www.worldenergyoutlook.org/.

6 En efecto, las obligaciones de reducción de GEI implican un encarecimiento de prácticamente todo el comercio internacional, porque internalizar las externalidades negativas de las actividades económicas (emisión de CO2, por ejemplo) tiene un costo que al trasladarse a precio implica que puede perderse ventajas comparativas que sean aprovechadas por otros que no tengan la misma obligación.

7 De acuerdo con el Artículo 7(2) de la CMNUCC, "La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención".

8 Como veremos con más detención, la decisión que lanza la *Plataforma de Durban* crea un grupo de trabajo que tiene como misión "...elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o un acuerdo con fuerza legal", formulación que ha despertado suspicacias por su porosidad, dado que "acuerdo con fuerza legal" no es una categoría clara y podría suponer solo una decisión de la COP, cuya naturaleza jurídica tampoco es algo pacífico. Véase Martínez Pérez, Enrique, "La Naturaleza Jurídica de las Decisiones Adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Kyoto" en *REEI*, N° 13, junio de 2007.

9 Sin duda, la voluntad política es imprescindible para el éxito del régimen; si bien hay signos positivos al respecto, los hay también negativos. Por ejemplo, Canadá, Rusia y Japón –tan pronto finalizó la COP en Durban–, anunciaron que no seguirán bajo un eventual segundo período de compromiso del Protocolo de Kyoto.

10 De acuerdo con *Foundation for International Environmental Law* (FIELD), el derecho internacional no sería el problema. FIELD view point, 17 November 2011: http://www.field.org.uk/files/field_durban_viewpoint_17_nov.pdf. Sin embargo, en materia de protección del medio ambiente, el derecho internacional tropieza con múltiples problemas dada la estructura jurídico-política de la comunidad internacional versus la unidad ecológica del planeta y sus problemas ambientales globales. En este escenario, el principio de la soberanía territorial es visto tanto como un obstáculo para la gobernanza ambiental global, como una de las últimas "armas" de los países pobres para exigir a cambio más justicia y equidad. Por lo tanto, si bien el éxito de un acuerdo fuerte en materia de cambio climático

Teniendo en cuenta el escenario actual, cabe preguntarse cuál es el rol que juega y probablemente jugará el PRCD en la continuación del régimen y cómo se abordarán los problemas de justicia y equidad que están detrás del mismo. Para averiguar esto, comenzaremos en lo que sigue con una visión general del régimen del cambio climático (II), luego revisaremos el análisis que sobre el PRCD se ha hecho desde el derecho internacional (III), para finalmente evaluar, de conformidad con las COPs más importantes sostenidas hasta la fecha, las posibilidades de éxito que tiene un nuevo acuerdo internacional con obligaciones de mitigación que involucre a todos los Estados, cualquiera sea la forma que dicho acuerdo asuma (IV). En la conclusión nos haremos cargo de si un acuerdo como el esperado para 2015 guarda sintonía con el principio de la equidad en el derecho internacional (V).

## 2. Visión general del régimen internacional del cambio climático: la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto

### 2.1. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

En 1988, por primera vez la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) –mediante Resolución A/RES/43/53– llamó a que se atendiera de manera oportuna el problema del calentamiento global.[11] En 1990, un Comité de Negociación Intergubernamental inició las negociaciones de lo que llegaría a ser finalmente la CMNUCC. El texto de la Convención se adoptó en Nueva York y se abrió a la firma en la Cumbre de Río de 1992, donde además se firmaron otros importantes instrumentos internacionales como la Con-

pasa primero y ante todo por un compromiso que demuestre una fuerte voluntad política, el derecho internacional no es neutral a estos efectos y el actual ordenamiento jurídico internacional permite que EE. UU. haya casi tenido derecho a veto en cuanto a la vigencia del Protocolo de Kyoto, y que países emergentes fuertes como China e India aparezcan como los responsables de los retrocesos en el régimen si no asumen compromisos de mitigación. Sobre la política internacional medioambiental véase: Hurrel, A., y Kingsbury, B. (eds.), *The International Politics of the Environment*, (Oxford University Press) 1992.

11 En 1988 se creó además el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus iniciales en inglés), instancia científica establecida por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM). El IPCC ha publicado cuatro Informes de Evaluación, el último de ellos en 2007. En este último afirma que si se quiere evitar que el aumento global de temperatura alcance los dos grados centígrados –umbral que se considera peligroso–, los países desarrollados deberían recortar drásticamente sus emisiones de GEI para el año 2020. Estas reducciones podrían ubicarse entre 25% y 40% tomando como base los niveles de 1990. Además, en dicho informe se aclara que el calentamiento global es fundamentalmente el resultado de las actividades antropógenas, despejando las dudas que todavía persistían al respecto. El informe, así como los publicados en 1990, 1995 y 2001, puede consultarse en http://www.ipcc.ch/.

vención sobre la Diversidad Biológica.[12] La CMNUCC entró en vigencia el 21 de marzo de 1994 cuando se alcanzó el número necesario de ratificaciones.[13]

Este es un tratado marco, es decir, un acuerdo vinculante en que se definen objetivos y compromisos generales,[14] los que fundamentalmente apuntan a la mitigación, la adaptación, la transferencia de tecnología y el financiamiento. Los objetivos específicos son abordados a través de decisiones adoptadas por las COPs, pero, si el acuerdo implica un compromiso jurídicamente obligatorio, será necesaria, por regla general, la celebración de protocolos como el de Kyoto.[15]

El objetivo último de la Convención es la "estabilización de la concentración de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático".[16] Dicho objetivo debe "lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible".[17]

Junto a este objetivo general, la Convención reconoce e incorpora ciertos principios ubicados tanto en el preámbulo como en el cuerpo del tratado.[18] Estos principios cumplen la función de orientar las acciones que adopten las partes para cumplir con el objetivo final; en otras palabras, para aplicar el tratado. Asimismo, cumplen un rol clave en la interpretación de la Convención. Los principios reconocidos en la CMNUCC –descritos en varios numerales– pueden agruparse en el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades, la equidad inter

12 Junto a estos tratados marcos, de la Cumbre de Río surgieron tres importantes instrumentos internacionales de derecho blando: la Declaración de Río, la Agenda 21 y la La Declaración Sin Fuerza Jurídica Vinculante sobre la Conservación de los Bosques de Todo Tipo.

13 En la actualidad, la CMNUCC tiene 195 partes (194 Estados y la UE). http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php (visitado el 22 de febrero de 2012).

14 No existe una definición de tratado marco en el derecho internacional y la gran mayoría de las legislaciones internas tampoco lo definen. Sin embargo, existe acuerdo en cuanto a sus características principales.

15 Artículo 17 de la CMNUCC.

16 Artículo 2 de la CMNUCC.

17 Ibíd.

18 No es baladí que los principios estén presentes, además de en el Preámbulo –parte política del tratado que no es vinculante–, en el cuerpo del tratado, porque su fuerza obligatoria es mayor. De hecho, una de las razones de por qué Estados Unidos no es parte de la Convención sobre Diversidad Biológica, es precisamente porque los principios que orientan la misma están en el cuerpo del tratado. Véase, Chandler, Melinda, "The Biodiversity Convention: Selected Issues of Interest to the International Lawyer", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 4, 1993, pp. 141-175.

e intrageneracional, el principio precautorio y preventivo, el derecho al desarrollo sustentable y la cooperación internacional.[19]

Por su parte, los compromisos contenidos en la CMNUCC representan en sí mismos una expresión material de la aplicación del PRCD. El artículo 4 número 1 comienza reconociendo las *responsabilidades comunes* señalando que todas las Partes tienen un conjunto de obligaciones tomando en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias. Entre tales obligaciones pueden listarse las siguientes:

- Elaborar inventarios nacionales de emisiones y sumideros de GEI.
- Elaborar programas nacionales de mitigación y adaptación al cambio climático.
- Promover transferencia de tecnologías.
- Promover investigación.
- Promover intercambio de información.

El número 2 del artículo 4, en cambio, señala las *responsabilidades diferenciadas* y dice: "Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes incluidas en el anexo I se comprometen específicamente a […]":

- Volver en el año 2000 al nivel de emisiones antropógenas de $CO_2$ y otros GEI que tenían al año 1990.
- Los países de la OCDE[20] tienen además la obligación de prestar ayuda financiera a los países en desarrollo para la implementación de la Convención.

19 Artículo 3 de la CMNUCC. Ver un profundo y resumido análisis jurídico de los principios en: International Law Association, Legal Principles Relating to Climate Change, ILA First Report, 2010. Disponible en www.ila-hq.org.

20 La OCDE es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que alberga a las economías más industrializadas del planeta y acapara casi el 80% del PIB mundial. México es miembro de esta Organización desde 1994 y, hasta la entrada de Chile en 2010 a este "exclusivo club", fue el único país en vías de desarrollo. Es importante aquí destacar que no por el hecho de que Chile haya ingresado a la OCDE tendrá que asumir compromisos OCDE en AMUMAs. El PRCD, como se ha dicho, no es exclusivo del régimen del cambio climático y está presente en varios tratados internacionales, como, por ejemplo, el de Basilea. Pero no por nuestro ingreso a la OCDE Chile ha asumido, como por arte de magia, los compromisos pensados para las economías más avanzadas. Lo contrario implicaría la violación del principio del consentimiento que reina en el derecho de los tratados.

### 2.2. El Protocolo de Kyoto

Durante la COP/1 celebrada en Berlín en 1995 se adoptó el Proceso de Berlín, en el que se proponía reforzar los compromisos de las Partes del Anexo I a través de la adopción de un protocolo u otro instrumento jurídico. El mandato especificaba, además, que el proceso debía **(***shall, en inglés) estar guiado por el PRCD. Dicho proceso culminó durante la COP/3, celebrada en Tokyo en 1997, donde las partes de la Convención estuvieron contestes en cuanto a la necesidad de establecer objetivos más específicos y ambiciosos. Fue así como de dicha COP nació el Protocolo de Kyoto,*[21] que en la actualidad cierra el círculo de los instrumentos internacionales obligatorios que componen el régimen del cambio climático.[22]

El Protocolo exige que ciertos países del Anexo I de la CMNUCC reduzcan sus emisiones totales de GEI[23] por lo menos un 5% por debajo de los niveles de emisiones de 1990, en el período de compromiso que va desde 2008 a 2012. Es decir, la línea de base se estableció en el año 1990 respecto de un conjunto de GEI, especificándose que las reducciones debían cumplirse en un determinado período de tiempo.[24]

Para lograr cumplir con esta pesada obligación, se idearon mecanismos flexibles. Estos son instrumentos jurídicos basados en incentivos económicos: i) comercio internacional de derechos de emisión; ii) implementación conjunta (IC); y iii) mecanismo para el desarrollo limpio (MDL).[25] Mientras el primero de ellos opera en función de intercambios de derechos, los otros dos requieren de proyectos físicos destinados a reducir emisiones fuera del territorio nacional. Si bien la IC y el MDL son fundamentalmente iguales, los diferencia que aquel opera entre países Anexo I y este entre países Anexo I y países no Anexo I.[26] Si estos proyectos resultan exitosos,

21 En la actualidad 192 partes han ratificado el Protocolo de Kyoto. http://unfccc.int/essential_background/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/5524.php (visitado el 23 de febrero de 2012).

22 El conjunto de declaraciones, recomendaciones y decisiones adoptadas en las COP y/o Reuniones de las Partes (MOP, por sus iniciales en inglés), tienen su fuente normativa en la CMNUCC o en el Protocolo.

23 Son seis los GEI que componen la "canasta" de gases del Protocolo de Kyoto. Véase Anexo A del Protocolo.

24 Este primer período de compromiso termina el 31 de diciembre de 2012, lo que no significa que el Protocolo en sí mismo termine. Sobre esto volveremos más adelante.

25 Sobre estos mecanismos flexibles, véase Juste Ruiz, José, "Nuevas técnicas jurídicas frente al cambio climático: Los mecanismos de flexibilidad en el Protocolo de Kyoto", en *Derecho y Cambio Climático*, 12, 2009, pp. 95-123.

26 Los países miembros de OCDE a la fecha de la Convención, junto a aquellos otros países en transición, son los que forman parte del Anexo I de la CMNUCC. El resto son los países en vías de desarrollo y se les conoce como países no Anexo I.

los resultados se traducen en unidades de emisión transables o bonos de carbono.

Los proyectos destinados a reducir GEI, ya sea mediante la reducción propiamente tal o mediante su captura en sumideros (*carbonsink*), *deben ser suplementarios y adicionales, dos conceptos no exentos de problemas por falta de precisión y de acuerdo en su definición. Por una parte, la suplementariedad apunta a que el cumplimiento de las obligaciones de reducción de GEI se realice principalmente en el territorio del país respectivo, permitiendo sin embargo cumplir, de forma subsidiaria, a través de proyectos de reducción de GEI llevados a cabo en otro país. El porcentaje de lo que se deba cumplir dentro o fuera del territorio nacional es el punto sobre el que no ha habido acuerdo entre las partes.*

La adicionalidad, por su parte, es una condición cuya definición depende en gran medida de lo que cada país decida entender por "adicional". Para los proyectos MDL, por ejemplo, el artículo 12.5.c del Protocolo la refiere en los siguientes términos: "Reducciones de las emisiones *que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada*".[27] Averiguar cuándo un proyecto es adicional no es un proceso sencillo cuya metodología ha sido definida por la Junta ejecutiva del MDL.[28]

En cualquier caso, lo que inspira a estos mecanismos flexibles es la búsqueda del país donde sea más barato reducir GEI y, por lo tanto, donde sea más barato cumplir con los compromisos de Kyoto. En el caso del MDL, el objetivo es doble porque, al anterior, se suma el de ayudar a las partes no Anexo I a lograr un desarrollo sustentable. Si bien las obligaciones de reducción de GEI recaen sobre los Estados, el Protocolo concibió la participación del sector privado, que, por regla general, será el que desarrolle los proyectos de IC y de MDL.

Dado que el primer período de compromiso del Protocolo de Kyoto concluye en 2012, urge acordar un arreglo que permita que las obligaciones de mitigación adquiridas por la mayoría de los países Anexo I continúen, ya sea hasta que se alcance un post-Kyoto vinculante o un nuevo compromiso que no distinga, como hasta el presente, entre países Anexo I y países no Anexo I.

Ahora bien, como no todas las partes de la CMNUCC son partes del Protocolo de Kyoto (EE.UU. es el ejemplo paradigmático), las negociaciones en las

27 Énfasis agregado.

28 http://cdm.unfccc.int/methodologies/PAmethodologies/tools/am-tool-01-v5.2.pdf

COP /MOP[29]–que se realizan simultáneamente– corren por carriles paralelos. Esta ha sido la tónica a partir de la entrada en vigor del Protocolo de Kyoto en 2005, cuando ratificó Rusia y se cumplió con la exigencia del artículo 25 en cuanto a la necesidad de contar con al menos "55 ratificaciones de Partes en la Convención, entre las que se cuenten Partes del anexo I cuyas emisiones totales representen por lo menos el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del anexo I correspondiente a 1990".[30]

Ya en la primera MOP, en diciembre de 2005, realizada junto a la COP/11, comenzaron las discusiones acerca de cómo el régimen del cambio climático podría ser reestructurado con posterioridad al 2012. Se iniciaron desde esa fecha dos procesos paralelos: el grupo de trabajo ad hoc del Protocolo de Kyoto para el estudio de un futuro compromiso para los países desarrollados más allá de 2012 (AWG-KP, por sus iniciales en inglés), y el diálogo sobre la acción de cooperación de largo plazo (AWG-LCA, por sus iniciales en inglés), bajo la CMNUCC. Este diálogo condujo, en la COP 13 de 2007, al Plan de Acción de Bali. Este Plan inició un proceso para avanzar en el régimen de cambio climático que debía en teoría concluir con un nuevo acuerdo vinculante durante la COP/15 en 2009 en Copenhague. Sin embargo, tal conferencia concluyó con el controvertido Acuerdo de Copenhague, un acuerdo político de incierto estatus jurídico alcanzado entre un subconjunto de las Partes de la Convención Marco y del Protocolo de Kyoto, que ha sido criticado por su falta de legitimidad.[31]

Después del fracaso ocurrido en Copenhague –en particular porque hubo muchas expectativas sobre la firma de un post Kyoto; de hecho, se le denominó en su oportunidad por los daneses como *Hopenhague*–, se han llevado a cabo dos COP/MOP: la de Cancún en 2010 y la de Durban en 2011. Cancún fue un puente para que las cuestiones más importantes ocurrieran un año después en Sudáfrica. Ahora bien, los resultados de Durban pueden ser vistos

29 El Protocolo de Kyoto creó una institucionalidad espejo a la existente en la CMNUCC. Las reuniones de las partes del protocolo, entonces, se denominan MOP (*meeting of the parties*), reservando la expresión Conferencias de las Partes (*conference of the parties*, COPs) para las reuniones bajo la Convención.

30 Esta alta exigencia explica que EEUU se erigiera por un buen tiempo como un país con "derecho a veto", dado que por sí solo representa casi un cuarto del total de las emisiones de GEI.

31 Se trató de un acuerdo a puertas cerradas entre las mayores economías emergentes y EE. UU. alcanzado, como casi siempre, in extremis. Se ha dicho, además, que las responsabilidades comunes implican una participación común en las cuestiones procesales. De ahí que el acuerdo alcanzado no esté contenido en una decisión, que sería la manera de demostrar unanimidad en el acuerdo.

desde la visión popular "del vaso medio lleno o del vaso medio vacío"[32] dependiendo, naturalmente, del lugar desde donde se mire. Mientras los gobiernos son optimistas, la sociedad civil organizada es pesimista.

Las negociaciones celebradas hasta el momento bajo la Convención Marco y el Protocolo de Kyoto pueden ser entendidas como una serie de intentos por materializar y poner en operación el principio jurídico internacional de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Por lo mismo, la evolución que ha sufrido el principio debe primero buscarse en los resultados alcanzados en las negociaciones más importantes, cuestión sobre la que volveremos en la parte 4.

## 3. Análisis del principio jurídico de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

### 3.1. Cuestión previa

El PRCD, como se dijo anteriormente, no es exclusivo del derecho internacional del medio ambiente y, por lo mismo, no deriva del régimen del cambio climático. De hecho, es posible identificarlo primeramente en el área del derecho internacional del comercio. El Acuerdo General relativo a Aranceles y el Comercio (GATT), tanto en su versión de 1947 como de 1995, permite algunas discriminaciones en favor de países menos adelantados, como ocurre con el Sistema Generalizado de Preferencias que permite el ingreso de ciertos productos con arancel cero a aquellos países que conceden dichas preferencias.

Tanto el caso anterior como lo que ocurrió en un comienzo con el Capítulo XI[33] de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, vigente desde 1994, son ejemplos, como apunta Matsui, de trato preferente hacia los países en vías de desarrollo que, de alguna manera, representan la demanda por un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI).[34] Sin embargo, a pesar del eco que encontró en su oportunidad la demanda por un NOEI, es preciso aclarar que en realidad no tuvo éxito y el

32 Boyle, Jessica, "Assessing the Outcome of COP 17. In Pursuit of a Binding Climate Agreement: Negotiators Expand the Mitigation Tent but Reinforce the Ambition Gap", IISD Report, diciembre de 2011.

33 El Capítulo XI de la CNUDM de 1982, titulado "La Zona", es el que regula el régimen de los fondos marinos y oceánicos.

34 Matsui, Yoshiro, "The Principle of Common but Differentiated Responsibilities", en Schrijver, Nico y Weiss, Friedl (eds.), *International Law and Sustainable Development. Principles, and Practice,* 2004, pp. 73-96.

orden económico internacional continúa estando al servicio de los Estados más poderosos del planeta. En efecto, las consideraciones que más apremian a los países en vías de desarrollo, como, por ejemplo, lo que ocurre en el comercio internacional de productos agrícolas en relación con el proteccionismo europeo en la materia, o la inexistencia de una obligación dura de cooperación y financiación del desarrollo por parte de los países ricos hacia los países pobres,[35] prueban que existe todavía un desequilibrio al momento de crear las normas internacionales que disciplinan estas cuestiones.[36]

Donde más rendimiento ha tenido el reconocimiento de responsabilidades diferenciadas, ha sido no en el campo del derecho del comercio e inversión internacional, sino que dentro del derecho internacional del medio ambiente, permitiendo la inclusión de la mayor cantidad de partes en la construcción de regímenes internacionales medio ambientales.[37]

### 3.2. Contenido, significado jurídico y estatus normativo del PRCD

La discusión acerca del contenido, significado jurídico, estatus normativo y aplicación del PRCD al interior del comité de la International Law Association (ILA)[38] –cuyo primer informe fue publicado en 2010–,[39] es un excelente resumen sobre los diferentes puntos de vista sobre la materia.

Algunos miembros del Comité ILA, como Jutta Brunnée, de Canadá, son de la visión que este principio es central para la interpretación, implementación y desarrollo futuro del régimen del cambio climático, y que por lo mismo es necesario determinar sobre cuáles aspectos del principio existe acuerdo, cuáles permanecen desafiados y qué puede estar cambiando respecto de su significado. En cambio, otros miembros, como Alan Boyle, de Reino Unido,

35 El conocido 0,7 % del PIB de los países industrializados destinado a la Asistencia Oficial al Desarrollo, es solo un compromiso político que muy pocos países han cumplido.

36 Fuentes, Ximena, "International Law-making in the Field of Sustainable Development: The Unequal Competition between Development and the Environment", en Schrijver y Weiss, (eds.), op. cit., pp. 7-38.

37 Hay que tener presente, además, que en la mayoría de los AMUMAs está prohibido hacer reservas; por lo tanto, el reconocimiento de responsabilidades diferenciadas adquiere todavía un rol más estratégico.

38 La Asociación de Derecho Internacional fue fundada en Bruselas en 1873. Sus objetivos, en virtud de la Constitución, son "el estudio, la aclaración y desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, y la promoción del entendimiento internacional y el respeto del derecho internacional". http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm

39 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19.

es de la opinión que a partir de la conferencia en Copenhague se podría decir que el principio no es viable.[40]

Es interesante notar que, en cualquier caso, lo que desafía Boyle no es necesariamente el contenido y justicia o legitimidad del principio, sino su viabilidad, es decir, la posibilidad real que dicho principio siga cumpliendo una función relevante en el régimen del cambio climático tras los acontecimientos de la reunión en Copenhague (si bien sobre este punto volveremos en el apartado siguiente, es necesario tener en cuenta lo que señala Brunnee acerca del principio).

Aunque el PRCD ha sido mencionado en múltiples instrumentos internacionales, se encuentra definido solo en la Declaración de Río y en el CMNUCC. El Principio 7 de la Declaración dice:

> Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

El artículo 3.1 de la Convención Marco, menos claro que el Principio 7, señala:

> Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.

Estas definiciones en sí mismas dicen bastante. En primer lugar, la protección del medio ambiente global es una responsabilidad común.[41] En segundo

40 Ibíd., p. 10.

41 En el caso del cambio climático, esta "globalidad" es todavía más evidente que en otros problemas planetarios puesto que la atmósfera es una y no importa por lo tanto dónde se contamina (o donde se deja

lugar, se explicita la necesidad de tener en cuenta la contribución de los Estados desarrollados a la degradación ambiental –así como a las capacidades respectivas de las partes– para la determinación de los diferentes niveles de responsabilidad bajo el régimen.

Una cuestión importante de despejar aquí es que el término "responsabilidad" del PRCD no se refiere a la consecuencia que se deriva de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, sino más bien a un "deber", una "obligación" o una "guía" para articular reglas específicas dentro de un régimen.[42]

En cuanto a su contenido, hay al menos dos posturas en principio incompatibles. Una de ellas entiende que las responsabilidades diferenciadas se justifican en función del nivel de desarrollo económico de los países; la otra considera que el tratamiento diferenciado tiene base en la desigual contribución a la degradación ambiental global y no, por lo tanto, en el desarrollo económico.[43]

En lo relativo a la naturaleza de las "obligaciones" que emanan del principio, algunos estiman que el contenido del principio es obligatorio, mientras que otros lo consideran discrecional. Ello ha conducido a la discusión acerca del estatus legal del principio. Parece claro que todavía el principio no ha alcanzado el grado de norma consuetudinaria en el derecho internacional,[44] es decir, no existe suficiente práctica estatal acompañada de la convicción de que la misma es un imperativo jurídico. Ahora bien, que el principio no

---

de contaminar), porque el calentamiento global se produce por la liberación de GEI sea donde sea que esto ocurra. Con el problema de la pérdida de biodiversidad, por ejemplo, si bien es un drama igualmente planetario, no ocurre exactamente igual que con el calentamiento global. En efecto, la pérdida de una especie endémica ecuatoriana, por poner un ejemplo, no afecta directamente a la biodiversidad de las especies en China; en cambio, los GEI de las termoeléctricas a carbón chinas, al favorecer el calentamiento global, repercuten directamente en todo el planeta (a veces de manera geográficamente desigual) aumentando, entre otras cosas, la pérdida de biodiversidad.

42 Por esto, dentro de otras consideraciones de peso, en la creación del régimen no se planteó compensar a los países en vías de desarrollo por la "responsabilidad histórica" de los países industrializados. Por otro lado, cabe mencionar aquí que el Estado isleño República de Palau ha propuesto a la AGNU que esta solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que se pronuncie acerca de las relaciones entre el cambio climático y los daños de actividades no prohibidas por el derecho internacional, y acerca del derecho del mar (http://www.climatelaw.org/cases/country/intl/icj/palau). En caso que esta iniciativa fructifique, la Corte de la Haya tendría que hacerse cargo inevitablemente del contenido, naturaleza y estatus jurídico del PRCD. En la misma línea, la *Foundation for International Environmental Law* celebró una mesa redonda de expertos jurídicos para el desarrollo de posibles cuestiones jurídicas que podrían ser presentadas a la CIJ para una opinión consultiva sobre los daños del cambio climático. http://www.field.org.uk/news/advisory-opinion-climate-change-damage.

43 Esta segunda posición es la adoptada institucionalmente por la ILA.

44 Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, (Oxford University Press) edición de 2009, p. 356 y ss.

haya adquirido rango de norma consuetudinaria no le resta normatividad, la que se desprende de diversos instrumentos internacionales como la propia CMNUCC, el Protocolo de Kyoto y la citada Declaración de Río, entre varios otros.[45]

### 3.3. Aplicación del PRCD en el régimen del cambio climático

La aplicación del PRCD al régimen del cambio climático debe tener en cuenta, al menos, la manera en que se articula el principio en la CMNUCC; la práctica subsecuente de las partes al respecto; el Protocolo de Kyoto; y el Plan de Acción de Bali. Además, es necesario tener en mente la aplicación del principio fuera de la CMNUCC, así como la implementación de otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMAs) que comprendan al principio.[46]

Todo lo anterior sugiere, según la ILA, que hay aspectos sobre los que existe meridiano acuerdo, otros que concitan un acuerdo relativo y una tercera categoría sobre la que existe escaso acuerdo. En ese orden: hay acuerdo en que el principio reconoce una responsabilidad común a todas las partes por tratarse de un problema de alcance global e interés común,[47] lo que se traduce en el deber de cooperar. Hay consenso también en cuanto a que la responsabilidad de los países desarrollados y de los que están en vías de desarrollo está sujeta a diferenciación.

Menos acuerdo existe sobre los criterios para la diferenciación. Así, por ejemplo, no hay claridad acerca de si el criterio de las emisiones históricas y per cápita es el apropiado. O si, por el contrario, sería más adecuado el criterio temporal, que intenta indagar cuándo los Estados sabían que estaban causando un daño y si eso es relevante para determinar actuales y futuras responsabilidades y obligaciones.[48]

---

45 A los citados aquí y más arriba, suelen agregarse la Convención de Viena sobre el agotamiento de la capa de ozono, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan el ozono, la Convención sobre Diversidad Biológica, la Convención para combatir la desertificación, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, todos instrumentos con una participación virtualmente universal de la comunidad internacional.

46 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19, p. 12.

47 El mismo argumento se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos

48 Se argumenta por algunos que nadie puede ser sancionado por causar un daño respecto del cual no había manera de saber que se estaba produciendo. Este argumento es sumamente débil, por cuanto nunca se ha afirmado que haya que infligir una sanción o una pena por parte de los países industrializados o, más exactamente, a aquellos que tuvieron más responsabilidad en el calentamiento global, sino que dichos países deben compensar, reparar y, por añadidura, tener más responsabilidades que los demás países en la lucha contra el cambio climático. En otras palabras, reparar y compensar no es lo mismo que sancionar.

Todavía menos acuerdo parece existir en relación a la necesidad y criterio de graduación de la diferenciación. Es claro que aquí afloren todas las oposiciones por cuanto graduar la diferenciación supondría, por ejemplo, que países como China e India podrían tener que asumir, bajo el PRCD, obligaciones de mitigación, mientras que las pequeñas islas del Pacífico, algunas expuestas a su total desaparición, no tendrían obligación alguna de reducción de GEI. En otras palabras, bajo este criterio, se asume que las diferencias *entre* países en desarrollo son relevantes para la aplicación del principio.[49]

Aunque este último aspecto ha sido muy resistido por parte de las grandes economías emergentes, lo cierto es que los resultados de las últimas COP/MOP, en particular el Acuerdo de Copenhague y la Plataforma de Durban, son reflejo de esta apertura a un criterio de diferenciación que no solo opera entre países desarrollados y países en vías de serlo, sino también entre estos últimos, lo que implica acoger el criterio de contabilizar las emisiones absolutas sin consideración a la distribución per cápita por países, cuestión que deja dentro de los países con obligaciones de mitigación no solo a las economías emergentes sino a muchos otras economías.[50]

### 3.4. Responsabilidades comunes pero diferenciadas y la equidad en el derecho internacional

De acuerdo con el texto de la CMNUCC, "las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, *sobre la base de la equidad* y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas".[51] No obstante la mención expresa a la noción de equidad, ella no está definida ni existe consenso acerca de su aplicación o su estatus legal, pero claramente cumple un rol normativo a la vez de ser complemento del PRDC.

La noción de equidad en el derecho internacional tiene diversas dimensiones y ha jugado un papel muy importante en la jurisprudencia internacional, ya sea considerándola como un elemento que está "dentro" del derecho (equidad *infra legem*), como elemento que permite al juez colmar lagunas (equidad *praeterlegem*) o, finalmente, como un elemento para decidir en contra de lo que dice el derecho (equidad *contra legem*). Estas categorías, sin embargo,

49 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19, p. 13.

50 Hay que aclarar que, en todo caso, las disposiciones de los acuerdos alcanzados en las COPs son compromisos políticos, no jurídicamente vinculantes.

51 Artículo 3.1 de la CMNUCC. Énfasis añadido.

aunque relevantes para la resolución de controversias, no tienen por ahora mucho rendimiento en el régimen del cambio climático.

Una clasificación general de la equidad distingue la dimensión sustantiva de la dimensión procedimental. La dimensión procesal apunta a la exigencia de tomar en cuenta todos los aspectos relevantes de un determinado asunto con el fin de alcanzar un resultado equitativo. Esta dimensión ha encontrado un fértil desarrollo en la delimitación de espacios marinos, según demuestra una variada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.[52] En dichos casos, la equidad ha jugado un importante rol para colmar lagunas o vacíos legales (equidad *praeterlegem*).

En el régimen del cambio climático, el aspecto procedimental de la equidad puede encontrarse en los principios de equidad intra e inter-generacional y la capacidad que tendrían estos para incidir en el proceso de formación de normas internacionales sobre el cambio climático –e incluso fuera del régimen–, y en la justificación de la adopción de ciertas medidas, más que en la resolución de controversias.[53]

Por su parte, la dimensión sustantiva de la equidad –menos desarrollada que la procesal– tiene diferentes expresiones. En términos generales, hay dos significados de equidad aplicables al derecho internacional del medio ambiente: la utilización equitativa de los recursos naturales y la repartición equitativa de los costos en el manejo de los problemas ambientales, en particular cuando se refiere a tratar con los daños y riesgos ambientales.[54]

Un ejemplo de lo primero se encuentra en la Convención sobre Diversidad Biológica, que exige la repartición justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.[55] Un ejemplo de lo segundo, es decir, de cómo se distribuyen los costos de la protección del medio ambiente, se da en el caso del cambio climático y del agotamiento de la capa de ozono. En estos regímenes, los países industrializados han reclamado la

52 Véase al respecto el caso de la Plataforma continental del mar del norte, CIJ, 1969

53 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19, p. 16. En otro orden de ideas, la equidad intra e inter-generacional es el principio que reconoce que el cambio climático es un *problema inter-temporal*. Las acciones y omisiones del presente tendrán implicancias en las condiciones climáticas del futuro, al igual como las acciones llevadas a cabo en el pasado han tenido impacto en el clima actual. Es probable que la decisión de la COP que impidió la energía nuclear en el contexto de la IC y el MDL haya tenido presente el principio inter-generacional, dado que, mientras los beneficios de la energía se disfrutan por las actuales generaciones, los desechos nucleares estarán de cargo de las futuras generaciones.

54 Ibíd., p. 15.

55 En 2011 se adoptó el Protocolo de Nagoya que precisamente regula esta problemática.

cooperación internacional de los países en vías de desarrollo porque son conscientes que el problema exige una participación global. Sin embargo, quienes aprovecharon las ventajas de un crecimiento que no tuvo en consideración el agotamiento de la capa de ozono y el aumento de la temperatura global no fueron los países en desarrollo y, por consiguiente, es evidente que ellos no deban soportar las cargas de resolver el problema.

Henry Shue sostiene que "cuando en el pasado una parte se ha aprovechado injustamente de una ventaja al imponer costos sobre los demás sin su consentimiento, los que han sido unilateralmente puestos en desventaja tienen derecho a exigir que en el futuro aquellas partes que se aprovecharon soporten sobre sus hombros mayores cargas que los demás al menos hasta el equivalente de la ventaja injusta previamente aprovechada, en orden de restablecer la igualdad".[56]

El objetivo de exigir entonces que los países ricos, causantes del cambio climático, soporten unas cargas, obligaciones o responsabilidades mayores, no es sino "restablecer la igualdad". Aparte de ello, Shue sostiene que hay otras razones que justificarían un tratamiento diferenciado. Una de ellas apunta a quién está en mejores condiciones de pagar (en nuestro caso, por la mitigación). La respuesta que da Shue en este escenario es que, "entre un número de partes, de entre todos aquellos que están obligados a contribuir a un esfuerzo común, las partes que tiene más recursos normalmente deberían contribuir más a la empresa".[57]

Llevada la afirmación anterior al caso del cambio climático, la pregunta sería: ¿quiénes tienen más recursos para contribuir a solucionar –mitigar, en rigor– el problema del calentamiento global? Y la respuesta no es ni sencilla ni evidente porque "quién tiene más recursos" dependerá de las necesidades de cada país. Bajo este parámetro, quienes deberían aportar más probablemente no serían China, India o Brasil, que todavía tienen problemas más acuciantes que resolver, como la pobreza extrema de parte de su población.

Una tercera razón para el tratamiento diferenciado encuentra asidero bajo contextos denominados "desigualdades radicales", cuya formulación teórica sería la siguiente: "cuando algunas personas tienen menos que suficiente para llevar una vida digna y otras tienen mucho más que suficiente, y los recursos totales disponibles son tan grandes que todo el mundo pudiera te-

56 Shue, Henry, "Global Environment and International Inequality", en *International Affairs*, 1999, pp. 531-545. Traducción propia.

57 Ibíd., p. 537. Traducción propia.

ner por lo menos lo suficiente sin que ello impida a algunas personas tener considerablemente más que otras, es injusto no garantizar a cada uno por lo menos un mínimo adecuado".[58]

Si trasladamos esta máxima al caso del cambio climático, podría concluirse que, en particular algunas islas del Pacífico, en extremo vulnerables a los efectos adversos del calentamiento global, tendrían el "derecho" a exigir que se les asegure lo "mínimo adecuado", es decir, que se evite que el modo de vida de aquellos que tienen más y que incluso bajo circunstancias más justas podrían continuar teniendo más, suponga el hundimiento –literal en algunos casos– de los territorios insulares pequeños.

En resumen, mientras la primera justificación de un tratamiento diferenciado se hace cargo de desigualdades originales (históricas), la segunda tiene por objetivo impedir que las desigualdades actuales empeoren. El tercer caso, por su parte, busca evitar o corregir las desigualdades radicales, es decir, aquellas que no encuentran justificación alguna porque, incluso corrigiéndolas, no supondría que los que tradicionalmente han gozado de más riqueza dejen de gozar de ella.

## 4. Evolución del PRCD desde Marrakech a Durban

De acuerdo con Daniel Bodansky, desde que las negociaciones sobre cambio climático comenzaron en los inicios de la década de 1990, su régimen se ha desarrollado en tres etapas.[59] La primera consistió en el establecimiento de la CMNUCC, etapa que duró desde su firma en 1992 hasta 1994 cuando entró en vigor. La segunda etapa se enmarca entre la negociación y firma del Protocolo de Kyoto en 1995 y los Acuerdos de Marrakech de 2001. La fase actual –que la COP de Copenhague debió en teoría terminar– consiste en la etapa destinada a alcanzar un acuerdo que vaya más allá del Protocolo de Kyoto, cuyo primer período de compromiso termina a fines de 2012.

Es a partir del tercer período descrito por Bodansky cuando se comienza a reformular el PRCD. Esta etapa se inicia con los Acuerdos de Marrakech. A continuación se revisan cuatro de las negociaciones más relevantes sostenidas desde entonces para describir cómo ha ido mutando el origen, contenido y aplicación del principio.

58 Ibíd., p. 541. Traducción propia.

59 Bodansky, Daniel, "The Copenhagen Climate Change Conference: A Postmortem", en *AJIL*, 2011, pp. 230-240.

### 4.1. Los Acuerdos de Marrakech[60]

Las más de 200 páginas del texto que contiene el conjunto de decisiones denominadas Acuerdos de Marrakech, componen lo que se conoce como el *Kyoto rule-book* (libro de reglas de Kyoto), por cuanto traslada el Acuerdo –político– de Bonn a un texto legal[61] que, entre muchas cosas, pone en operación los mecanismos flexibles para el cumplimiento, como el MDL.

Desde el punto de vista que nos interesa, con los Acuerdos de Marrakech las diferencias en materia de cambio climático sufrieron un giro: se pasó de una confrontación entre los países europeos y Estados Unidos a una entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, dado que las negociaciones revelaron diferencias importantes entre ambos bloques.

Con anterioridad a Marrakech, es decir, durante la primera década del régimen, los procesos de negociación se enfocaron exclusivamente en las reducciones de emisiones por parte de los países desarrollados, apartando de la mesa las demandas norteamericanas de incluir a los países emergentes.[62] A partir de 2001 el eje de la discusión cambió, acentuándose las diferencias de opinión ya no entre los países industrializados, sino entre estos y los países en vías de desarrollo, en particular entre EE. UU. y China. Este cambio, sin embargo, se mantuvo en una suerte de hibernación por la negativa norteamericana a ratificar el Protocolo de Kyoto, situación que terminó en 2007 en Bali cuando la confrontación entre países desarrollados y en vías de desarrollo pasó a ocupar un lugar central.[63]

### 4.2. El Plan de Acción de Bali

En 2007 se celebró en Bali, Indonesia, la COP13/MOP3. Diversos eventos que precedieron a esta conferencia influyeron de algún modo en los resultados y, por lo mismo, en la apertura del PRCD.

En abril de 2007, el Reino Unido, en su calidad de presidente del Consejo de Seguridad de NU, convocó al primer debate sobre cambio climático sostenido por el órgano de NU encargado de velar por la paz y seguridad inter-

60 Sobre estos acuerdos, véase Rodrigo, Ángel, "Los Acuerdos de Marrakesh adoptados en la séptima reunión de la conferencia de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático", en Revista Española de Derecho Internacional, vol. LIII, 1-2, 2001, pp. 331-342.

61 Solatu, Friedrich, *Fairness in International Climate Change Law and Policy*, (Cambridge University Press) 2009, p. 100.

62 Bodansky, op. cit., p. 232.

63 Ibíd.

nacional. El Secretario General de NU, por su parte, llamó a una reunión de alto nivel en septiembre de 2007 sobre cambio climático donde se abordaron cuatro temas principales: mitigación, adaptación, tecnología y financiamiento. EE. UU., en la misma semana, reunió a 18 de las mayores economías del mundo, más la Unión Europea (UE) y la ONU, en torno al tema de la seguridad energética y el cambio climático. Ese mismo año, se lanzó el IV Informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus iniciales en inglés) que de alguna manera daba por concluida la discusión científica en torno a si el cambio climático era o no el resultado de la acción antropógena. Además, el premio Nobel de la paz de 2007 se compartió entre Albert Gore y el IPCC por su lucha contra el calentamiento global.[64]

Con todos estos antecedentes, en Bali se lograron importantes progresos en diferentes temas, pero la cuestión fundamental que dominó la conferencia fue la expectativa de alcanzar un nuevo proceso de negociación sobre la cooperación de largo plazo más allá de 2012, cuestión que finalmente ocurrió. De esta manera, el proceso de *diálogo* creado en la COP11/MOP1 de 2005 se convirtió en un proceso de *negociación*.[65]

La idea original fue hacer converger este nuevo proceso de negociación con el iniciado (también en 2005) bajo el Protocolo de Kyoto, buscando alcanzar para 2009 un nuevo acuerdo que comprendiera ambos procesos. Pero es preciso aclarar que, en el afán de alcanzar un nuevo proceso de negociación, no quedó claro si el mismo debía concluir en un acuerdo político o en un acuerdo jurídico vinculante. Los resultados de Copenhague dan cuenta de este "malentendido", pues solo se alcanzó un lacónico acuerdo político negociado a puerta cerrada que no gozó, por la negativa de algunos países, del respaldo de una decisión de la COP, sino solo de un "tómese nota", pese a que una porción importante de las partes, en particular la UE, deseaba alcanzar un acuerdo jurídico.

Junto al logro de lanzar un nuevo proceso de negociación paralelo al iniciado bajo el protocolo de Kyoto, el mandato de Bali retuvo, aunque de manera "suavizada", la diferenciación entre países desarrollados y países en desarrollo. En efecto, la decisión 1/CP.13 contiene el siguiente mandato:

64 Solatu, op. cit., p. 113 y ss.

65 Cabe recordar que, en 2005, en Montreal, se iniciaron procesos paralelos al alero de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto: el grupo de trabajo ad hoc del Protocolo de Kyoto para el estudio de un futuro compromiso para los países desarrollados más allá de 2012 (AWG-KP, por sus iniciales en inglés), y el diálogo sobre la acción de cooperación de largo plazo (AWG-LCA), bajo la CMNUCC.

*b*) La intensificación de la labor nacional e internacional relativa a la mitigación del cambio climático, incluido, entre otras cosas, el examen de:

- Compromisos o medidas de mitigación mensurables, notificables y verificables adecuados a cada país, incluidos objetivos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones, por todas las Partes que son países desarrollados, asegurando la comparabilidad de las actividades entre sí y teniendo en cuenta las diferencias en las circunstancias nacionales;
- Medidas de mitigación adecuadas a cada país por las Partes que son países en desarrollo en el contexto del desarrollo sostenible, apoyadas y facilitadas por tecnologías, financiación y actividades de fomento de la capacidad, de manera mensurable, notificable y verificable;[66]

Si atendemos a la formulación del mandato veremos que los negociadores lograron introducir bastante libertad de acción y flexibilidad. Primero, el *chapeau,* o párrafo introductorio (traducción o explicación) llama a aumentar las acciones (o labores) nacionales/internacionales, salvando así los intereses de países como Estados Unidos que prefieren la vía doméstica ante la internacional. Luego, el *chapeau* habla del "examen", no de negociaciones, de los compromisos o medidas contemplados luego en el párrafo i) y ii). Además, no es inocua la conjunción "o" entre compromisos y medidas, así como tampoco la referencia a "objetivos cuantificados" en vez de "compromisos cuantificados" del borrador de la decisión.[67]

El concepto de mensurables, notificables y verificables (MRV, por sus iniciales en inglés) es un aspecto muy significativo del Plan de Acción de Bali –que trascenderá, según veremos en el análisis de las siguientes COPs– por cuanto exige cuantificar la mitigación, ya sea para los compromisos de los países desarrollados o de los países en desarrollo. En cuanto a esto último, los países en desarrollo sufrieron de esta manera un cambio significativo al mudar desde compromisos cualitativos bajo el artículo 4(1) de la CMNUCC, a un potencial compromiso de cuantificar las medidas nacionales apropiadas de mitigación (*nationally appropriate mitigation action*, NAMAs).[68]

66 Ver http://unfccc.int/resource/docs/2007/cop13/spa/06a01s.pdf#page=3

67 Solatu, op. cit., p. 116.

68 Ibíd.

Ahora bien, no obstante los cambios, el Plan de Acción de Bali parece fiel al principio de equidad y al PRCD al estipular que los compromisos de transferencia de tecnología y de asistencia financiera desde los países desarrollados también deben ser mensurables, notificables y verificables.[69] Desde este punto de vista, el principio de equidad relativo al costo de la mitigación se mantiene íntegro a pesar de la apertura que experimenta el PRCD a partir de Marrakech. Hay que notar, por último, que en Bali se abandona el lenguaje de países Anexo I y países no Anexo I, lo que refleja la posibilidad de introducir diferencias entre estos últimos.

### 4.3. El Acuerdo de Copenhague

Si se cumplía con el Plan de Acción de Bali, en Copenhague se esperaba que se pusiera fin al tercer período (según Bodansky) del régimen del cambio climático, mediante el respectivo acuerdo vinculante que permitiera continuar con compromisos cuantificables luego que terminara el primer período de compromiso del Protocolo de Kyoto, finalizando por consiguiente los dos procesos paralelos de negociaciones a los que nos hemos referido. Sin embargo, Copenhague terminó con un acuerdo político de pocas páginas y que –por la negativa de Bolivia, Venezuela y Sudán– no pudo adoptarse la decisión respectiva, por lo que hubo que limitarse a un "tómese nota" del acuerdo, lo que le restó estatus normativo. Ello reveló los problemas que surgen cuando los procesos no guardan un respeto mínimo por los procesos deliberativos que garantice la máxima participación de todas las partes.

En vez de la adopción de un acuerdo, las partes establecieron un proceso a través del cual podían "asociarse" entre sí por medio de un documento que debía notificarse a la Secretaría de la CMNUCC. En este deben constar los objetivos de mitigación o, en el caso de los países en desarrollo, sus NAMAs, sin perjuicio que algunos, además o exclusivamente, presentaran directamente objetivos de mitigación.

No obstante el estatus normativo del acuerdo, en Copenhague se reformuló sutilmente el problema de la responsabilidad dentro del régimen del cambio climático, cuestión que es posible apreciar en los tres aspectos acordados en esta COP/15, que habían surgido en Bali: i) la diferenciación entre países en desarrollo; ii) la MRV de las acciones de mitigación de los países en

69 Ibíd., p. 117.

desarrollo; y iii) la financiación de las acciones de mitigación y adaptación en los países en desarrollo.[70]

La diferenciación entre países en desarrollo, como se adelantó, se aprecia fundamentalmente en la creación de las NAMAs. En efecto, el párrafo 5 del acuerdo estipula que, mientras "las Partes no incluidas en el anexo I de la Convención aplicarán medidas de mitigación", "Los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo podrán adoptar medidas con carácter voluntario y sobre la base del apoyo que reciban". De esta manera, se pone fin a la distinción binaria de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto, al distinguir en adelante entre tres categorías de países: países desarrollados *con* objetivos cuantificables, países en desarrollo que *adoptarán* algunas acciones, y países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, que *podrán* adoptar acciones sobre la base del apoyo que reciban.

En cuanto a las acciones de mitigación de los países en desarrollo, el problema fundamental es si las NAMAs deberían estar sujetas a un MRV nacional o internacional. Mientras los Estados ricos estaban interesados en una verificación independiente, los países en vías de desarrollo, esgrimiendo razones de soberanía, insistieron en la verificación doméstica de las NAMAs, la que se materializaría a través de las comunicaciones nacionales. Las NAMAs con MRV domésticas (lo contemplado en Bali) no supondrían en sí mismas un gran cambio en el PRCD, aunque de todos modos un paso a su re conceptualización. Pero un sistema de NAMAs con MRV internacional o independiente implica claramente una reformulación de la diferenciación, por cuanto los países desarrollados esperan que las economías emergentes se sometan a este tipo de verificación para alcanzar un acuerdo post-Kyoto.[71]

Al final, se alcanzó un acuerdo ecléctico en relación al MRV de las NAMAs que postergó el problema hacia el futuro: MRV internacional para NAMAs que sean financiadas internacionalmente, y MRV nacionales con "consulta y análisis internacional" para las NAMAs revisadas internamente. Como afirman Bushey y Jinnah, esta diferenciación entre NAMAs sujetas a verificación nacional e internacional es otro importante componente del nuevo carácter que adoptaría el PRCD en un régimen post 2012.[72]

El financiamiento, por último, siempre ha sido uno de los problemas cen-

70 Bushey, Douglas y Jinnah, Sikina, "Evolving Responsibility? The Principle of Common but Differentiated Responsibility in the UNFCCC", en *Berkeley Journal of International Law Publicist*, Vol. 6, pp. 1-10.

71 Ibíd., p. 6.

72 Ibíd., p. 7.

trales del régimen del cambio climático, en relación a las responsabilidades que deban asumir las partes. Muchos países en desarrollo ven en los compromisos de financiación una fuente de construcción de confianzas que demostraría el liderazgo de los países desarrollados en adoptar la responsabilidad primaria en la acción contra el calentamiento global.

El acuerdo llama a la creación de un fondo por casi 30 billones de dólares americanos, así como al establecimiento de diversas instituciones para administrar dicha suma de dinero, incluyendo la creación del Fondo Verde de Copenhague para el Clima. Teniendo en mente que no existe un compromiso vinculante en relación a estos fondos, el fracaso de los donantes en la entrega de los mismos podría tener implicancias catastróficas para el futuro de la cooperación internacional sobre el cambio climático.

Nuevos compromisos con la financiación del proceso representarían la tercera vía por la cual el PRCD se habría reformado y recreado en Copenhague.[73]

### 4.4. La Plataforma de Durban

En la COP/17 de 2001, celebrada en Durban: i)se decidió prorrogar el mandato del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención por un año; ii) se acordó, aunque sin mayor definición, un segundo período de compromiso del Protocolo de Kyoto; iii) se definió el modo de operar del Fondo Verde para el Clima; y, lo más trascendente, iv) se decidió iniciar un proceso para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión jurídica en el marco de la Convención, que sea aplicable a *todas* las Partes, por conducto de un órgano subsidiario de la Convención que se estableció en virtud de dicha decisión y que se denomina Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada (AWG-DP, por sus iniciales en inglés).[74] Se crea así, un tercer carril que se suma al iniciado en Bali y al establecido en Bonn bajo el Protocolo de Kyoto, conocido por su abreviatura en inglés como AWG-KP.

La expresión "para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o un acuerdo con fuerza legal" permite diversas interpretaciones jurídicas. El AWG-DP completará su mandato si es capaz de producir uno de los tres posibles resultados: i) un protocolo jurídicamente vinculante (en virtud del artículo 17 de la Convención); ii) otro instrumento jurídico (lo más probable es

73 Ibíd., p. 8.

74 Al conjunto de estos resultados se le conoce como el "Paquete de Durban" o Durban Package.

una enmienda de la Convención, en virtud del artículo 15, o un nuevo o anexo modificado de la Convención, en virtud del artículo 16); o iii) cualquier otro "acuerdo con fuerza legal". Las tres opciones deben ser acordadas "en virtud de la Convención".

Se afirma que, más allá de las ambigüedades contenidas en el acuerdo, se ha iniciado un proceso que permitirá alcanzar un instrumento vinculante que aseguraría la decisión de la UE de entrar a un segundo período de compromiso bajo el Protocolo de Kyoto.

Qué quiere decir "acuerdo con fuerza legal" es una cuestión poco clara que seguramente provocará acaloradas discusiones. Ello se origina en una propuesta de India, que se oponía férreamente a un nuevo compromiso vinculante. La fórmula final entrega espacio suficiente a los negociadores para alcanzar un resultado que no tome la forma de un instrumento legal expresamente contemplado en la Convención y, sin embargo, siga estando "bajo la Convención" o en virtud de ella, como podría ser una decisión de la COP, instrumento que se adopta por unanimidad.

Es probable que los países en vías de desarrollo que se resisten a compromisos vinculantes sean los que desarrollen más imaginativamente esta tercera opción. Mientras las dos primeras opciones exigen ser ratificadas y, por lo mismo, casi en la mayoría de los países será necesaria la aprobación previa de los Parlamentos, la tercera opción, al no suponer obligaciones jurídicas, no requiere pasar por los poderes legislativos de los Estados. Esto será, sin duda, un argumento a favor de esta opción.

Por otro lado, se debe tener presente la posibilidad de que, aunque el resultado de la Plataforma de Durban sea un instrumento jurídicamente vinculante, el contenido del mismo no necesariamente tiene que ser de compromisos "duros". En otras palabras, en cuanto al contenido del compromiso, es posible que nos encontremos con un *softlaw* similar al contenido en la CMUNCC.

Ahora bien, mientras la decisión 2/CP.15 –que toma nota del Acuerdo de Copenhague– en su párrafo 1 menciona el respeto al PRCD, en la decisión 1/CP.17 adoptada en Durban, y en virtud de la cual se lanza la Plataforma de Durban, sorprendentemente el PRCD se omitió, lo que trae consigo una vuelta a la discusión acerca de las consideraciones de justicia y equidad propias del régimen, que serán, no obstante la omisión, insoslayables en las próximas reuniones.

## Conclusiones

Si a alguien lego en la materia le informaran que el PRCD es la piedra angular del régimen del cambio climático y leyera la decisión que lanza la Plataforma de Durban, pensaría que el principio ha desaparecido por arte de magia. Si bien esto no es efectivo, no se puede desconocer que dicho principio, tal y como fue concebido en la CMNUCC y en el Protocolo de Kyoto, así como en las COPs sostenidas por lo menos hasta 2001, ha mutado en su contenido y forma de operar.

Las consideraciones de equidad y justicia que inspiran al principio, por consiguiente, también han cambiado, fundamentalmente porque algunas economías emergentes hoy lideran las emisiones de GEI. Es probable que el arreglo al que se llegue tras el lanzamiento de la Plataforma de Durban en 2011 será el de un "mínimo común denominador", como suele ocurrir en las relaciones internacionales. Pero dicho arreglo no parece suficiente de cara a los desafíos que impone el cambio climático. Mientras tanto, desaparecerán pequeñas islas (algunas soberanas), aumentarán los refugiados ambientales, y las consideraciones de seguridad y de derechos humanos se harán cada vez más ostensibles.

Esta realidad ha impuesto sobre las economías emergentes la presión suficiente para que se "suban al carro" de la mitigación. El proceso recorrido por la humanidad desde la CMNUCC hasta nuestros días no ha sido precisamente fiel a las exigencia de la justicia y la equidad, lo que revela que si bien el PRCD es un principio jurídico, los imperativos de justicia no son un objetivo en el derecho internacional actual; a lo más, el derecho internacional existiría, según postuló Koskenniemi, como una *promesa* de justicia.

Mencionamos que, de acuerdo a Shue, la razón fundamental de un trato diferenciado en el cambio climático tiene por objetivo "restablecer la igualdad". Sin embargo, es de mi parecer que restablecer la igualdad no es lo mismo que remediar la inequidad. Esto último podría suponer que, una vez alcanzados por parte de los países pobres grados de desarrollo similares a los de los países industrializados, bajo un modelo poco sustentable igual al usado por estos, aquellos que alcanzan el desarrollo deberían subirse al carro de la mitigación. Sin embargo, esta justificación para exigir compromisos vinculantes a las economías emergentes implica eventualmente que no exista posibilidad ya de mitigar el calentamiento global.

Afirmar que China, India o Brasil han alcanzado altos grado de desarrollo contaminando todo lo que quieren y que, por lo tanto, es hora que comiencen, al igual que los Estados ricos, a obligarse en materia de mitigación de GEI, es "restablecer la igualdad" hacia abajo, en vez de hacia arriba.

La encrucijada actual radica en que, sin el compromiso de las economías emergentes, no parece posible un nuevo acuerdo que se encamine de verdad a impedir el aumento de la temperatura global por sobre los 2 grados Celsius, al tiempo que dicho compromiso puede perfectamente no ser justos para la población de esos países, al desviar los recursos necesarios para superar dilemas acuciantes como la pobreza extrema al problema del cambio climático.

El financiamiento, la transferencia de tecnología y la necesidad de un mayor grado de humildad de parte de los países originalmente causantes de este drama planetario, son factores claves para detener efectos que se están dejando sentir por el ciudadano de a pie.

# SECCIÓN COLOQUIOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

# LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTO Y LÍMITE DE SU GARANTÍA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL[1]

*Luis Alejandro Silva*[2]

**Resumen**

Este artículo busca encaminar una comprensión más profunda del principio de supremacía constitucional en Chile, a través del examen crítico de una de sus manifestaciones: la supremacía del Tribunal Constitucional en su calidad de guardián de la Constitución. Este examen crítico se dirige a un argumento que tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y que sirve de fundamento a la doctrina norteamericana de la *judicial supremacy*. Este argumento consiste en extraer como una consecuencia necesaria del carácter escrito, supremo y normativo de la Constitución la supremacía del intérprete jurisdiccional de su texto. En pocas palabras, el Tribunal es el intérprete final y vinculante de la Constitución porque esta es norma escrita y suprema. Este argumento capital de la doctrina de la *judicial supremacy* se halla más o menos implícito en la justificación de la posición del Tribunal Constitucional chileno. Con el artículo se quiere demostrar que el argumento central de la *judicial supremacy,* implícito en la doctrina y la jurisprudencia chilena, no es válido. Y esto quiere hacerse demostrando que una de sus premisas (que la Constitución es norma escrita y suprema) es insuficiente. Dicho de otra forma, lo que se quiere demostrar es que la supremacía constitucional es una cualidad que no se agota en su normatividad jerárquica.

1 La matriz de este trabajo corresponde a la formulación de un proyecto Fondecyt; la presente versión está enriquecida por los aportes de quienes participaron en el Segundo Coloquio de Justicia Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 11 de mayo de 2011, en donde este trabajo se presentó.

2 Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Mail: lsilva@uandes.cl

## 1. Introducción

El significado práctico del principio de supremacía constitucional es ambiguo. Con esto se quiere decir que la garantía del carácter supremo de la Constitución es una función que no está bien precisada ni respecto de su o sus titulares, ni de sus alcances, ni de su naturaleza.

Aunque la formulación del principio en su esencia es pacíficamente aceptada, las implicancias prácticas que entraña son discutidas. Entiendo que estas discusiones revelan una deficiente base teórica del principio mismo. Asumiendo que la supremacía constitucional no puede justificar conclusiones contradictorias entre sí, es preciso profundizar en la comprensión de su naturaleza para extraer las consecuencias que se condigan mejor con ella. Tal es el propósito del presente artículo: ahondar en el significado del principio de supremacía constitucional con el fin de inferir más exactamente sus alcances o consecuencias.

Para disminuir los riesgos de caer en una petición de principio, se ha optado por una aproximación inductiva al núcleo del problema. La idea es indagar en la verdadera naturaleza de la supremacía constitucional a través de sus manifestaciones prácticas. Por ello la investigación se encauza por una de las expresiones típicamente atribuidas a la supremacía constitucional, como son, por ejemplo, el control de constitucionalidad, la aplicación directa de la Constitución, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, el efecto vinculante del precedente o la existencia de un intérprete final. Cualquiera de estas expresiones o efectos servirían como punto de partida para adentrarse en el significado del principio.

## 2. El ambiguo significado de la supremacía constitucional

En Chile, son varios los frentes en que se discute cuál es el significado práctico de la supremacía constitucional. Por ejemplo, respecto de si el control de constitucionalidad es concentrado o difuso;[3] respecto de si la ley interfiere en

3 Soto, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, (Editorial Jurídica de Chile) 1996, p. 40; Ríos, Lautaro, "El control difuso de constitucionalidad de la ley en República de Chile", en *Gaceta Jurídica*, 264, 2002, pp. 20-43; Martínez, José Ignacio, "Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, Humberto (coord.), *La Constitución reformada de 2005*, (Universidad de Talca Librotecnia) 2005, pp. 457-472, entre varios, defienden el control difuso; Precht, Jorge, "Derogación tácita e inaplicabilidad: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 41, 1999, p. 153 y Hernández, Domingo, "Control de constitucionalidad. Precedentes constitucionales", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 4, 2006, pp. 207-222, defienden el control concentrado.

el control de constitucionalidad de los actos administrativos;[4] respecto de la aplicación directa de la Constitución en el recurso de casación en el fondo;[5] respecto de la derogación tácita por inconstitucionalidad;[6] respecto del alcance de las sentencias que interpretan su significado;[7] respecto de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales;[8] o respecto de quién debe ser su garante final.[9]

---

4 Aylwin, Arturo, "Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 20, 1992, pp. 65-76 y Silva, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 1997-2000, defienden la doctrina de la ley pantalla; Aróstica, Iván, "La Constitución en riesgo (Sobre la inconstitucionalidad indirecta de los actos de la administración)", en *Ius Publicum*, 3, 1999, pp. 57-72, la ataca. Véase en esta materia a Silva, Luis Alejandro, *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*, (Legal Publishing) 2008.

5 Zúñiga, Francisco, "Control de constitucionalidad y sentencia", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 34, 2006, defiende que no puede aplicarse contra la ley; Fernández, Miguel Ángel, "Constitución y casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?", en *Estudios Públicos*, 1, año 3, 2005, pp. 97-118, defiende que sí.

6 Están quienes piensan que puede declararla sencillamente el juez de fondo, como Fernández, Miguel Ángel, "Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita", en *Revista de Derecho*, Vol. IV, (Universidad Austral de Chile) 1993, pp. 55-65 y Dominguez, Ramón, "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, Primera parte, 1996, pp. 107-137, y quienes piensan que solo puede declararla el órgano competente para controlar la constitucionalidad de la ley vigente, como Gómez, Gastón, "La jurisdicción constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso", en *Foro Constitucional Iberoamericano* (revista electrónica), 3, (Universidad Rey Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado) 2003, disponible en http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=32, y Valenzuela, Rafael, "El recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile", en *Revista de Derecho*, Vol. XIII, (Universidad Católica de Valparaíso) 1990, pp. 175-198.

7 Esta discusión se ha planteado especialmente respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional. Hay quienes defienden el carácter definitivo y vinculante de las sentencias del Tribunal, como Fermandois, Arturo, "Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o realidad?", en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, (LexisNexis) 2005, pp. 685-696 o Nogueira, Humberto, "La sentencia del Tribunal constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 8, 2010, pp. 79-116; y quienes postulan un efecto solo relativo de sus sentencias, como consta en la historia de la Ley 20.418.

8 Hay quienes piensan que su eficacia es inmediata, como Bulnes, Luz, "La fuerza normativa de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 137-142 y Cea, José Luis, *El sistema constitucional de Chile: Síntesis crítica*, (Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) 1999, y quienes piensan que su eficacia es mediata, como Marshall, Pablo, "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 8, 2010, pp. 43-78 .

9 Algunos piensan que es una función compartida entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, como Bulnes, Luz, "El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional", en *Revista Actualidad Jurídica*, 12, (Universidad del Desarrollo) 2005, p. 63; Cea, José Luis, "El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia ordinaria", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 3, 2005, p. 70; Nogueira, op.cit., nota 6, p. 101. Otros piensan que es una función exclusiva del Tribunal Constitucional, sobre todo desde la reforma constitucional de 2005, como Zapata, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, p. 365; Fernández, Miguel Ángel, "La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del Derecho", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 4, 2006, p. 130; Zúñiga, op. cit., nota 4, p. 372; Cea, op. cit., nota 8, pp. 68 y 69; Colombo, Juan, "Las sentencias constitucionales: Tipología y efectos", en Nogueira, Humberto

Es difícil y arriesgado adelantar un denominador común específico a todas estas discusiones, pero es obvio que en el fondo de todas ellas subyace una diferente concepción del significado de la supremacía constitucional.

## 3. La cuestión del garante último de la Constitución

No es razonable pretender un abordaje al concepto de la supremacía constitucional desde todas las discusiones abiertas sobre él. Por ello es necesario optar por alguna. Un punto que en Chile se ha discutido casi tangencialmente es el de si la supremacía constitucional exige necesariamente un garante último y cuál sea este.[10] La cuestión del garante último de la Constitución (o del intérprete final o del guardián último, todas expresiones equivalentes en este contexto) es un buen punto de partida para penetrar en la inteligencia de la supremacía constitucional, porque en ella convergen polémicamente las dimensiones jurídica y política de la Constitución.

La cuestión del garante último de la Constitución descubre un aspecto de la supremacía constitucional que se repite con más o menos intensidad en todas las demás cuestiones: la dimensión política del principio. En efecto, el poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución tiene una innegable connotación política. Paradójicamente, es típico que este poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución sea atribuido a un tribunal con poder de jurisdicción.[11] Así ocurre en los Estados Unidos y así sucede en Chile.

Si es un tribunal el responsable de establecer el significado definitivo de la Constitución, resulta entonces que las sentencias tendrán un peso político mayor que las decisiones del Congreso y del Presidente, pese a no ser órganos políticos ni gozar de un poder de representación política. La cuestión es, ¿de dónde emana este poder?, ¿cuál es su fundamento? La naturaleza de la Constitución es una de las respuestas que se ha dado; el carácter escrito, normativo

(coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: Presente y prospectivas,* (LexisNexis) 2005, p. 275. Otros piensan que el garante final debería ser un órgano político, como Atria, Fernando, "Revisión judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Estudios Públicos*, 79, 2000, pp. 347-402.

10 Este punto está implícito en la discusión acerca del valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, por esto digo que se ha tocado tangencialmente.

11 Aquí se utiliza el término *jurisdicción* para designar el poder del Tribunal Constitucional para decidir conflictos de constitucionalidad. Por lo tanto, no me estoy haciendo cargo de las diferencias que puede haber entre la naturaleza de la actividad de los tribunales de justicia y del Tribunal Constitucional. Estimo que, en el contexto de este trabajo, las diferencias no son relevantes porque la perspectiva no es la del proceso, sino de la eficacia de la Constitución como norma jurídica suprema y sus consecuencias.

y supremo de la Constitución exigiría que fuera necesariamente un tribunal quien declare su sentido último.

En este contexto, la cuestión del garante último de la supremacía constitucional puede plantearse así: el carácter escrito, normativo y supremo de la Constitución, ¿exige que sea un tribunal quien interprete definitivamente su sentido? La pregunta, en el fondo, es acerca del significado de la supremacía constitucional, y de su respuesta depende en buena medida la existencia de este poder del tribunal y la naturaleza de su fundamento.

## 4. La supremacía del tribunal

Si la supremacía constitucional implica que su garantía está confiada en último término a un tribunal, entonces este tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución. Este argumento ubica al tribunal en una posición de preeminencia respecto de los otros poderes estatales, porque le atribuye el poder de clausurar el debate sobre la constitucionalidad de las materias que se discuten. En este contexto, interpretación suprema, última o definitiva de la Constitución son sinónimos, significando que la sentencia resulta vinculante para todos los órganos del Estado y para toda persona, institución o grupo.[12] En principio, es vinculante no solo la parte resolutiva de la sentencia (cuestión que nadie discute) sino también la parte considerativa. En otras palabras, las sentencias contienen precedentes obligatorios para la interpretación de la Constitución.

En Chile, como se verá, el Tribunal Constitucional es comúnmente señalado como el intérprete definitivo de la Constitución, como el órgano que tiene la última palabra sobre lo que la Constitución significa.[13] Este consenso se apoya en la idea que la naturaleza de la Constitución implica necesariamente que sea un tribunal quien declare en forma definitiva su sentido y alcance. El

12 Así lo define el propio Tribunal Constitucional, en el cons. 70° de la sentencia rol 740, de fecha 18 de abril de 2008, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914.

13 Debo hacer una aclaración. En Chile no existe un control concentrado de constitucionalidad (con esto no se está afirmando que el control de constitucionalidad sea difuso, sino que el poder último para aplicar la Constitución está atribuido a más de un órgano). Esto significa que es inútil buscar un único intérprete final del significado de la Constitución. Esta es –si cabe una interpretación final de la Constitución– una función compartida entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Cierto es que el Tribunal Constitucional tiene la atribución exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero esta no es la única forma de control de constitucionalidad. Al menos debe reconocerse al lado del Tribunal Constitucional a la Corte Suprema, porque, si en principio no puede declarar inconstitucionales las leyes, en cambio puede interpretar la Constitución con pretensiones de *definitividad*.

fundamento teórico (e histórico) de esta explicación está en los Estados Unidos, donde se encuentra prácticamente asentada la doctrina de la supremacía judicial (*judicial supremacy*).

## 5. La doctrina norteamericana de la supremacía judicial

La premisas formuladas por Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison*[14] son el fundamento del *judicial review* y contienen los elementos de la *judicial supremacy*. Si el juez tiene el deber de aplicar la ley, y la Constitución es ley (suprema), entonces el juez tiene el deber de aplicar la Constitución. Este deber comprende la posibilidad de omitir la aplicación de la ley inconstitucional. Desde entonces, con más o menos matices, se asumió que la sentencia de la Corte Suprema que interpretaba la Constitución tenía un efecto general y vinculante, hasta que, en 1958, la propia Corte lo declaró expresamente. La sentencia *Cooper v. Aaron*[15] definió que la Corte es suprema en la interpretación de la Constitución y que, por lo tanto, la interpretación que haga de ella es también (como la Constitución) suprema.

Tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la doctrina de la supremacía judicial parece ser una proyección natural de la supremacía constitucional. "La preferencia americana por una Constitución escrita fue lógicamente seguida por la decisión de confiar el control de su observancia a un colegio de jueces profesionales e independientes".[16] Para Marshall, la supremacía de la Constitución sería una característica esencial de ser escrita.[17] Del carácter normativo, escrito y supremo de la Constitución se sigue que la Corte tiene el poder para declarar su significado con efecto general y vinculante.[18] Sin embargo, esta doctrina es seriamente rebatida en la doctrina.

14 5 U.S. 137, 1803.

15 Corte Suprema de los Estados Unidos, Cooper v. Aaron, sentencia de fecha 12 de septiembre de 1958, disponible en http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=358&page=1. Este criterio se repitió en Corte Suprema de los Estados Unidos, Dickerson v. United States, sentencia de fecha 26 de junio de 2000, disponible en http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=99-5525. La opinión en *Cooper v. Aaron* provee el mayor soporte para afirmar que la Corte es el último o supremo intérprete de la Constitución: Sullivan y Gunther, 2001, p. 24. Lo contrario opina Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3° ed., (Foundation Press) 2000, pp. 256-257, quien ve en la sentencia *Cooper* una prueba de la legitimidad de diferentes fuentes de interpretación de la Constitución.

16 Caenegem, 1995, p. 170.

17 Pettys, 2009, p. 995.

18 Un clásico en la materia es Haines, Charles, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, (General Books) 1914, reimpresión de 2009.

## 6. La doctrina chilena de la supremacía del Tribunal Constitucional

En general, la doctrina chilena tiene asimiladas las premisas de la doctrina de la *judicial supremacy* norteamericana, y le atribuye la supremacía al Tribunal Constitucional. Nogueira sintetiza el argumento: "la superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico".[19] Se entiende aquí que "órgano de cierre" significa la cualidad de clausurar definitivamente un conflicto por la autoridad de la decisión.[20]

Un argumento que refuerza la posición del Tribunal Constitucional en cuanto consecuencia intrínseca del principio de supremacía constitucional se encuentra en su atribución para controlar la constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución. La subordinación de la interpretación constitucional del legislador a la interpretación del Tribunal Constitucional es un efecto de la supremacía constitucional que coloca al Tribunal en la cúspide entre los intérpretes de la Constitución.[21]

Las sentencias del Tribunal Constitucional lo posicionan como el intérprete final de la Constitución, porque su interpretación es la "que más se ajusta a la Carta Fundamental".[22] Luego, a sus decisiones deben ceñirse todos los organismos que están sujetos a la Constitución, en virtud del artículo 6° de la misma.[23] Se infiere que la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la Constitución, por ser "la que más se ajusta" a ella, es suprema y, como consecuencia –añado aquí– es también supremo el intérprete.

El artículo 94 de la Constitución parece confirmar esta cualidad de las sentencias del Tribunal Constitucional, porque estaría reconociéndolas como

19 Nogueira, op. cit., nota 6, p. 101. También Nogueira, Humberto, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 3, 2005, p. 17. Una conclusión parecida puede obtenerse de Silva, Alejandro, op. cit., nota 3: quien asegure la supremacía constitucional se transformará en "la más alta autoridad del Estado" (p. 126), "en el superior gobernante" (p. 127).

20 "Permitir que un mismo asunto pudiera ser vuelto a discutir periódicamente haría imposible que el TCCh fuera efectivamente un intérprete supremo de la Constitución que pudiera orientar la hermenéutica de los demás tribunales y dejaría a los demás poderes del Estado en una situación de constante incertidumbre." Zapata, op. cit., p. 365. Para Colombo, los asuntos decididos por el Tribunal Constitucional "no pueden volver a debatirse" porque es el intérprete supremo de la Constitución, op. cit., p. 287.

21 Nogueira, op. cit., nota 18.

22 Fermandois, op. cit., p. 691.

23 Ibíd.

la última palabra. Serían, por lo tanto, obligatorias, porque no procede contra ellas recurso alguno.[24] El artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (DFL N° 5/2010), que replica el artículo 83 de la Constitución antes de la reforma de 2005 y 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional antes de la última reforma, es también un argumento favorable al efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, porque, en determinadas circunstancias, lo decidido por ellas no puede volver a discutirse.[25]

El carácter vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional se presenta como una consecuencia exigida por su posición de último intérprete de la Constitución: "el efecto vinculante de las sentencias [...] no sólo opera respecto de él mismo sino que de todo el resto de los órganos del Estado que deben ajustarse a la interpretación y los criterios por él manifestados en cuanto guardián supremo de la Constitución".[26]

Parece necesario reconocer que, en la doctrina, la interpretación última o definitiva de lo que la Constitución es, goza de la supremacía de la norma interpretada. Esto es lo mismo que reconocer que las sentencias del Tribunal Constitucional son tan supremas como la Constitución. Luego, se podría aventurar que los fundamentos teóricos de la doctrina de la *judicial supremacy* se replican en Chile respecto del Tribunal Constitucional.

## 7. Las objeciones a la *judicial supremacy* en Estados Unidos

Las objeciones contra la *judicial supremacy* vienen desde distintas direcciones y tienen distinta entidad. Alguna apunta a la inconsistencia lógica de la estructura argumentativa que sustenta la *judicial supremacy*.[27] Otra alude

24 Fernández, op. cit., nota 8, pp. 142-143.

25 Es la lectura que hizo Bulnes del antiguo artículo 83 de la Constitución: Bulnes, Luz, "El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional", en *Revista Actualidad Jurídica*, 12, (Universidad del Desarrollo) 2005, p. 57. En un sentido parcialmente diverso, pero útil a esta tesis, Fermandois, op. cit., p. 689.

26 Peña, Marisol, "El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 4, 2006, p. 181. Como un antecedente del efecto vinculante de las sentencias del intérprete máximo de la Constitución, podría servir la historia del proyecto de reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Boletín 4059-07).

27 Para las distintas interpretaciones posibles de la sentencia *Marbury v. Madison*, ver Chemerinsky, Edwin, *Constitucional Law. Principles and Policies*, 3a ed., (Aspen Publishers) 2006 pp. 31-32. Las objeciones a los argumentos de Marshall en pp. 39-46. Para Tribe, las conclusiones de *Marbury* no son deducciones sino postulados, premisas: Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3° ed., (Foundation Press) 2000, pp. 212-213. Y, concretamente, sobre la relación entre que la Constitución sea escrita y la supremacía judicial: "La premisa de una Constitución escrita no resulta perjudicada y el poder

al diseño original de la Constitución, que no habría contemplado la *judicial supremacy*.[28] Otra se refiere a la inconveniencia política –desde la perspectiva de la estabilidad del sistema– de esta doctrina.[29] Frecuente es la que se dirige a la falta de legitimidad democrática de este poder.[30] Otra niega que la Corte Suprema sea efectivamente el intérprete último de la Constitución: más bien se trata de una función compartida.[31]

En principio, ninguna de estas objeciones niega que la Constitución sea suprema; en cambio, todas ellas niegan que la *judicial supremacy* sea su consecuencia necesaria.[32] Incluso, entre quienes defienden la supremacía de la Corte Suprema, los argumentos no apelan a su necesidad lógica sino a otras razones.[33]

## 8. Las objeciones a la supremacía del Tribunal Constitucional

En el contexto de este trabajo, las objeciones a la supremacía del Tribunal Constitucional son, en realidad, objeciones a una determinada concepción de la supremacía constitucional: aquella que postula la supremacía del Tribunal Constitucional como una consecuencia que emana necesariamente de la naturaleza de la Constitución.

En Chile, como en Estados Unidos, también existe una serie de objeciones contra la supremacía del Tribunal Constitucional. Estas objeciones podrían

legislativo no queda desvinculado de ella, si es que el Congreso mismo juzga la constitucionalidad de sus actos", p. 212.

28 Más bien habría contemplado la *legislative supremacy*: Snowiss, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, (Yale University Press) 1990, pp. 99-100.

29 Involucrar a la Corte en materias de naturaleza política significa desordenar el complejo mecanismo de los *checks and balances* y restar representatividad a los dos poderes políticos: Ward, 2006, p. 17. Una muestra del trasfondo político implícito en la supremacía judicial, en Weiman, Theodore J., "Jurisdiction Stripping, Constitutional Supremacy and the Implications of Ex Parte Young", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2005, pp. 1677-1708.

30 Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Princeton University Press) 2000; Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford University Press) 2004.

31 Tyler, David W., "Clarifying Departmentalism: How the Framers' Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy", en *William and Mary Law Review*, 6, Vol. 50, 2009, pp. 2215-2264; Paulsen, Michael S., "The Most Dangerous Branch: Executive Power To Say What the Law Is", en *Georgetown Law Journal*, 2, Vol. 83, 1994, pp. 217-346 y 225-226.

32 Las objeciones a la *judicial supremacy* no son *per se* objeciones a la *judicial review*. De hecho, es posible defender la segunda sin afirmar la primera: Kramer, op. cit., pp. 249-253.

33 En realidad, en estos casos es más apropiado hablar de la *autoridad* de la Corte que de la *supremacía*. Gibson, James, Caldeira, Gregory y Baird, Vanessa, "On the Legitimacy of National High Courts", en *The American Political Science Review*, Vol. 92, 2, 1998, pp. 343-358.

clasificarse como teóricas, textuales y empíricas. Lo interesante aquí es el cuestionamiento que estas objeciones indirectamente hacen del significado de la supremacía constitucional. Ahora se verá cada una ellas.

### 8.1. Teóricas

Entre los autores nacionales, la objeción que me parece más interesante es la de Fernando Atria. Para este profesor, el argumento de la sentencia *Marbury v. Madison* no es suficiente para justificar que la posición de intérprete definitivo de la Constitución le corresponde al Poder Judicial, porque la aplicación judicial del Derecho no es la única forma de aplicación del Derecho.[34] La efectividad normativa de la Constitución no se decide exclusivamente en su aplicación jurisdiccional; no deja de ser Derecho porque un juez no pueda aplicarla directamente.

Este autor admite, desde luego, la necesidad de que alguien o algo tenga "autoridad o potestad para declarar qué dice la Constitución" con carácter definitivo, es decir, con independencia de la corrección o incorrección de la interpretación/decisión.[35] Sin embargo, quién sea ese algo o alguien es una decisión política "y debe basarse sobre razones políticas".[36] Ahora bien, políticamente, existen mejores razones para atribuirle el poder de interpretar de manera definitiva la Constitución a un cuerpo político que a un cuerpo judicial porque "en una democracia la autoridad más alta del Estado debe ser elegida por y responsable ante el pueblo".[37] De acuerdo a este razonamiento, los jueces no pueden invocar como un atributo esencial de la supremacía constitucional el poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución. Las sentencias que interpretan la Constitución no son necesariamente la última palabra sobre lo que la Constitución es.

En otra línea de argumentación, es oportuno considerar la opinión de Patricio Zapata. Este profesor reconoce al Tribunal Constitucional como el intérprete supremo de la Constitución y a sus sentencias como vinculantes para todos los órganos del Estado, pero no porque lo exija la supremacía constitucional.

---

34 Atria, op. cit., p. 366. Aunque se refiere al Poder Judicial y no al Tribunal Constitucional, me parece que sus argumentos valen igual. En la fecha en que Atria escribió esto, el Tribunal Constitucional no podía controlar la constitucionalidad de la ley vigente, pero ahora sí.

35 Ibíd., p. 377.

36 Ibíd., p. 376. También Zapata, op. cit., pp. 38 y 52.

37 Atria, op. cit., p. 376.

Para Zapata, la justicia constitucional –que identifica con el *judicial review*– obtiene su justificación de la aptitud que tiene "para servir a propósitos sociales [...] nobles y por eso deseables".[38] Los motivos que legitiman la posición del Tribunal Constitucional, "más que derivarse de principios abstractos de Derecho Público", son de conveniencia.[39] En otras palabras, el control jurisdiccional de las leyes descansa en razones políticas y es él mismo una opción política.[40]

Una tercera objeción teórica que quisiera considerar se basa en una comprensión más radical –si así puede decirse– del principio de supremacía constitucional. De acuerdo con esta comprensión, las decisiones del máximo intérprete de la Constitución no sustituyen la obediencia que todos deben directamente a la Constitución. La obligación de respetar la Constitución no queda satisfecha con el acatamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional (o quien fuera el garante último de la Constitución): "[...] el constitucionalismo [...] hace inconcebible la concentración de la definición constitucional [...] en un solo órgano [...] aunque se lo dote del rol de garante máximo de la Constitución [...] Por ello, todos los jueces siguen obligados a respetar la Constitución y no pueden eludir ese deber básico, amparándose en la existencia de un garante máximo de la supremacía constitucional".[41]

### 8.2. De texto

No existe ninguna norma que atribuya o reconozca expresamente al Tribunal Constitucional o a la Corte Suprema la posición de supremacía que le correspondería en su calidad de intérprete último o definitivo de la Constitución. Es cierto que no resulta determinante la inexistencia de una norma así, porque la naturaleza misma de las cosas podría suplir este silencio. Pero, si este fuera el caso, habría que demostrarlo.

El hecho de estar consagrada expresamente la atribución del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes y otras normas podría entenderse como otra objeción contra la doctrina que sustenta la

38 Zapata, op. cit., p. 49.

39 Ibíd., p. 51.

40 Ibíd., pp. 38 y 52, entre otras. Es consistente esta postura con la aproximación escéptica que tiene a la argumentación de *Marbury*, p. 78.

41 Fernández, op. cit., nota 8, p. 142. Estoy abierto a admitir que una concepción "radical" de la supremacía constitucional se traduzca en un control difuso de constitucionalidad, pero no parece coherente –ni posible– que subsistan juntos un sistema difuso de control y un "garante máximo de la Constitución".

posición del Tribunal como intérprete constitucional último. Si la naturaleza misma de la Constitución exige que sea un Tribunal quien diga la última palabra sobre su significado, ¿para qué consagrarlo en un texto?[42]

Tampoco existe ninguna norma que disponga la obligatoriedad de sus sentencias para los demás órganos del Estado. Es más, el artículo 3 del Código Civil conspira contra la posición suprema de los máximos intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, porque restringe el efecto de sus sentencias a las partes involucradas en el conflicto. El contenido de sus decisiones no se extiende con efecto vinculante a los casos similares que puedan darse en otras jurisdicciones o a través de otros procedimientos.[43] Si las sentencias no vinculan a los tribunales, es difícil imaginar motivos para que vinculen a los demás órganos del Estado.[44] Luego, el efecto de las sentencias sería solo persuasivo.[45]

La carencia de imperio de las sentencias del Tribunal Constitucional es un motivo más para estimar que esta judicatura no goza de la supremacía que cabría esperar del máximo intérprete de la Constitución. Si las sentencias del Tribunal Constitucional no se cumplen voluntariamente, no pasa nada.

Generalizando, podría uno deducir de la carencia de apoyo normativo explícito a la supremacía del Tribunal Constitucional y al efecto vinculante de sus sentencias que realmente el Tribunal no es supremo. No, al menos, en el sentido de interpretar definitivamente el significado de la Constitución.

### 8.3. Empíricas

De hecho, las sentencias del Tribunal Constitucional no demuestran ser obligatorias para los demás órganos del Estado, o son obligatorias en un sentido

42 El argumento está tomado de Atria, op. cit., p. 361, aunque el contexto es parcialmente distinto. De todos modos, el argumento no es decisivo porque hay buenas razones para consagrar en una norma exigencias que tienen un origen distinto del netamente positivo o legislativo.

43 En la historia del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional quedó constancia de que este fue el criterio de los legisladores para negar el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, excepto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, 15 de enero de 2007, pp. 30 y 31, Boletín 4059-07.

44 La Corte Suprema ha estimado que el principio del efecto relativo de las sentencias "representa una garantía de la independencia de los jueces [...] al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior." Pronunciamiento del Tribunal Pleno de la Corte Suprema, 19 de junio de 2002, rol 1450-2002.

45 Nogueira, op. cit., nota 6, p. 109. La carencia de imperio de las sentencias del Tribunal Constitucional "presupone una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal [...]". Cea, José Luis, "Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos", en *Actualidad Jurídica*, 17, 2008, p. 170.

muy relativo. La indiferencia con que los demás órganos observan las sentencias que interpretan la Constitución se ofrece como prueba en contra de la supremacía del Tribunal Constitucional. Quiero servirme de un ejemplo para ilustrar esto.

El 3 de febrero de 2007 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud, que aprobaba las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad". Contra este acto se requirió de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En su sentencia, el Tribunal acogió el requerimiento y declaró la inconstitucionalidad de las normas sobre anticoncepción de emergencia, porque "la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer" es inconstitucional.[46]

Si las sentencias del Tribunal gozaran de la misma jerarquía que la norma que aplican, entonces cabría esperar para con ellas el mismo respeto y obediencia que se observa respecto de la propia Constitución. Si las sentencias del Tribunal Constitucional interpretaran definitivamente el sentido del texto constitucional, sería rebelde quien se negara a acatarlas, sin importar el pretexto que invocara. En cambio, si las decisiones del Tribunal solo tienen efecto para el caso concreto y se entiende que la interpretación de la Constitución tiene valor vinculante para esas precisas circunstancias, entonces la inobservancia en otro caso –aunque las circunstancias fueran las mismas– no sería desacato.

El 28 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Esta ley dispone que los órganos de la Administración competentes pongan a disposición de la población, entre otros, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia (artículo 4 inciso 2°), es decir, la "píldora del día después". Si bien la ley fue sometida al control obligatorio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre esa norma.[47]

Este caso me parece que ilustra el débil efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional. Si realmente fuera el intérprete supremo de la Constitución, entonces la ley habría sido inconstitucional, por haber desconocido la

46 Sentencia rol 740, 18 de abril de 2008, considerando 69°.

47 Tribunal Constitucional, rol 1588, sentencia de fecha 14 de enero de 2010, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1305.

interpretación que el Tribunal Constitucional hizo del artículo 19 N° 1 de la Constitución.[48]

Además del caso expuesto, podrían invocarse otros ejemplos que ilustran el débil efecto que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen, y que ya no se explican por su efecto relativo. Sirvan para esto los ejemplos mencionados por Fermandois[49] y, más recientemente, la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la "Ley de Isapres", rol 1710, de 6 de agosto de 2010, que ha sido prácticamente ignorada por las Isapres y los Tribunales de Justicia.[50]

## 9. Sobre el significado de la supremacía constitucional

En este trabajo se plantea el siguiente problema: si el Tribunal Constitucional no es supremo, ¿qué significa la supremacía constitucional? El significado de la supremacía constitucional es el punto central de la cuestión. Aunque no hay hasta aquí más que ideas preliminares sobre el punto, estas ideas son útiles para orientar la búsqueda de una respuesta.

Una de estas ideas sobre el significado de la supremacía constitucional es el reconocimiento de su dimensión política. La explicación de la supremacía constitucional solo desde una perspectiva jurídica resulta insuficiente, unilateral. La supremacía constitucional se garantiza también por órganos políticos, precisamente porque su naturaleza no es exclusivamente jurídica.[51]

La otra idea es desvincular la supremacía constitucional de la idea de un guardián último o de un intérprete final de la Constitución (quienquiera que

48 Aunque me aparte del foco del trabajo, quiero referirme a dos interpretaciones del caso que salvarían la inconsistencia que aquí se advierte. La primera sería postular que la sentencia rol 1710 declaró la inconstitucionalidad del DS N° 48/2007, porque su contenido estaba reservado al legislador. Por esto, cuando se dictó la ley el Tribunal, no la declaró inconstitucional (oí esta interpretación al profesor Matías Guiloff). La segunda sería entender que, al dictar la ley, el legislador acató la interpretación del Tribunal Constitucional, porque ordenó la distribución de la píldora en el entendido de que es anticonceptiva y no abortiva. Y fue por su potencial abortivo que el Tribunal declaró su inconstitucionalidad (oí esta interpretación al profesor Hernán Corral). Obviamente, asumo las eventuales culpas de haber entendido mal a los profesores Guiloff y Corral.

49 Fermandois, op. cit. pp. 692-696.

50 Ver *La Tercera*, 19 de noviembre de 2010, p. 26, y 3 de octubre de 2010, p. 18.

51 Con algunos matices, entiendo que es lo que dijo el Ministro Fernández, cuando afirmó: "*En la Constitución todo es jurídico y todo es político simultáneamente*", Tribunal Constitucional chileno, rol 1288, sentencia de fecha 25 de agosto de 2009, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1288. Bullinger, Martin, "Cuestiones de interpretación de una Constitución", en por todos, Ramón Trillo (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional, Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, (Tribunal Supremo) 2004, pp. 411-429, advierte sobre los riesgos de una Constitución completamente juridizada.

fuera). La determinación del significado de la Constitución es una función compartida entre varios actores: ninguno de ellos tiene el poder de clausurar el debate. Las definiciones de autoridad son, en este sentido, siempre parciales y sirven como antecedentes de las discusiones y definiciones siguientes.

## Conclusiones

El significado de la supremacía constitucional es problemático. El hecho de que el Tribunal Constitucional no sea el intérprete supremo de la Constitución –o lo sea en un sentido muy relativo– es una prueba de lo anterior. Aparte de servir para demostrar el carácter polémico de la supremacía constitucional, el problema de los alcances de la interpretación jurisdiccional de la Constitución descubre algunas pistas para entender mejor qué significa que la Constitución sea suprema. Una de estas pistas es la existencia de varios intérpretes de la Constitución, entre los cuales ninguno puede reclamar una posición superior respecto de los otros. Esta paridad de intérpretes supone una coordinación entre ellos y además refleja –y esta es la segunda pista– la naturaleza compuesta de la Constitución. Porque, entre los intérpretes de la Constitución, los hay políticos y jurídicos, y, si la interpretación de los unos no vincula a los otros, puede ser porque la Constitución es jurídica y política. Precisamente por esta razón se explicaría que la naturaleza de la Constitución no puede servir como fundamento de la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional. La misma razón explicaría que no puede haber un intérprete supremo de la Constitución. De aquí podría afirmarse que la naturaleza de la Constitución es el fundamento y el límite de su garantía.

# EL DERECHO ES LIBRE Y VIVO.[1] EL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE COMO ANTECEDENTE DIRECTO DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO ELABORADADAS EN LA ÉPOCA DEL IUSCONSTITUCIONALISMO [2]

*J. Ignacio Núñez Leiva*[3]

**Resumen**

El propósito del presente trabajo será revisar, a grandes rasgos, los principales perfiles del Movimiento del Derecho Libre, destacando sus ideas más trascendentes. Este ejercicio resulta interesante, a nuestro juicio, pues se puede encontrar numerosas semejanzas entre las ideas de este Movimiento y varios postulados que hoy son protagonistas de importantes y difundidas teorías del Derecho, especialmente aquellas surgidas al amparo del Estado Constitucional de Derecho.

1 El presente trabajo corresponde a una investigación desarrollada en el marco de los estudios doctorales que cursa el autor en la Universidad de Castilla La Mancha, España, bajo las órdenes del Prof. Dr. Luis Prieto Sanchís, a quién se agradece por su atenta guía y siempre iluminadores consejos. También manifiesto mi gratitud a la colega y fiel colaboradora Rocío Salazar Pizarro; sin su ayuda me hubiera sido imposible terminar esta versión del presente trabajo.

2 La Rúbrica *Iusconstitucionalismo* se extrae de *Principia Juris*, obra en que Luigi Ferrajoli contrasta tres filosofías del Derecho: iusnaturalismo, iuspositivismo y iusconstitucionalismo. En tal ejercicio afirma que "La dimensión sustancial y nomoestática de la validez propia del derecho jurisprudencial pre moderno, que había sido excluida por el primer positivismo jurídico, vuelve a condicionar el sistema en el Estado Constitucional de Derecho a través de las normas constitucionales". Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris: Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo II, (Trotta) 2011, p. 41.

3 Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional (2012) por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Magister en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Interpretación de los Derechos y Libertades Constitucionalmente Reconocidos y Doctor © en Derecho, por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor y Director de Post Grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Coordinador del Círculo Académico Nuevas Perspectivas en Derecho Público, miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Email: jinunez@uc.cl

## 1. Pórtico:

A finales del siglo IX y principios del siglo XX, surgió en Alemania una fuerte oposición al positivismo dominante. Esta corriente –que se suele agrupar bajo la rúbrica de *Movimiento del Derecho Libre* (*Freirechtsbewegung*)– emergió principalmente como una reacción práctica contra el método de interpretación positivista ampliamente difundido, que fue objeto de censura por ser considerado una jurisprudencia conceptual y constructiva (la jurisprudencia de conceptos) ajena a la vida, un culto a la letra de la ley, un fetichismo legal.[4] Se criticaba tanto su concepción ideal del juez como la construcción de una ciencia jurídica (y del jurista) teñida por la pretensión de erigirse como un sistema completo, capaz de resolver cualquier controversia a partir de las normas predefinidas por el derecho positivo vigente.[5] Abundante en ironías –pero no por ello menos precisa–, la retórica del *Derecho Libre* caracterizó al juez modelo de la época como un autómata.

Como certeramente relata García Amado, el Movimiento del Derecho Libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica. [6] [7] Es más, autores como Calamandrei han llegado a afirmar que el Derecho Libre es una doctrina despreocupada y romántica, cautivante para los juristas que carecen de buen sentido y que equivale a la ausencia de todo Derecho.[8] Ello se debería al empleo –tergiversado, por cierto– que de sus ideas hicieran el nazismo y el régimen revolucionario de la Rusia soviética. Este último, apelando a (su interpretación de) los postulados del Derecho Libre, justificó la abolición de la codificación zarista, suprimió la judicatura reemplazándola por tribunales populares y declaró como Derecho válido a las normas derivadas de la "conciencia proletaria".

4 Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2007, p. 242.

5 Segura Ortega, Manuel, "El movimiento del Derecho Libre", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, (Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política) 1993, p. 425.

6 García Amado, Juan Antonio, "Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, (Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política), 1997, p. 804.

7 "Pecados" que en los anales del siglo XXI se imputarán también a prestigiosas y difundidas variantes ideológicas y metodológicas del paradigma (neo) constitucionalista.

8 Calamandrei, Piero, "Fe en el Derecho", en Calamandrei, Silvia (coord.), *Fe en el Derecho*, (Marcial Pons) 2009, p. 89.

Con todo, pareciera ser que el *Freirechtsbewegung* es –pese a su temprana disolución– uno de los movimientos de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento iusfilosófico.[9] Conspiró contra su consolidación el estallido de la primera guerra mundial en 1914, momento en que sus referentes intelectuales recién delineaban sus perfiles. De su influencia dan cuenta afirmaciones como las de Hans Kelsen, en orden a que la *Teoría pura del Derecho*, en cuanto a la consideración del ordenamiento jurídico como sistema dinámico, recoge algunas tesis del *Derecho libre,* particularmente la que sugiere que la aplicación de la ley por parte de los tribunales y de la administración es auténtica creación de Derecho; o la de Alf Ross quién, en *On Law and Justice* –a propósito de la misma idea– señala que las teorías del derecho libre se encontrarían más cerca de la verdad que las teorías positivistas.[10] No en vano el mismo Kelsen, en una recensión publicada en 1915, dedicó extensas e intensas páginas a criticar el pensamiento de uno de los principales autores del movimiento. Incluso García Amado, en un trabajo de fines del siglo XX, afirmó reiteradamente la existencia de coincidencias entre este movimiento y algunos de los postulados de la teoría del derecho surgida con el constitucionalismo contemporáneo.[11]

En atención a lo anterior, el propósito del presente trabajo será revisar, a grandes rasgos, los principales perfiles del Movimiento del Derecho Libre, destacando sus ideas que han resultado más trascendentes. Este ejercicio resulta interesante –a nuestro juicio– pues se puede encontrar numerosas semejanzas entre las ideas de este Movimiento y varios postulados que hoy son protagonistas de importantes y difundidas teorías del derecho contemporáneas, especialmente aquellas surgidas al amparo del Estado Constitucional de Derecho.[12]

## 2. Antecedentes y albores del Movimiento

Para explicar las causas de la aparición del Movimiento del Derecho Libre es necesario situarlo en su contexto histórico.

9 Recasens Siches, Luis, "Situación presente y proyección de futuro de la filosofía jurídica", en *Anales de la Facultad de Derecho*, Tercera Época, III, (Universidad de Chile)1956, p. 142.

10 De Prada García, Aurelio, "Por un modelo de jurista: El movimiento del Derecho Libre", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 18, (UNED) 2001, p. 15.

11 García Amado, op. cit., pp. 803-825.

12 Sobre el particular, ver la serie de columnas tituladas "Como reconocer a un Neoconstitucionalista" publicadas por el autor en *El Diario Constitucional* (www.diarioconstitucional.cl)

Durante el siglo XIX, la ciencia jurídica alemana se había esforzado por construir un sistema de conceptos pretendidamente completo, con la intención de que fuese empleado como instrumento para la resolución de todos los posibles casos reales. Con dicha impronta, en 1900, se dictó el Código Civil alemán. Este, en opinión de autores como Ernst Fuchs, implicó un retroceso para el desarrollo jurídico: mientras la vida social evolucionaba, mientras se transformaban radicalmente las condiciones económicas, la técnica, la industria y el comercio –sostuvo el autor– la ciencia jurídica, por el contrario, permanecía estática como en la Edad Media, utilizando métodos arcaicos.

En Francia, la ciencia jurídica de la época mostraba una fuerte influencia de la *Escuela de la Exégesis*. Ella –según expresan Gèny y Ross– se fundaba en dos ideas principales. Primero, que en el ámbito de una legislación codificada toda decisión jurídica debe apoyarse directa o indirectamente en una ley escrita, pues aquella es la única fuente del Derecho. Y, segundo, la conversión de reglas jurídicas en decisiones jurídicas tiene lugar bajo la aplicación de una lógica deductiva formal, que parte de ciertos conceptos jurídico –sustantivos de carácter abstracto– como insumos para tal operación. De estas premisas se derivaban necesariamente ciertas consecuencias prácticas.

En tal contexto, el punto de partida para la aplicación del Derecho es una interpretación *stricto sensu* del texto legal. Si el texto es claro, la interpretación se circunscribe a su tenor gramatical. Si, en cambio, el texto es oscuro o solo de manera indirecta concierne al caso, procederá una interpretación lógica en base a inferencias formales (*a contrario, a pari, a majori ad minus y a minori ad majus*) y consultando, eventualmente, los trabajos preparatorios del texto a fin de aportar en la definición de la "voluntad del legislador". Consideraciones de la equidad, la costumbre o la naturaleza de las cosas, quedan completamente al margen. Allí donde la ley no pueda aplicarse directamente o mediante una interpretación lógica, la decisión debería adoptarse mediante una construcción jurídica realizada a partir de la ley y los conceptos jurídicos. Con todo, según afirma Ross, algunos juristas más radicales sugieren que los casos en donde no se pueda aplicar una ley resultan extremadamente excepcionales y que ante ellos correspondería rechazar esa pretensión, dado que no encuentra apoyo en la ley. En síntesis, para esta concepción el Derecho es la ley; el jurista, un geómetra; y la sentencia, un silogismo.[13]

13 Ross, op. cit., p. 96.

En Alemania, la llamada jurisprudencia de conceptos influía profundamente en la ciencia jurídica con una teoría de la aplicación sustentada en la existencia prejudicial del Derecho, conforme a la cual, al juez le correspondía exclusivamente localizar y aplicar la regla jurídica adecuada para el caso. Si aquella regla no existía en forma expresa, la ciencia jurídica debía hallar la solución requerida a través de la analogía, por la vía de un razonamiento lógico a partir del material jurídico ya existente. Por el contrario, se rechazaba cualquier interpretación basada en la finalidad de la ley, en el valor intrínseco de la decisión, en la naturaleza de la cosa o en la equidad. La pieza clave de esta construcción metodológica era la idea del concepto jurídico, entendido como un contenido jurídico positivo postulado a priori en forma de concepto. A partir de él, se pretendía desarrollar la construcción de complejas moléculas conceptuales que alimentasen la labor jurisdiccional. Se buscaba –al igual que la escuela de la exégesis– erigir un sistema de interpretación con pretensiones de lógica, objetividad[14] y perfección.

En síntesis, siguiendo a García Amado,[15] el formalismo exegético y conceptual que campeó en la ciencia jurídica del siglo XIX ostentó las siguientes características comunes:

- Afirma que el sistema jurídico es completo y perfecto, y que proporciona siempre una única solución correcta para cada caso concreto que al juez corresponda decidir, ya sea por la vía del Derecho codificado en Francia o por intermedio de esencias pre positivas en Alemania.
- Comprende a la actividad judicial como un procedimiento meramente subsuntivo de índole mecánica.
- Describe (y prescribe) al razonamiento jurisdiccional como un silogismo simple, del que la premisa mayor es la regla jurídica y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores presupuestos. Por tanto, solo de aquellas dos premisas o factores se deriva con necesidad lógica el fallo a modo de conclusión.
- Concibe a la labor del juez como una operación cognoscitiva meramente abstracta. Ello implica que el sentenciador no es propiamen-

14 Ibíd., p. 235.

15 García Amado, Juan Antonio, *El Derecho y sus circunstancias*, (Universidad Externado de Colombia) 2010, p. 87.

te alguien que decide, sino que conoce lo que para un caso dispone como solución necesaria el sistema jurídico. Su labor se circunscribe a extraer las consecuencias del sistema para ese caso, pero sin acudir a insumos morales, políticos o de cualquier otra índole que imprima un talante valorativo.

- El juez es, entonces, un científico. Su labor se aparta remotamente de la actividad decisoria legislativa.

## 3. El Movimiento del Derecho Libre

Una conferencia pronunciada por Eugen Ehrlich en Viena el 4 de marzo de 1903 constituiría el punto de partida del Movimiento del Derecho Libre.[16] Contendría la base de aquellas ideas que posteriormente fueron desarrolladas por los juristas del *Freirechtsbewegung*,[17] postulados que comparten una génesis de talante crítico y rupturista, pero que tienden a divergir en su faceta propositiva, la que en algunos casos incluso se omite. Esto último, lamentablemente, dio pie para posteriores tergiversaciones del movimiento y aprovechamientos ideológicos por parte de regímenes totalitarios.[18]

Los autores del Movimiento del Derecho Libre suelen indicar como origen doctrinario mediato de su pensamiento a las ideas de Francoise Gèny, específicamente a su obra *Méthode d' interprétation et sources en droit privé positif* de 1899. Sus comentaristas[19] –a propósito de su génesis– aluden también a la obra de Oskar Bülow titulada *Gestz und Richterant*, de 1885.[20] Con todo, el listado de los responsables de su bibliografía representativa quedaría incom-

16 Segura Ortega, op. cit., p. 425.

17 Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, (Bosch) 1991, p. 205.

18 Las ideas jurídicas de Kantorowicz, según ponen de manifiesto algunos de sus comentaristas, fueron adoptadas y alabadas por el régimen nacionalsocialista alemán. Desde luego, la intención de su autor no fue apuntar en aquella dirección. Más aun, el autor fue posteriormente perseguido por dicho régimen en virtud de sus drásticas opiniones en contra de él. Con todo, puede resultar evidente el interés de los ideólogos del nazismo en una doctrina que apelaba a un Derecho implícito en las convicciones o sentimientos del pueblo y a una judicatura fuerte que pudiere aplicarlo. Ver Squella, Agustín, *Introducción al Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile) 2000, p. 440.

19 Segura Ortega, op. cit., p. 426.

20 Eugen Ehrlich, en el prólogo de su obra *Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho Libre*, de 1903, afirmó que "un malentendido hace figurar a Bülow entre los partidarios del libre descubrimiento del Derecho". Expresa Ehrlich que la cercanía de Von Bülow con el movimiento se debería únicamente a su tesis de que la actividad judicial es creativa y no meramente aplicadora del Derecho. Ehrlich, Eugen, *Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho Libre*, en Ehrlich, Eugen, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, (Pons) 2005, p. 57.

pleto sin incluir a Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz, conocido también este último bajo un seudónimo no escogido al azar: *Gneus Flavius,*[21] quien, siendo escriba del sistematizador de las "Acciones de la Ley" romanas tradicionalmente conocidas solo por el Colegio de Pontífices–, las sustrajo y posteriormente puso a disposición del pueblo.[22]

Desde sus albores, la faceta crítica del *Freirechtsbewegung* al referirse a la ciencia del Derecho combinó ingenio, ironía y un cierto tono beligerante. La descripción más famosa del modelo de jurista cuestionado por el *Freirechtsbewegung* es la proporcionada por Kantorowicz en *La lucha por la ciencia del Derecho*, obra que en el primer párrafo de su introducción contiene la conocida alegoría del "Jurista de la mesa verde": "un alto funcionario estatal, con formación académica, que se sienta en su celda, armado tan solo de una máquina de pensar, aunque, ciertamente, muy refinada. En esta celda se halla solo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, real o ficticio, y en cumplimiento de su deber, con ayuda de operaciones puramente lógicas y de una técnica secreta solo por él conocida, es capaz de demostrar, con absoluta exactitud, la decisión predeterminada por el legislador en el código".[23]

Se distingue en la alegoría de la mesa verde la prohibición del *non liquet*. El jurista cuestionado por Kantorowicz puede y debe resolver cualquier asunto sometido a su decisión, pero siempre extrayendo la solución de la ley, sin crear Derecho. Lo cual es posible, en términos lógicos, solo en tanto no se acepte la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. La imposibilidad de generar Derecho y la de elidir fallar solo pueden conciliarse entre sí partiendo de un tercer supuesto: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara.

En *La lucha por la ciencia del Derecho*, el mismo Kantorowicz completa esta impresión: "sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta

21 Pacheco, Máximo, *Teoría del Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile) 2004, p. 775.

22 Sobre el particular, Aurelio De Prada expresa: "no procede, desde luego, hacer hincapié en la trascendencia histórica de Gnaeus Flavius, en su papel en el paso de la Jurisprudencia arcaica a la preclásica, de la jurisprudencia pontifical a la laica [...] trayendo a la memoria el texto de Pomponio recogido en el Digesto o los magníficos análisis al respecto de Ihering, de Fustel o de Coulanges. Pero sí resulta obligado concluir que la reivindicación, de esa forma, utilizando como seudónimo el nombre de quien robó las fórmulas de las acciones entregándolas al pueblo [...], de quien asimismo divulgó publicándolo cerca del foro, el calendario pontifical, con indicación de los días hábiles para impartir justicia, no es ciertamente inocente". De Prada García, op. cit., p. 33.

23 Kantorowicz, Herman, "La lucha por la ciencia del Derecho", en Savigny, Friedrich Carl von, Kirchmann, Julius Hermann von, Zitelmann, Ernst y Kantorowicz, Hermann, *La ciencia del Derecho*, Traducc. de W. Goldschmidt, (Losada) 1949, p. 329.

plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aun en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aun en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino[...]"[24]

Y, posteriormente, define el talante del *Freirechtsbewegung:* "mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñonos a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero".[25]

## 4. Principales tesis del Movimiento del Derecho Libre

Según hemos indagado, el pensamiento del *Freirechtsbewegung* se articula en base a 5 tesis principales: una sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la ciencia jurídica y una quinta acerca del rol del juez y la enseñanza del Derecho. A todas ellas pasaremos revista a continuación.

### 4.1. El Derecho no es solo estatal: es libre y vivo

Como ya se ha expresado, durante el siglo XIX la mayoría de las corrientes jurídicas (menos la histórica) afirmaban categóricamente que el Derecho era (y únicamente debía ser) un producto de la voluntad del Estado. El proceso codificador elevó tal impresión al nivel de dogma.

Desde esa perspectiva, el Estado –personificado en sus poderes tripartitamente distinguidos– habría de monopolizar la producción de normas jurídi-

24 Ibíd., p. 340.

25 Ibíd., p. 361.

cas. La interferencia de cualquier otra fuente de producción resultaría ilegítima y perniciosa.[26]

El Movimiento del Derecho Libre, en cambio, se esforzará por demostrar que, además del derecho de procedencia estatal, existe otro, absolutamente independiente de aquel, con vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades, caracterizado por su ausencia de formalización.[27]

*Freies Recht* lo llamarán Kantorowicz y Fuchs. *Lebendes Recht* lo denominará Ehrlich. Dificultosamente definidos, los contornos de este Derecho no estatal fueron dibujados atribuyéndole una primacía cronológica: las leyes promulgadas solo vendrían a formalizarlo, no a crearlo, se dijo. El alter ego de Gneus Flavius lo comparó con el Derecho natural. Así, señaló que "el Derecho Natural es un Derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole Derecho Libre y caracterizamos, por ende, el Derecho Natural enseguida y provisionalmente como una clase especial de Derecho Libre".[28] Para Ehrlich, por su parte, será equivalente a "las reglas que los propios hombres en su vida común, tienen por obligatorias".[29]

Por su parte, Eugen Ehrlich, principalmente durante la polémica que sostuvo con Hans Kelsen a raíz de la obra del primero titulada *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* pero también en otras de sus obras, se esforzó en desarrollar de forma más persuasiva y convincente la tesis de la negación de la estatalidad del Derecho. Su propuesta articula una especial relación entre tres elementos: Estado, Derecho y coacción.

Para Ehrlich, el Estado nacional moderno se caracteriza por su poder militar y policial, y por la pretensión de monopolizar la administración de justicia a través de sus órganos empleando la imposición coactiva. Según el mencionado autor, el Derecho es un fenómeno social. El Estado aparece solo en una época avanzada de la civilización. El Derecho sería, por tanto, un fenómeno previo al Estado, debido a que existe desde que ha surgido la sociedad.[30]

El Derecho, a su juicio, tanto por su origen histórico como por su contenido, debe ser distinguido de la ley. La ley puede recoger el Derecho vivo (o

26 Segura Ortega, op. cit., p. 427.

27 Segura Ortega, Manuel, "Kantorowicz y la renovación jurídica en Dereito", en *Revista Xuridica*, Vol. II, 2, (Universidade de Santiago de Compostela) 1993, p. 115.

28 Kantorowicz, op. cit., p. 332.

29 Ehrlich, Eugen, Citado por De Prada García, op. cit., p. 35.

30 Robles Morchón, Gregorio, "Ley y Derecho vivo", (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2002, p. 64.

libre) que se desarrolla en los hechos del Derecho. Para explicar esto último, se vale de un ejemplo dado por la aplicación de la patria potestad en Bukovina (antigua provincia del imperio Austro-Húngaro, donde se ubica su ciudad natal), lugar en que regía el Código Civil austriaco, cuerpo normativo de talante individualista en materia de familia y según el cual el hijo podía disponer de su patrimonio con total libertad. En los hechos –llama la atención el autor– la patria potestad se toma profundamente en serio en Bukovina, de forma que, si un hijo de familia trabaja, el padre o la madre se presentan sagradamente cada mes al patrono para retirar su salario.[31] Este caso anuncia el contenido y origen del derecho vivo: reglas del deber ser jurídicas que no permanecen tan solo como normas de decisión sino que regulan realmente el comportamiento humano, que se averiguan por medio de la percepción del acontecer fáctico. Se manifiesta en el comportamiento humano, no en proposiciones dirigidas a la autoridad.[32]

El Derecho vivo no se desvirtúa cuando resulta reconocido por la ley. No se convierte en derecho estatal. Tal caso solo constituye un acto de reconocimiento de un conglomerado de reglas que se manifiestan cotidianamente y con normalidad. En su esquema, entonces, el derecho estatal es subsidiario al derecho libre.[33]

Bajo el convencimiento de que el Derecho es un conjunto de normas de decisión –expresa Ehrlich–, se lo ha ligado inseparablemente a la función de los jueces y demás autoridades del Estado, definiendo la actividad jurídica como un fenómeno estatal. Tal afirmación constituye, a su juicio, no solo un error en la apreciación general del Derecho, sino también una equivocación histórica. Si el Derecho es pre estatal y está compuesto por normas de organización y decisión, la aplicación de estas últimas no tiene un vínculo esencial con el órgano estatal que denominamos tribunal.

Como puede apreciarse, la conceptualización del Derecho libre o derecho no estatal dista de ser exacta y acabada. Kantorowicz se excusaba de ello aduciendo que no se puede exigir altos niveles de precisión a un movimiento joven, como el *Freirechtsbewegung*. Con todo, pese a lo inasible del concepto, su sola proposición –y firme defensa– impacta de lleno en principios básicos de la ciencia jurídica de la época, entre ellos, el dogma de la plenitud del ordena-

31 Ehrlich, Eugen, "Sociología y jurisprudencia", en Ehrlich, op. cit., p. 92.

32 Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y Derecho,* (Pirámide)1982, p. 35

33 Ibíd., p. 39.

miento jurídico, la autoridad de la soberanía expresada en la ley y la definición de cuál es la verdadera ciencia del Derecho. Cuestiones que abordaremos a continuación.

### 4.2. La crítica al dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y el reconocimiento de las lagunas jurídicas: "La ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha"

Los autores del Derecho libre ponen especial énfasis en demostrar que la ley (no necesariamente el Derecho) es incapaz de dar respuesta expresa a todos los casos posibles y que es quimérica toda invocación de la capacidad del sistema legal para autointegrarse.[34] No en vano, Segura Ortega afirma que se trata de uno de los temas favoritos y centrales de todo el movimiento. Ello puesto que, aunque en la actualidad la existencia de lagunas en el Derecho es aceptada casi de forma unánime, en aquella época podría considerarse una idea excéntrica.[35]

Las denominadas "lagunas jurídicas" (o lagunas en sentido propio) son aquellos espacios de falta de integridad o de plenitud del ordenamiento jurídico, detectados a raíz de la existencia de un caso que no puede ser correlacionado con ninguna calificación jurídica disponible en el ordenamiento, esto es, cuando aquel no lo declara ni prohibido u ordenado, ni permitido.[36]

En la época, gran parte de las doctrinas afirmaban que el Derecho era perfecto, o casi perfecto. Especialmente ocurría así para el positivismo ingenuo y pretencioso de la jurisprudencia de conceptos y la escuela de la exégesis, arraigadas en Francia y Alemania, donde tal mentalidad se vinculaba a las circunstancias históricas: el esfuerzo codificador había supuesto una clarificación importante en el mundo jurídico, proporcionando elementos idóneos para la resolución de un considerable conjunto de problemas.[37] Asimismo, el postulado de la plenitud aparece como necesario a fin de hacerlo compatible con las exigencias del Derecho moderno, íntimamente ligado al proceso de monopolización jurídica del Estado legislativo[38] y profundamente respetuoso del dogma de separación de poderes.

---

34 García Amado, op. cit., nota 6, p. 804.

35 Segura Ortega, op. cit., nota 5, p. 429.

36 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, (Trotta) 2008, p. 123.

37 Segura Ortega, op. cit., p.118.

38 Prieto Sanchís, op. cit., p. 123.

La relación antagónica entre plenitud del Derecho y lagunas jurídicas admite distintas formulaciones. Ellas dependen de respecto de quien se predique (o pretenda) la plenitud o integridad: del Derecho o de ciertas fuentes preexistentes. Si la plenitud se declara respecto de ciertas fuentes formales establecidas con anterioridad al juzgamiento de los asuntos, como la ley u otra reconocida, y estamos ante un caso no resuelto por ellas, hay lagunas jurídicas. En cambio, si la plenitud se expresa respecto del Derecho, entendiéndolo como un sistema integrado por diversas fuentes, no necesariamente positivas –como la costumbre– ni siempre promulgadas oficialmente con anterioridad a los hechos juzgados –como las decisiones judiciales–, el problema de las lagunas se diluye, pues todo caso podría ser resuelto en base a este sistema de fuentes múltiples. Así lo afirma, entre otros, el maestro Prieto Sanchís, quien expresa que si, admitimos que del Derecho forman parte también las decisiones judiciales y que estas deben decidir todo caso con arreglo a las fuentes o de cualquier otra manera, entonces el problema desaparece: siempre tendremos respuesta.[39]

En una de sus primeras obras, Ehrlich se preguntaba acerca del éxito del famoso artículo 4 del Código Civil francés que prescribía a los jueces la obligación de fallar todos los casos, asumiendo que el Código resolvía todas las cuestiones jurídicas. Su respuesta era negativa. Ni tan siquiera el código prusiano, elaborado en base a la casuística –afirmaba–, se podría aproximar a tan ambiciosa meta. El motivo es evidente: resulta imposible.[40]

En palabras de Fuchs, "la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha" y "más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmado de lagunas". Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad. Es cierto que el Derecho y lenguaje se dan juntos, pero dada esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados.[41]

Para Kantorowicz, por su parte, la existencia de lagunas no es una excepción sino la regla general. En su opinión, puede afirmarse que en la ley hay

39 Ibíd., p. 124.

40 Segura Ortega, op. cit., nota 5, p. 429

41 García Amado, op. cit, p. 805.

tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimas características; solo pocos han sido definidos y esos pocos, solo por medio de conceptos indefinidos.[42]

En esencia, esta crítica consta de dos aristas. Una, en cuya virtud se denuncia la incapacidad irremontable de las disposiciones legales –generales y abstractas– para disciplinar el inconmensurable ámbito de las relaciones humanas. La otra cuestiona directamente el método de aplicación del Derecho a partir del cual se afirmaría su plenitud.

En efecto, la crítica a la negación de las lagunas apunta no solo al aspecto formal de esta idea insostenible, sino también al discurso endémico de la ciencia jurídica exegética (y/o conceptual) que afirma que, frente a los casos donde la simple deducción no es posible, la actividad regenerativa de la ley, desarrollada por intermedio de la analogía, no implica creación judicial de Derecho. Para el *Freirechtsbewegung,* tanto la analogía como el resto de las técnicas de "autointegración" de la ley, no aportan al ordenamiento jurídico la elasticidad suficiente para evitar las lagunas, sino que las colman, pero mediante la aplicación de otro Derecho: el *Derecho libre*. Las lagunas, entonces, no son espacios de reproducción de la ley, sino de origen de otras fuentes formales del Derecho. Es aquí donde el Derecho libre hace su aparición, sostiene Segura Ortega. Se trata de un Derecho que surge espontáneamente del seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez de la ley.[43] Por eso, para los autores del movimiento, será causa de admiración el artículo 1 del Código Civil Suizo de la época que rezaba "En los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de esta, según las reglas que él adoptaría como legislador".[44]

Considerando lo anterior, la denuncia de la existencia de lagunas por parte del movimiento del Derecho libre es relativa. No afirman que existan segmentos carentes de regulación (lo que constituiría una concepción fuerte o radical de las lagunas jurídicas). Sostienen que la identificación de ley con Derecho edifica un ordenamiento jurídico incapaz de cumplir con los fines que le son propios. Sugiere, en su lugar, el reconocimiento de otras fuentes del Derecho, originadas bajo un paradigma diametralmente opuesto: mediante lógica in-

42 Segura Ortega, op. cit., p. 430.

43 Segura Ortega, op. cit., p. 431.

44 Traducción libre.

ductiva y con intermediación judicial. Para el *Freirechtsbewegung* un Derecho identificado con la ley tendrá siempre lagunas; en cambio, un Derecho integrado por el Derecho libre, no las tendrá.

### 4.3. La primacía de la equidad y la justicia: "El juez puede y debe prescindir de la ley"

El movimiento del Derecho Libre no solo sentó las bases para la superación del dogma de la plenitud de la ley. También anticipó el reconocimiento de lo que más tarde se denominaría lagunas ideológicas o axiológicas. Esto es –siguiendo a Guastini– aquellas situaciones en las cuales un cierto supuesto de hecho sí se encuentra regulado por una norma, pero que, según la opinión del intérprete, se encuentra reglado de forma axiológicamente inadecuada, porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber contemplado[45] o no consideró –como anotan Alchourrón y Bulygin– una propiedad relevante del caso.[46]

Para Fuchs, toda regla jurídica ha sido elaborada para un caso "normal" (de hecho, distingue reiteradamente entre lo que hoy llamaríamos "casos fáciles" y "difíciles"), pero las "circunstancias especiales" del caso siempre pueden requerir una respuesta especial. Y la esencia del arte jurídico consistiría, específicamente, en reconocer esas circunstancias especiales.[47] Para dicho autor lo importante al momento de convertir un caso en especial, de modo que este se sustraiga del criterio abstracto de la ley, es un elemento valorativo, un cierto sentimiento de justicia o equidad que lleva a concluir que es injusta la aplicación de la ley. Lo diferente de las circunstancias del nuevo caso se pondera a la luz de la justicia o equidad de atribuirle la solución genérica de la ley. Para Fuchs, lo que genera esta laguna no es el tenor literal o las palabras que la ley emplea, sino el hecho de que el sentido común o la experiencia sugieran categóricamente que la ley no puede aplicarse al caso que se enjuicia. Aunque los términos de la ley sean claros, hay laguna, y no procede por tanto su aplicación, sino la decisión libre, cuando el caso no se inserte con equidad y justicia bajo ella. Habría laguna cuando el encaje de un caso bajo la ley resulte contraintuitivo, inadecuado o injusto. Todo esto lo sintetiza Fuchs en la idea de que,

45 Guastini, Ricardo, "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación", en *Análisis Filosófico*, Vol. XXVI, 2, 2006, p. 278.

46 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (Astrea) 1975, p. 154.

47 García Amado, op. cit., p. 805.

para todo código y toda ley, rige como primer artículo tácito lo siguiente: "esta ley, como toda ley, tiene lagunas. Cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable".[48]

En suma, concluye García Amado que, para el autor de marras, el juez aprecia el caso concreto que conoce con el propósito de revisar si sus perfiles admiten la aplicación de una solución legal pre establecida con resultado justo. Cuando la conclusión sea negativa, del imperativo de justicia emergerá la especialidad del caso que evidencia la injusticia de aplicarle, sin más, la ley. Serán aquellas peculiaridades provistas por los hechos las que han de sustraer al caso del supuesto legal abstracto. Se generará así una laguna, respecto a la cual el juez deberá decidir ya no propiamente *contra legem*, sino *praeter legem*,[49] ponderando los bienes en conflicto y considerando el interés general, como lo haría el legislador.[50]

En general, el *Freirechtsbewegung* se esforzó en dejar claro que sus tesis (especialmente esta) no promueven una desvinculación del juez respecto del Derecho. El Movimiento del Derecho Libre no pretendía conceder una mayor libertad al juez, sino reconocerle la que inevitablemente tiene cuando realiza su función.[51] Participaba, en ese sentido, de lo que Lombardi llamó la "epidemia de sinceridad" de la ciencia jurídica de comienzos del siglo XX. Y también justificaba aquello sosteniendo que cuando el juez colmaba las lagunas de la ley, lo hacía aplicando Derecho. Un Derecho no contenido solo en la ley, sino uno superior a aquel, no formalizado ni explicitado positivamente, alcanzado a través de principios plasmados en las normas[52] y extraído de las reglas de obrar con vigencia efectiva en la sociedad[53]: el Derecho libre.

Como se adelantó, se aprecia en estas ideas un sistema de propuestas acerca de las lagunas, especialmente en torno a las axiológicas. Hay un llamado a aplicar el Derecho libre –que, como ya señalamos, se yuxtapone a la ley– no solo en los casos sin solución, sino también en aquellos con una mala solución según el aplicador del Derecho. Y esta es justamente la caracterización

48 Ibíd.

49 Ibíd., p. 807.

50 Ibíd., p. 809.

51 Segura Ortega, op. cit., p. 448.

52 García Amado, op. cit., p. 816.

53 Robles Morchón, op. cit., p. 35.

que Rodríguez y Navarro hacen de la ya mencionada clase de lagunas.[54] En palabras de Guastini, este tipo de laguna no consiste en una falta de norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta en verdad en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o "justa" y, más precisamente, diferenciadora, es decir, una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto.[55] Las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del sistema. Dependen de las valoraciones del intérprete.

Y aquella tesis del Derecho libre sobre las lagunas axiológicas opera, desde luego, en conjunto con su contrapartida necesaria: una propuesta sobre la derrotabilidad de la ley, pues las lagunas axiológicas y la derrotabilidad de las normas son las dos caras de una misma moneda.[56]

Reconocer que la tesis completa del Movimiento del Derecho Libre sobre las lagunas se edifica sobre la existencia de lagunas jurídicas y axiológicas es relevante por varias razones que analizaremos más adelante. Desde luego, no se trata de ideas neutras en materia institucional ni ideológica. Es más, a través de la reformulación del sistema de fuentes, el Movimiento sienta las bases para su propio concepto de Derecho y para su proyecto de redefinición de la ciencia jurídica, contra el cual reaccionaría enérgicamente Kelsen. Con todo, pareciera ser que la denuncia de la existencia de lagunas jurídicas y axiológicas, y la atribución de un deber de resolverlas a la judicatura, constituyen su forma de combate más decidido en contra del formalismo geométrico de las estirpes más radicales de la escuela de la exégesis y de la jurisprudencia de conceptos.

En efecto, mediante el reconocimiento de que la ley puede ser incompleta (lagunas jurídicas) y materialmente incorrecta (lagunas axiológicas), se dota al sentenciador de diversas alternativas para controlar tanto la oportunidad como la justicia de su aplicación. Tal metodología implica un giro copernicano respecto de los planteamientos teóricos en uso durante aquella época.

54 Navarro, Pablo y Rodríguez Jorge, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", en *Isonomía*, 13, 2000, p. 76.

55 Guastini, op. cit., p. 278.

56 Ibíd., p. 284.

### 4.4. Libre descubrimiento del Derecho: Menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes[57]

Con esta crítica, el propósito de Fuchs (y del Movimiento del Derecho Libre) fue poner de manifiesto que la concepción del Derecho como un sistema es –a sus ojos– absolutamente falsa y que insistir en ella, empleando un método abstracto y deductivo, puede conducir en no pocas ocasiones a conclusiones absurdas y alejadas de la realidad. La auténtica ciencia jurídica –dirían Fuchs y Kantorowicz– debe alejarse del modelo de la teología.[58] Este último incluso afirmó que: "sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aun en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aun en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino [...]".[59]

*En La lucha por la ciencia del Derecho*, Kantorowicz comparó insistentemente la ciencia jurídica y el Derecho con la religión y la teología. Así escribió que:

> El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de esta última) salta a la vista. Por un lado se habla de Dios, por el otro del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las relevaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es necesariamente así, ya que la construcción de la voluntad se basa en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio

57 Nota metodológica: de conformidad al uso de la época, los autores analizados emplean el término *jurisprudencia* en el sentido del concepto alemán *jurisprudenz*, que alude a la ciencia del Derecho. No se refiere, por lo tanto, a los que hoy ordinariamente designamos con tal vocablo, esto es, la doctrina establecida por los tribunales en sus sentencias. A efectos de guardar fidelidad a las ideas de los autores cuyo pensamiento se estudia en este trabajo, hemos respetado el sentido con que utilizan este concepto.

58 García Amado, op. cit., p. 818.

59 Kantorowicz, op. cit., p. 340.

> claramente a todas las cuestiones. El jurista debe ser capaz de demostrar que toda acción es derecho o entuerto: el teólogo que es agradable u odiosa para Dios.[60]

El mismo autor encuentra incluso similitudes entre las campañas antiformalistas religiosas y jurídicas, así señala:

> Ni que decir tiene que el movimiento de la religión libre es esencialmente idéntico a nuestra dirección del Derecho libre. No obstante, queda entre ambos una diferencia: Mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñónos a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero.[61]

En lugar de la ciencia jurídica tradicional, el Movimiento del Derecho Libre propone la utilización de un método individual, concreto, inductivo, basado en la observación y que promueva el uso de la voluntad –no solo de la razón– para la comprensión y aplicación del Derecho.[62] No cuestiona necesariamente la posibilidad de crear un sistema de proposiciones jurídicas abstractas. Lo que niega de plano es que un orden con dichas características pueda ser aplicado. Todos los principios, normas y proposiciones establecidos por la ciencia jurídica tradicional resultan –a sus ojos– inútiles para la vida jurídica práctica. En consecuencia –como afirma Manuel Segura–, la necesidad de modificar el método o los métodos jurídicos implicará para el *Freirechtsbewegung* un cambio sustancial en cuanto a la propia concepción de la ciencia jurídica. Su construcción, su objeto y su método deben ser revisados profundamente.[63]

60 Ibíd., p. 357.

61 Ibíd., p. 361

62 Segura Ortega, op. cit., p. 438.

63 Ibíd.

Sin embargo, y pese a la coincidencia en el juicio crítico sobre la ciencia jurídica, es posible apreciar importantes divergencias en torno al modelo de reemplazo sugerido por los autores más representativos del Movimiento del Derecho Libre. Así, mientras que para Ehrlich[64] y Fuchs la sociología es la auténtica ciencia jurídica, Kantorowicz no declarará completamente muerta a la jurisprudencia, sino que verá en ella un carácter mixto: normativo y fáctico.[65]

### 4.5. La labor del juez en el *Freirechtsbewegung*: No hay más garantía de justicia que la personalidad del juez

Como resulta natural, las tesis del Movimiento del Derecho Libre revisadas hasta el momento influyen también en una última esfera: el rol del juez. En un modelo donde la aplicación del Derecho no depende de procedimientos lógicos de aplicación automática y en el cual corresponde al sentenciador la búsqueda del Derecho no solo en las normas de procedencia estatal –orientado permanentemente por la consideración y ponderación de los intereses sociales–, el rol de la judicatura no puede ser concebido simplemente como el de un ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas emanadas del legislador.[66] Aunque tal resultado equivalga a una consecuencia institucional de ideas presentadas inicialmente con talante descriptivo, no resulta fácil prescindir de su significado político. En este sentido, coincidimos con Segura Ortega cuando afirma que las exigencias del Derecho libre no se centran exclusivamente en la renovación de la metodología jurídica clásica, sino que también tienen una finalidad política que se proyecta en la legislación y la propia organización de la judicatura. [67]

La labor del juez –según Fuchs– comenzará por conocer los intereses reales que se enfrentan en el litigio que ha de decidir y sopesarlos a la luz de la justicia. Debe proceder como lo haría el legislador si tuviere que decidir la cuestión.[68] En tal sentido, una sentencia correcta lo será cuando sea aprobada por ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables.[69] Al momento de la decisión, debe prescindir del

64 Robles Morchón, op. cit., p. 30.

65 Segura Ortega, op. cit., p. 439.

66 Ibíd., p. 417.

67 Ibíd., p. 449.

68 García Amado, op. cit., p. 809.

69 Ibíd., p. 810.

enmascaramiento de las valoraciones inherentes a la actividad jurisdiccional bajo el manto de una técnica pretendidamente objetiva. Las valoraciones y ponderaciones del juez deben ser explícitas y susceptibles de revisión pública. Con este doble acercamiento de la actividad judicial al sentir social (en la ponderación y en la decisión transparente), nos dice el mismo autor, la actividad del juez adquirirá mayor legitimidad democrática. Mientras el formalismo abstracto, el conceptualismo y los métodos intemporales son afines al absolutismo estatalista, este método –a su juicio– se identificaría con un régimen propiamente democrático.

Para que este sistema funcione, resultan determinantes la personalidad de juez y su formación. Fuchs y Ehrlich lo dijeron con firmeza: no hay más garantía de la justicia que la personalidad del juez. Su actividad, para el *Freirechtsbewegung*, presupone una talla espiritual y moral que no está al alcance del tipo medio de persona. Dada la central relevancia de las valoraciones del juez, su personalidad y su carácter son esenciales, si hemos de confiar en sus decisiones.[70]

Tanta fe en los jueces fue objeto de crítica. Se dijo del Movimiento del Derecho Libre que proponía suprimir la seguridad jurídica y que dicho valor resultaría indisponible, incluso si de su sacrificio se obtuviese un resultado más justo. Se le acusó además de promover la erradicación de la objetividad. Ante ello, Kantorowicz replicó que la seguridad no puede ser entendida como la previsibilidad de las decisiones futuras. Una sentencia previsible (dijo con curiosa lógica) constituye un bello ideal irrealizable. Si las sentencias fueren previsibles, no existirían procesos y, sin procesos, no habrían sentencias. Empero –ahora con mayor razón–, destacó que la seguridad jurídica por la que se reclamaba era un ideal que nunca fue satisfecho en la práctica, puesto que resultaba incompatible con el ocultamiento de las verdaderas motivaciones de las resoluciones judiciales en el escondite de la pretendida lógica.[71] Mas importante que la seguridad jurídica y que la objetividad sería –a su juicio– la imparcialidad.[72]

La existencia de jueces con las características que demanda el *Freirechtsbewegung,* depende en la práctica de dos factores: una sólida formación y un sistema de selección y promoción que estimule y premie a los jueces ilustra-

70 Ibíd., p. 814.

71 Segura Ortega, op. cit., p. 454.

72 Segura Ortega, op. cit., nota 27, p. 128.

dos en los valores del Derecho libre. Buen juez será el que conoce bien la vida, el tráfico y las personas –dirá Fuchs–, lo cual le permite juzgar como un lego. Lo único que puede elevarlo por encima del lego es la formación psicológica y sociológica. Solo ello le permitirá unir la sensibilidad innata con la capacidad de observación que resulta de la experiencia.[73]

## 5. Reflexiones finales

Sin perjuicio de las reflexiones y/o conclusiones ya adelantadas, de lo revisado en este trabajo podemos colegir lo siguiente.

La aparición del Movimiento del Derecho Libre fue una respuesta a la ciencia jurídica tributaria de la jurisprudencia de conceptos en Alemania y a la escuela de la exégesis en Francia. Pese a su temprana disolución, este es uno de los movimientos de mayor influencia en la historia reciente del pensamiento iusfilosófico. Prueba de ello es que resulta fácil detectar la presencia de sus ideas principales en diversas escuelas y movimientos contemporáneos.

Su pensamiento se articula en base a 5 tesis principales: una sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la ciencia jurídica y una quinta acerca del rol del juez y la enseñanza del Derecho.

La tesis de las Fuentes del Derecho propuesta por Movimiento del Derecho Libre rompe directamente con la orientación legicentrista imperante en su época (al igual que hoy lo hace el neoconstitucionalismo). En palabras de sus autores, se resume de la siguiente manera: *el Derecho no es sólo estatal, es libre y vivo*. La tesis del *Freirechtsbewegung* sobre las lagunas se sintetiza en la siguiente frase: *en el Derecho hay tantas lagunas como palabras*. Su tesis sobre la derrotabilidad de la ley expresa que: *El juez puede y debe prescindir de la ley*. Su concepción acerca de la ciencia jurídica propone menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes. Y sus ideas acerca del rol y formación del Juez no hacen otra cosa que anticipar al juez Hércules: *no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez*. Todas estas propuestas –conjuntamente, formando un sistema– circulan hoy con bastante prestigio y concitan numerosos adeptos en la era de los neoconstitucionalismos.

73 García Amado, op. cit., p. 815.

# SECCIÓN
# RESCENSIONES

# FROM RESPONSIBILITY TO NORMATIVITY DE JOSEPH RAZ (OXFORD UNIVERSITY PRESS)

*Sebastián Figueroa Rubio*[1]

En cuestión de un año, quienes acaso sean los dos teóricos del derecho anglosajones vivos más influyentes, han publicado sendos libros que ofrecen un panorama general de sus obras. Me refiero al esperado Justice for Hedgehogs de Ronald Dworkin y al libro que aquí se comenta, From Responsibility to Normativity de Joseph Raz. Este libro puede ser considerado como un importante evento dentro de la filosofía contemporánea, a pesar de que su futuro puede ser incierto en términos de la influencia que pueda ejercer.

El libro trata gran parte de los temas en los que Raz ha trabajado en las últimas décadas y los dota de sustento filosófico. Por ello, vale la pena abordar una revisión más profunda de la relación de esta obra con las anteriores, pues no todas sufren igual suerte. Ha sido profunda la evolución del pensamiento de Raz desde el influyente Razón práctica y normas (1975 y 1990), existiendo relevantes diferencias que juegan a favor del actual libro, pues se dan más luces sobre la idea de las razones como hechos[2] y ofrece un estudio más refinado sobre la relación entre estas y el razonamiento práctico, lo que deja mal paradas algunas afirmaciones del libro de 1975. No pasa lo mismo con, por ejemplo, Engaging Reasons (1999), del cual parece ser un hermano mayor. El libro en comento le sirve para hacerse cargo de las críticas recibidas y contraatacar a teorías rivales. Así, en general el libro juega un importante rol en la obra de Raz. De todas formas, no parece ser tan conclusivo como el

1 Profesor del Departamento de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Estudiante de doctorado y becario de investigación, Universidad de Girona.

2 El concepto de "razón" en Raz siempre ha sido un tema que requiere aclaración, especialmente por considerarla como hechos, pues esto abre preguntas tanto ontológicas como epistemológicas. El libro significa un avance en el tema, como se verá en este comentario.

de Dworkin y deja la sensación de que tendremos Raz para rato, pues se hace cargo de discusiones candentes en la filosofía práctica contemporánea y además deja abierta la puerta en una serie de temáticas a nuevas investigaciones que permitirían sumar plausibilidad a las ideas defendidas.

En términos de estructura, el libro consta de tres partes con trece capítulos en total, la mayoría de ellos provenientes de conferencias y textos publicados en los últimos ocho años. Los textos fueron revisados y ensamblados a modo de libro, por lo que la obra funciona como un todo o pretende hacerlo.

En cuanto a su contenido, se trata ante todo de un libro de filosofía práctica (tal como usa esta noción al comenzar Razón práctica y normas), pudiendo su público ir más allá de los especialistas e interesados en el Derecho.[3] Esto no quiere decir que el libro carezca de importancia para el pensamiento jurídico. Por el contrario, en muchos sentidos tiende a ser muy necesario el leerlo, en primer lugar, porque nos ayuda a clarificar ciertos conceptos claves del pensamiento jurídico general (por de pronto, el de acción intencional y el de responsabilidad) y, en segundo lugar, porque enfrenta problemas relativos a ámbitos más específicos del Derecho, como la fundamentación del deber de no dañar a otros como base de la responsabilidad o la negligencia como sustento para la adscripción de responsabilidad de un individuo. Usualmente, nuestra cultura jurídica no presta atención al estudio de estas cuestiones y, por lo mismo, sufre el peligro de ver erosionada su posibilidad de solucionar problemas concretos.

El libro trata aspectos de la filosofía práctica como el toxin puzzle de Kavka, el concepto de akrasia  la noción de intención, la fortuna moral, la naturaleza de las proposiciones sobre deber, la deliberación y el riesgo como factor de determinación de responsabilidad, entre otros. Es un mérito del libro que, en general, ayuda a introducirse en estas materias logrando alcanzar, al mismo tiempo, gran profundidad en algunas de ellas.

Por medio de distinciones y ejemplos, se hace cargo del avance en la discusión sobre los temas tratados, cada vez más detallada en las últimas décadas, y logra dar respuestas a ciertos problemas mostrando las dificultades de otros enfoques que no hacen dichas distinciones. En este sentido, la complejidad alcanzada por el texto procura hacer justicia a la complejidad del fenómeno estudiado y, en general, lo logra.

3 Para alguien interesado en la filosofía práctica contemporánea es muy recomendable, pues discute abiertamente con las recientes obras de Korsgaard, Setiya, Gardner y Velleman, entre otros. Y también con clásicos contemporáneos como Williams y Scanlon.

A su vez, la multiplicidad de temáticas y argumentaciones hace difícil presentar un panorama general del mismo, sin ser injusto con su riqueza argumentativa, así como con sus deudas. A continuación, mencionaré ciertas líneas generales (dejando en claro que por ningún motivo agotan su riqueza) que pueden significar un gran aporte para la filosofía práctica, así como un avance en la propia teoría del autor.

Raz desarrolla un enfoque general que busca explicar las relaciones entre normatividad y responsabilidad o, como señala su título, el camino "desde" la normatividad "a" la responsabilidad. Este se realiza a través del estudio de las razones, la Razón y el razonamiento práctico, deteniéndose en ciertos fenómenos centrales como la acción intencional y el control que se tiene sobre las mismas y sus efectos. Que este es el camino se muestra en la estructura misma del libro, cuyas tres partes son tituladas Sobre la Normatividad, Sobre el Razonamiento Práctico y Sobre la Responsabilidad, siendo la más larga la segunda, cuya temática va a influir sobre las otras dos.

Consecuentemente, el libro puede verse, en términos generales, como un alegato a favor de nuestras capacidades racionales, las cuales se entienden como situadas en el mundo (being in the world) y serían responsables de fenómenos centrales para entender los problemas de la filosofía práctica. Dos de estos son especialmente relevantes: la normatividad y la constitución de la propia personalidad. Se presenta una noción de normatividad que va en el derrotero defendido por Robert Brandom (de quien reconoce su deuda, a pesar de no haber leído Making it Explicit),[4] centrada en la idea de que los estándares sobre lo que debemos hacer están gobernados por la práctica de recibir y dar razones, y, más específicamente en el caso de Raz, por nuestras capacidades de percibirlas y reaccionar adecuadamente ante ellas. Pero, principalmente, estas consideraciones influyen sobre la constitución de la propia personalidad, donde vemos a las personas como capaces de actuar según razones y de formar los propios planes de acción en base a la experiencia de relacionarse con el mundo. En este sentido, la agencia se relaciona íntimamente con el proceso de individuación que sustenta, a su vez, la noción de responsabilidad.

4 De todas formas, es necesario reconocer que en general Raz no sigue necesariamente a Brandom en su pragmatismo y reconoce la existencia de partes de la realidad humana no mediadas por razones con gran relevancia en estos temas (esto queda patente, por ejemplo, en su concepto de "razón", el cual no está determinado por su participación en inferencias, sino en ser hechos que deben ser percibidos por nuestras capacidades racionales, las cuales nos permiten, a su vez, tener las respuestas pertinentes ante ellos).

En la primera parte, dedicada a la normatividad, Raz defiende un enfoque sobre esta, a mi parecer, acertado, que implica que la normatividad no debe entenderse ni como dependiente de lo valioso (de los valores) ni como un mero seguimiento de razones[5] (p. 58). Si bien tanto el valor como las razones son importantes, el concepto de normatividad se caracterizaría por la existencia de una relación entre ciertas propiedades y fenómenos del mundo y las respuestas apropiadas a ellos por parte de los agentes (en las que los mismos fenómenos participarían). En este plano, las razones serían hechos del mundo que exigen nuestra respuesta a partir de nuestras facultades racionales, radicando la normatividad principalmente en la compleja relación que tenemos con ellas, lo cual implica poder entender que las cosas que hacemos pueden ser justificadas y explicadas (en base a estas mismas razones).

Para Raz, en la explicación del fenómeno juega un rol clave el estudio de las razones y su relación con la Razón y el razonamiento práctico. Al considerar las primeras, además de presentar una serie de clasificaciones entre tipos de razones, realiza una defensa de lo que denomina un "nexo normativo/explicativo". Este nexo supone la relación entre nuestras acciones, emociones y creencias, y las razones con que se relacionan. Esto implica la existencia de razones que permiten explicar a la acción (y que usualmente también la señalan como valiosa), razones que, a su vez, el agente puede entender como tales, siendo la acción llevada a cabo en base a ellas. En este sentido, cuando hay normatividad, las razones juegan un rol no casual en la explicación de la acción y se vinculan con su intencionalidad (p. 35). Con esto me parece que Raz se ubica dentro de la discusión entre externalistas e internalistas con una posición intermedia, defendiendo un externalismo moderado que va más allá de lo expresado por Bernard Williams, pero sin llegar a las conclusiones de Derek Parfit, por ejemplo.

En base a estas ideas, Raz revisa el largo alcance que la noción de normatividad tiene en nuestras vidas, dando expresamente una explicación, en la primera parte, acerca de la irracionalidad (como fallas en nuestras capacidades racionales y no un problema entre razones) y la intención (presente en toda acción que el agente puede considerar valiosa, generando en él una creencia

5 Me parece que esta noción puede tener consecuencias negativas para su enfoque sobre las reglas sociales presentado en *Razón práctica y normas*, en donde el rol del agente y su razonamiento práctico implican una defensa de alguna de las otras dos tesis, dependiéndose de cómo se lea. De todas formas, con pequeñas variaciones (algunas de las cuales él mismo propone), el enfoque original puede compatibilizarse con su actual noción sobre la normatividad.

de lo que la acción es).[6] Respecto a esta última, es especialmente interesante el capítulo 4 en que estudia su relación con acciones irreflexivas, acciones expresivas, en casos tales como el actuar bajo hipnosis o patologías como la cleptomanía. Para cada una de ellas presenta una respuesta que contrasta con otras concepciones rivales, evaluando sus diversos alcances. A su vez, estas nociones tendrán un importante impacto sobre la idea de responsabilidad.

La teoría de Raz se centra, como señalé, en nuestros poderes racionales que nos permitirían reaccionar ante el mundo de forma adecuada, ya sea a través de una creencia, una acción o una emoción. En este sentido, para Raz, la Razón no es fuente de razones, sino que hay razones debido a nuestros poderes racionales, lo cual influye en nuestras relaciones sociales y la percepción que tenemos de nosotros mismos como agentes, siendo seres que deben responder apropiadamente a los hechos de la realidad, lo que nos da, a su vez, una razón para ser racionales en el actuar. La Razón, en este sentido, incluye el razonar (la forma en que reconocemos razones) y también otras cuestiones importantes para la constitución del agente, como la memoria y la deliberación, facultades que nos permiten formar intenciones y tomar decisiones. Esto último, a su vez, es la base para poder ser considerados responsables de nuestras acciones, así como para poder lamentarnos por lo que hacemos y diferenciarlo de lo que meramente nos pasa.

Estas ideas nos ayudan a conectar la primera con la segunda parte del libro, conexión que al leerlo parece artificial, pero que va tomando cuerpo especialmente al llegar a la tercera parte sobre la responsabilidad. Explícitamente, la conexión está determinada porque, para el autor, el razonamiento práctico es aquel que se da entre el reconocer que debo realizar una acción (porque hay una razón concluyente para que lo haga) y el tener o formar una intención para dicha acción (p. 136).

Así, la segunda parte del libro enfrenta la cuestión de que, al actuar, las razones pueden entrar en conflicto y tenemos que tener un enfoque que nos ayude a lidiar correctamente con ello, cuestión bastante común en las decisiones judiciales y el trabajo jurídico en general. Esto nos lleva necesariamente a determinar, primero, cuál es la estructura del razonamiento práctico y el

6 De estas creencias no debe estar consciente totalmente el agente y, por ende, no ser capaz de expresar públicamente esa creencia de manera articulada. Esto se relaciona con la distinción que realiza entre intenciones independientes (no dependientes necesariamente de la acción, pero que la explican y señalan su valor) y las intenciones adheridas a cada acción. De esta forma, Raz se incluye dentro de la concepción aristótelica de la acción intencional, pero no en el sentido en que otros autores, como Anscombe, la entienden.

rol que juegan las diversas partes de este razonamiento; segundo, cuándo las razones entran en conflicto y; tercero, qué tipos de criterios de valoración tenemos para resolverlos. Raz aborda todas estas cuestiones.

Sobre el primer tema, Raz asume un enfoque, a mi parecer, aristotélico que contrasta expresamente con visiones kantianas como la de Korsgaard. Esto es desarrollado en los capítulos 6 y 7 donde presenta un "enfoque simple" y revisa su alcance. Este enfoque supone que el hecho de que un agente tenga una razón (que determinan lo que debe hacer, en términos de su enfoque básico sobre la normatividad), no es afectado por sus creencias de si tiene esas razones (p. 108). Esto conlleva, entre otras, dos importantes consecuencias. En primer lugar, al determinar fines (dentro de un razonamiento práctico), estos no proveen por sí mismos de razones para la realización de la acción[7] y, en segundo lugar, es la existencia de razones para determinada acción lo que nos lleva a comportarnos conforme a las exigencias de las razones.

La conciliación de estas cuestiones lleva a Raz a centrarse en la idea de "razón adecuada" para hacer algo. Al determinar estas razones, no se puede ser indiferente a las características del agente ni a la ocasión de la acción y se debe tener en cuenta el contexto en el cual procuran ser operativas, lo que implica una serie de constreñimientos, como, por ejemplo, que el agente la haya conocido y que sea posible su satisfacción por acciones de este.

Pero la mirada hacia la contingencia que supone la adecuación no significa que no podamos tener criterios sobre lo que se debe hacer y, consecuentemente, juzgar acciones como buenas o malas. En este contexto, nuestro razonamiento práctico estaría guiado normativamente, según Raz, por "el principio de conformidad" (desarrollado en los capítulos 9 y 10) que nos exige, en primer lugar, que, si existe una razón concluyente para una determinada acción, debemos actuar de tal forma que cumplamos con todas las exigencias que nos impone. Pero, al constatar la existencia de conflictos entre razones, por una parte, y constreñimientos fácticos, por otra, los que hacen imposible una conformidad completa ante las razones aplicables al agente, una segunda exigencia del principio sería procurar una conformidad lo más completa posible. Esto implica considerar la existencia de segundas mejores opciones (en

7 Esta idea, junto con otras relevantes para la filosofía contemporánea, son revisadas en el interesantísimo capítulo 8, donde cuestiona la existencia de las razones instrumentales como un tipo especial de razones: para el autor, la racionalidad en sí misma no es una razón sino que más bien está determinada por nuestra relación con las razones, como ya se señaló.

base a razones para compensar) y liberar de culpa el actuar que no satisface todas las exigencias (considerando razones para disculpar).

Generalmente, en los asuntos de la vida, es la segunda exigencia del principio la que nos importa más. Raz señala que su satisfacción es una cuestión de grados, la cual dependerá del número de razones en juego, de su importancia y del grado de plenitud en que se logra la conformidad con ellas. En este punto, Raz defiende la idea de que el número de razones es relevante, presentándose uno de los momentos que requieren más revisión, a mi parecer, del libro. Esto es así, no solo porque una teoría agregativa presenta una serie de problemas (los que ha dejado de manifiesto, por ejemplo Amartya Sen en varios de sus trabajos), sino también por el concepto amplio de razón que utiliza, el cual dificulta la posibilidad de contar acciones (cuestión básica para poder agregarlas).[8]

Más allá de estas consideraciones, la segunda parte termina con un análisis de la popular idea de que lo único para lo que tenemos verdaderamente razones es para promover lo valioso. Raz se opone a esta idea, considerando cuestiones que ya hemos señalado: si bien existe algo así como un deber de comportarnos conforme a las mejores razones, esto debe ser estudiado a la luz de las posibilidades y finalidades del agente, además de las posibilidades de las cuestiones valiosas (de los valores) de constituir razones.

La última parte del libro enfrenta el tema de la responsabilidad y supone la aplicación de los principios y conceptos antes desarrollados y defendidos a cuestiones públicas sobre enjuiciamiento de acciones. Esto es especialmente relevante para la actividad jurídica; el libro dedica su último capítulo precisamente a este ámbito, considerando el principio del daño y el problema de la negligencia.

La discusión se centra en la idea de responsabilidad, que implica que agentes que tienen las capacidades racionales para actuar, en ciertas situaciones puede entenderse que no son responsables de lo que hacen, ya sea porque se encuentran durmiendo, están bajo hipnosis u otras circunstancias. Lo que inspira el enfoque es siempre determinar la relación entre nuestras capacidades para la agencia racional y las acciones que nos hacen sujetos de responsabilidad (p. 228).

8 Señala el ejemplo de un salvavidas que debe elegir entre salvar a una persona que está a su izquierda y dos personas que están a su derecha, pudiendo fácticamente solo realizar una de las acciones. Para Raz, la respuesta correcta se encuentra en que debe nadar hacia la derecha debido a que cada persona cuenta como una razón, de modo tal que, al dirigirse a la derecha, tendría dos razones y no una. Pero, bajo qué criterio podemos decir que cada persona da una razón, es algo que el autor no explicita; tal vez podríamos entender que cada salto solo tiene una razón, por ejemplo, el que salve vida, el hacerse famoso, el mero cumplimiento de su trabajo o, incluso, el tonificar sus músculos.

Raz pone a discutir varias concepciones sobre lo que significa el ser responsable, reconociendo que no basta realizar acciones intencionales para ser responsable por ellas. En este punto, incluye la idea de control, que tampoco es completa pero ayuda a entender ciertos aspectos de la responsabilidad. Esto es así porque, en el plano de la responsabilidad, no basta con considerar que la acción esté motivada y guiada por una intención formada, sino que también se tienen presentes las diversas razones que los agentes tienen en cuenta, así como el control del propio cuerpo. En este sentido, el juicio de responsabilidad tiene una relación problemática con los hechos en el mundo natural sobre los cuales no tenemos control. Por una parte, está el problema de la fortuna moral, que para Raz no equivale a la falta de control pues, a lo largo de nuestras vivencias, vamos aprendiendo a tener cierto control de nuestro entorno y, por ende, a tener expectativas garantizadas de lo que ocurrirá, lo cual es central para nuestra agencia. Pero, por otra parte, esto puede significar centrarse en la noción de intención para determinar el elemento central de la responsabilidad, lo cual también es errado. Su solución se centra en el Principio de orientación (guidance principle), que señala que se es responsable solo de las acciones guiadas y controladas por nuestros poderes de agencia racional. Este principio, sumado al "principio de funcionamiento racional" y otros principios derivados, logra dar una teoría general de la responsabilidad, la cual se presenta en la explicación de tres tipos de sucesos: responsabilidad por acciones normales (intencionales y controladas), responsabilidad por acciones no controladas que se dan dentro de nuestra esfera de competencia segura y responsabilidad por omisiones. En todo esto se defiende la idea de que tanto acciones como intenciones son guiadas por razones, lo cual significa que nuestra agencia, en el aspecto en que somos responsables, está determinada por la relación del individuo y el mundo, lo cual deriva en la constitución del individuo como tal, teniendo la idea de personalidad y autoafirmación una primacía sobre sentimientos como la culpa en la explicación de estas instituciones. El libro concluye con un análisis, en el contexto de la discusión jurídica actual, de la negligencia y de los principios que la guían, especialmente cuando hay daño de por medio.

Como hemos señalado, la obra en comento trata sobre una gran cantidad de temas y utiliza variados conceptos pertenecientes a diversos ámbitos de la filosofia práctica. Resulta interesante que las categorías que llevan de un tema a otro van apareciendo paulatinamente, dando la impresión de que no hay saltos en las argumentaciones (por ejemplo, en el capítulo 9, referente a los

conflictos de razones, aparecen ya las bases para entender la responsabilidad). De todas formas, dichos saltos existen y, ciertamente, por la naturaleza de lo estudiado, tienden a ser muy difíciles de sortear. Fuera de ello, el libro funciona como un discurso unificado que se va construyendo a través de múltiples aristas que muestran la complejidad del fenómeno estudiado y que puede, sin embargo, ser objeto de un enfoque general.

En conclusión, es recomendable leer el libro por varias razones: por el rol que juega en la obra de Raz, uno de los juristas más importantes de nuestro tiempo; por la necesidad que tenemos los abogados de entender mejor la realidad con la que trabajamos; y, para aquellos interesados en la filosofía práctica en general, porque abre una serie de cuestiones que pueden tener un alto rendimiento y actualiza varias discusiones. El libro es sin duda un aporte en todos estos ámbitos y nos ayuda a entender mejor nuestra realidad A pesar de la necesidad de mejorar algunas cuestiones, como la caracterización de las razones, sin duda no dejará indiferente al lector interesado en estas temáticas.

# CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

## 2011

# CATÁLOGO DE PUBLICACIONES
## 2011

*Tamara Carrera*[1]
*Valentina Maturana*[2]
*Francisco Cañas*[3]

*Con la asistencia de*
*Aileen Larraín, Soledad Molina y María Elena Ugalde*[4]

## I. Introducción

Toda buena investigación, artículo, libro y en general, toda publicación, parte por una búsqueda exhaustiva de fuentes sobre la materia que se quiere escribir. Con ese objetivo, el año pasado el Anuario de Derecho Público elaboró por primera vez un catálogo de publicaciones en las áreas que son propias de la publicación: Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional Público. Este año, debido a la gran aceptación que produjo en la comunidad jurídica la primera versión del catálogo, es que el Anuario de Derecho Publico ha decidido nuevamente incorporar dicho listado. En la presente edición el catálogo contiene una serie de innovaciones que pretenden clarificar y optimizar aún más las búsquedas de artículos académicos y de libros. Debido a lo anterior se decidió clasificar, en virtud de la división ya comentada, los artículos y libros publicados durante el 2011.

1 Licenciada en Derecho de la Universidad Diego Portales. Magister en Derecho Público y Litigación Constitucional – Universidad Diego Portales.

2 Egresada de Derecho de la Universidad Diego Portales. Editora Jefe de la Revista de Derechos Humanos de la misma casa de estudios.

3 Egresado de Derecho y actualmente alumno del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales.

4 Asistentes de investigación del Anuario de Derecho Público. El trabajo final estuvo bajo la supervisión de Juan Pablo González, secretario de redacción del Anuario de Derecho Público y Javier Couso, Director de la misma.

## II. Objetivo

El objeto del presente listado es que toda persona pueda identificar de una manera simple, y en un sólo lugar, lo que se publicó con respecto a su área de interés, de manera que las discusiones sean más contextualizadas y se encuentren identificados los diversos discursos.

El académico (a), el abogado (a) o el alumno(a) se ve obstaculizado con los problemas de acceso a la información sobre las publicaciones, lo que genera muchas veces que el estudio profundizado sea dificultoso y se límite a lo que se encontró. La identificación concentrada de lo existente que presenta este catálogo, facilitará el trabajo académico en los diversos temas del área del Derecho Público.

## III. Metodología

El camino recorrido para verificar las fuentes y los criterios seguidos por el equipo de investigación para decidir la inclusión o no de cada artículo y libro fue lo más riguroso y detallista posible. Las búsquedas se centraron en una primera etapa en las bases de datos que posee la Biblioteca Nacional, en particular en el depósito legal, donde se almacenan los libros que son publicados en nuestro país, y que por disposición del legislador, las imprentas deben proporcionar para éste. En esta primera etapa también fue revisada la base de datos de la Biblioteca del Congreso Nacional, así como también las bases de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile.[5]

En una segunda etapa, la búsqueda se centró en las bases de datos electrónicas disponibles en nuestro país. Se visitaron las publicaciones indexadas en Scielo.cl o disponibles en Google académico, así como también las revistas relacionadas con el tema que publicaron las Escuelas de Derecho de las universidades existentes en nuestro país. La búsqueda en esta etapa se realizó con los mismos rótulos de la primera etapa y se excluyeron los artículos relacionadas con el área del derecho privado.

Una tercera etapa estuvo centrada en la búsqueda en las bases de datos de las Editoriales de nuestro país tales como: Legal Publishing, Editorial Jurídica de Chile, Punto Lex, Librotecnia, y Amazon.com entre otras. Asimismo se

5 La búsqueda se realizó por materias y se utilizaron los siguientes rotulados: Derecho Público, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derechos Humanos, Derecho Eléctrico, Derecho Minero, Derecho de Aguas y Derecho Ambiental.

revisaron las publicaciones de universidades extranjeras a través de sus editoriales con el objeto de revisar qué se había publicado sobre Chile y que fuera parte de las materias tratadas en el Anuario de Derecho Público.

Finalmente, el listado fue repartido entre académicos miembros del Programa de Derecho Constitucional de la UDP para que hicieran sus observaciones y agregaran todo artículo no encontrado con los filtros anteriores.

No forman parte de este catálogo los comentarios de sentencias judiciales realizadas en columnas de medios de comunicación, las publicaciones en blogs y las recensiones por no constituir técnicamente artículos de creación académica.

## IV. Innovaciones

Como cada año el catálogo debe ir aportando más a la comunidad jurídica nacional, esta segunda versión presenta cambios respecto de la primera. Un primer aspecto nuevo es la sección de reportes consistente en la inclusión de informes emanados de órganos internacionales y nacionales que tratan en particular temáticas específicas y su situación en Chile. Esto en razón que cada vez es más frecuente el trabajo empírico en materia legal con análisis de elementos cuantitativos y cualitativos, donde estos informes son un insumo fundamental.

Asimismo, se incorporó una sección de capítulos de libros, donde podrán encontrar libros publicados principalmente en el extranjero donde uno de los capítulos trata un tema específico en relación a Chile.

## V. Conclusiones

En comparación al año 2010, en 2011 hay importantes avances en materia de publicaciones. Si el 2010 hubo 242 artículos y 35 libros publicados, en 2011 esta cifra aumentó a 316 en la categoría de artículos y 70 en la categoría de libros, lo que constituye un avance significativo y muestra un aumento del desarrollo académico en el área del Derecho público.

## Cuadro comparativo de resultados 2010 / 2011

| | 2010 | 2011 | Variación Porcentual |
|---|---|---|---|
| Artículos | 242 | 316 | 30.5% |
| Libros | 35 | 70 | 100% |
| Reportes sobre Chile | -- | 36 | No aplica |
| Capítulos de libros | -- | 8 | No aplica |

Si bien el trabajo realizado ha sido exhaustivo y responsable, con el ánimo de incluir todo lo publicado en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional público en Chile, siempre existe un margen de error, aunque el trabajo realizado y la metodología seguida tienen como objeto minimizarlo.[6]

Así entonces, es que ponemos a disposición de ustedes catálogo de publicaciones del año 2011.

6 Para futuras versiones de este catálogo, solicitamos a toda la comunidad jurídica, que también nos notifiquen de sus publicaciones –y si es posible una copia de la misma- al correo derechoconstitucional@mail.udp.cl, de manera tal de ser incorporada a este catálogo año a año.

| N° | LIBROS |
|---|---|
| 1 | Aguayo, Francisco y Sadler, Michelle [Editores]; "Masculinidades y políticas públicas: involucrando hombres en la equidad de género", (LOM Ediciones) 2011. |
| 2 | Aguilar, Gonzalo; "Dinámica internacional de la cuestión indígena", reimpresión, (Librotecnia) 2011. |
| 3 | Aguilera, Cristian; "Delitos contra la probidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia", (Metropolitana) 2011. |
| 4 | Aldunate, Francisco; "La responsabilidad administrativa y procedimientos disciplinarios", (Legal Publishing) 2011. |
| 5 | Arriagada, Camilo y Órdenes, Silvia [Editores]; "Inmigrantes internacionales. Ciudad y servicios urbanos: el desafío de la integración con diversidad", (LOM Ediciones) 2011. |
| 6 | Asociación Chilena de Derecho Constitucional; "Estudios sobre justicia constitucional", (Editorial Jurídica de Chile) 2011. |
| 7 | Astorga, Eduardo; "Derecho ambiental chileno - Parte general", 3° edición, (Legal Publishing) 2011. |
| 8 | Aylwin, José; Carmona, Cristóbal; Meza, Matías; Silva, Hernando; y Yáñez, Nancy [Editores]; "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile" 2° edición, (Heinrich Böll Stiftung Cono Sur) 2011. |
| 9 | Bermúdez, Jorge; "Derecho administrativo general", 2° edición, (Legal Publishing), 2011. |
| 10 | Brunner, José Joaquín y Peña, Carlos [Editores]; "El conflicto de las universidades: entre lo público y lo privado", (Ediciones UDP) 2011. |
| 11 | Castillo, Alejandra; "Democracia, políticas de la presencia y paridad. Estudio sobre participación política de mujeres en el Ejecutivo (2006-2010)", (Corporación Humanas) 2011. |
| 12 | Celis, Gabriel; "Curso derecho constitucional", (Punto Lex) 2011. |
| 13 | Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca; "Revista de Estudios Constitucionales N°1 - 2011", (Legal Publishing) 2011. |

14 Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, "Revista de Estudios Constitucionales N°2 - 2011", (Legal Publishing) 2011.

15 Centro de Regulación y Competencia; "Anuario de Derecho Público Económico", (Thomson Reuters) 2011.

16 Cisternas, Giovanni; Filloy, Marylen; y Soto, María de los Ángeles; "El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)", (Tribunal Constitucional) 2011.

17 Coloma, Rodrigo; Letelier, Raúl; y Carbonell, Flavia; "Principios jurídicos, análisis y crítica", (Legal Publishing) 2011.

18 Cordero, Luis; "Administración pública, normativa anotada", (Legal Publishing), 2011.

19 Cordero, Luis; "Tratado de jurisprudencia y doctrina derecho público económico", 2° Tomo, (Legal Publishing) 2011.

20 Correa, Jorge; "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad", (Legal Publishing) 2011.

21 Couso, Javier; Lovera, Domingo; Guiloff, Matías; y Coddou, Alberto; "Constitutional law in Chile", (Kluwer Law International) 2011.

22 Delaveau, Rodrigo [Editor]; "Sentencias destacadas 2010", (Libertad y Desarrollo) 2011.

23 Editorial Coordinadora de la Mujer; "Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los Derechos de las Mujeres Argentina – Bolivia – Chile – Colombia – Ecuador – Perú", (Corporación Humanas Colombia) 2011.

24 Faúndez, Julio; "Democratización, desarrollo y legalidad: Chile, 1831-1973", (Ediciones UDP) 2011.

25 Ferrada, Juan Carlos [Coordinador]; "Estudios de derecho público", (Legal Publishing) 2011.

26 Galdames, Liliana; "Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos", (Librotecnia) 2011.

27 García, William; "La subvención en el derecho administrativo", (Librotecnia) 2011.

28 Garretón, Francisca; González, Marianne; y Lauzán, Silvana; "Estudio de políticas públicas de verdad y memoria en 7 países de América Latina", (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2011.

29 Gutiérrez, Pablo y Zovatto, Daniel; "Financiamiento de los partidos políticos en América Latina", 2° edición, (Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Organización de los Estados Americanos y Universidad Nacional Autónoma de México) 2011.

30 Guzmán, Elías; "Inmunidad de Estado. Análisis de la práctica chilena", (Legal Publishing) 2011.

31 Henríquez, Miriam; "Perspectivas del derecho constitucional desde el mirador del bicentenario", (Librotecnia) 2011.

32 Hervé, Dominique y Pérez, Raimundo [Coordinadores]; "Derecho ambiental y políticas públicas", en Colección de Derecho Ambiental de los Cuadernos de Análisis Jurídico, (Universidad Diego Portales) 2011.

33 Hervé, Dominique; Guiloff, Matías; y Pérez, Raimundo [Coordinadores]; "Reforma a la institucionalidad ambiental - Antecedentes y fundamentos", (Ediciones UDP) 2011.

34 Huidobro, Ramón; "Tratado de Derecho Administrativo Tomo III - Derecho y Administración Comunal", (Legal Publishing) 2011.

35 Largo, Eliana [Editora general]; "Representación Social de las Mujeres en los Partidos Políticos y Medios de Comunicación en Chile", (Corporación Humanas) 2011.

36 Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique; "Transparencia en la administración pública", (Legal Publishing) 2011.

37 Llanos, Hugo; "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público – Tomo 4", 2° edición, (Editorial Jurídica de Chile) 2011.

38 Maklouf, Ana María; "Derecho diplomático, consular y de las organizaciones internacionales", (Legal Publishing) 2011.

39 Marshall, Pablo [Coordinador]; "Jurisprudencia constitucional destacada", (Legal Publishing) 2011.

40 Mirow, M.C.; "Origins of The Social Function of Property in Chile", (Fordham Law Review) 2011.

41 Molina, Hernán; "Derecho constitucional", 11° edición, (Legal Publishing) 2011.

42 Nuñez, José Ignacio; "La responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales", (Librotecnia) 2011.

43 Nuñez, José Ignacio; "Nuevas perspectivas en derecho público", (Librotecnia) 2011.

44 Núñez, Manuel [Director]; "Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas", (Librotecnia) 2011.

45 Palacios, Patricia; "El Tratamiento de la Violencia de Género", (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2011.

46 Pantoja, Rolando; "La organización administrativa del Estado", reimpresión de la primera edición, (Editorial Jurídica de Chile) 2011.

47 Pfeffer, Emilio; "Diario Constitucional", N°1, (Librotecnia) 2011.

48 Pfeffer, Emilio; "Diario Constitucional", N°2, (Librotecnia) 2011.

49 Pica, Rodrigo; Szmulewicz, Esteban; Escobar, Leyla; Valdivia, Alejandro; Ramírez, Javiera; y Vargas, Matías; "Informe de justicia constitucional. Síntesis jurisprudencial histórica, síntesis doctrinaria, análisis de la jurisprudencia del año 2010", (Ediciones Jurídicas de Santiago) 2011.

50 Poblete, Julia; "Eficiencia en la administración del Estado: misión imposible", Estudios de Derecho Público, (Abeledo Perrot legal Publishing Thomson Reuters) 2011.

51 Ponce, Patricio; "La expropiación en su manifestación judicial", (Librotecnia) 2011.

52 Praus, Sergio; Palma, Mario; y Domínguez, Rodolfo [Consultores]; "La situación jurídica de las actuales áreas protegidas de Chile", (GEF-PNUD-MMA), 2011.

53 Romero, Alejandro; Martínez, José Ignacio; y Arancibia, Jaime; "Litigación pública", (Legal Publishing) 2011.

54 Saavedra, Rubén; "Discrecionalidad administrativa", (Legal Publishing) 2011.

55 Sieder, Rachel; Schjolden, Line; y Angell, Alan [Editores]; "La Judicialización de la Política en América Latina", (Editorial Universidad Externado de Colombia) 2011.

56 Sieder, Rachel y Sierra, María Teresa; "Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina", Bergen: Chr. Michelsen Institute (CMI Working Paper WP) 2011.

57 Sierra, Lucas y Mac Clure, Lucas; "Frente a la mayoría: Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile", (Centros de Estudios Públicos, Libertad y Desarrollo y ProyectAmérica) 2011.

58 Silva, Hernán; "El delito ambiental en el derecho chileno y comparado", (Puntolex) 2011.

59 Silva, Iván; "Ley de acceso a la información pública", (Ediciones Jurídicas de Santiago) 2011.

60 Skaar, Elin; "Judicial independence and human rights in Latin America: Violations, politics and prosecution", (Palgrave MacMillan) 2011.

61 Starck, Christian; "Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales", (Librería Especializada Olejnik) 2011.

62 Stefoni, Carolina; "Mujeres inmigrantes en Chile. ¿Mano de obra o trabajadoras con derechos?", (Ediciones Universidad Alberto Hurtado) 2011.

63 Tórtora, Hugo; "El derecho a la vida en la jurisprudencia", (Metropolitana) 2011.

64 Troncoso, Claudio; "Parlamento y política exterior de Chile: un balance de 20 años (1990-2010)", (Serie de Estudios Konrad Adenauer) 2011.

65 Ugarte, José Luis; "Derechos, trabajo y privacidad", (Legal Publishing) 2011.

66 Verdugo, Mario y García, Ana María; "Manual de derecho político, tomo II: Las fuerzas políticas y los regímenes políticos", 3° edición, (Editorial Jurídica de Chile) 2011.

67 Verdugo, Mario; "Doctrinas esenciales de gaceta jurídica derecho público", (Legal Publishing) 2011.

68 Vergara, Alejandro [Director]; "Revista de Derecho Administrativo N° 4", (Legal Publishing) 2011.

69 Vergara, Alejandro [Director]; "Revista de Derecho Administrativo N° 5", (Legal Publishing) 2011.

70 Zuñiga, Francisco; "Acciones de inaplicabilidad e insconstitucionalidad", 2° edición, (Legal Publishing) 2011.

| N° | Artículos de Revistas |
|---|---|
| 1 | Aguilera, Daniela; "La participación de la víctima en la persecución penal oficial: análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista de Derecho (Coquimbo), vol.18, N°2, 2011. |
| 2 | Ahumada, Álvaro; "El Ideal del Autogobierno y las Democracias Latinoamericanas", en Revista Políticas Públicas, vol. 4, N°1, 2011. |
| 3 | Álamos, Eduardo; "La protección de garantías constitucionales a cargo del juez tributario y aduanero. Una nueva realidad. Breve análisis de los art. 155, 156 y 157 del Código Tributario", en Revista Jurídica, N°113, 2011. |
| 4 | Alcalde, Enrique; "Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°24, 2011. |
| 5 | Alvear, Julio; "El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario, rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2010", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011. |
| 6 | Alvear, Julio; "Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011. |
| 7 | Alvear, Julio; "Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural, de Gonzalo Ibáñez Santa María", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°24, 2011. |
| 8 | Alvear, Julio; "Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°24, 2011. |
| 9 | Alvear, Julio; "La libertad de conciencia y de religión en la Ilustración francesa: el modelo de Voltaire y la Encyclopédie", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, N° 33, 2011. |
| 10 | Alvear, Julio; "La asfixia del amparo económico por obra y gracia de una sentencia" en Delaveau, Rodrigo [Editor]; en Libertad y Desarrollo, Sentencias Destacadas 2010, 2011. |

11 Alvear, Julio; "La libertad moderna de conciencia y de religión y la construcción del Estado. Una apelación a nuestro presente histórico", en Revista Verbo (Fundación Speiro, Madrid), 2011.

12 Alvear, Soledad; "Las reformas pendientes a la Constitución en Chile", en Revista Políticas Públicas, vol. 4, N°1, 2011.

13 Amunátegui, Andrés; "El protagonismo político del Poder Judicial entre los años 1965 y 1973", en Revista de Derecho de UC de Valparaíso, N°36, 2011.

14 Andrade, Carmen; "La experiencia de las mesas de mujeres: entre la dependencia y la autonomía", en Largo, Eliana [Editora general], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

15 Añaños, María Cecilia; "La consolidación de la paz en el derecho internacional", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIII, N°168, 2011.

16 Arab, Fernando; "Revisión de los correos electrónicos de los trabajadores por parte del empleador", en Revista Gaceta Jurídica, N°375, 2011.

17 Aranda, Gilberto y Riquelme, Jorge; "La política exterior de Chile desde 1990. Inserción internacional y prioridad regional", en Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo, vol.6, N°11, 2011.

18 Arellano, Pablo; "Ratificar o no el convenio N° 187 sobre la seguridad y salud en el trabajo. Alcances sobre lo que se pretende y sobre lo que implica", en Revista Laboral Chilena, N°4, 2011.

19 Aristegui, Juan Pablo; "Competencia judicial y ley aplicable en materia de responsabilidad por daños al ambiente transfronterizos: el régimen de la Unión Europea", en Revista Chilena de Derecho Privado, N°16, 2011.

20 Arístegui, Juan Pablo; "Los Tratados Bilaterales de Inversión de Estados miembros de la UE antes y después del Tratado de Lisboa: efectos, desafíos y oportunidades", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

21 Armijo, Lorena; "Julieta Kirkwood, Ser política en Chile. Las feministas y los partidos", en Revista Punto Género, vol.1, N°1, 2011.

22 Astorga, Omar; Soto, Sebastián y Winn, Clemente [Coordinadores], "Crónicas", en Revista Derecho y Humanidades, vol. 1, N°17, 2011.

23 Atria, Fernando, "Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo", en SELA 2011.

24 Atria, Fernando, "Las cosas cambian cuando les pones un "Tú": sobre universalismo, focalización y regresividad", en Documentos de Trabajo 2011, Universidad Adolfo Ibáñez, 2011.

25 Atria, Fernando; "Potestades normativas y separación de poderes en el Estado constitucional chileno", en Ferrada, Juan Carlos [Coordinador], "Actas de las XL Jornadas de Derecho Público. Estudios de Derecho Público", 2011.

26 Avendaño, Octavio; "Calidad de la democracia y desempeño institucional en Chile. Un análisis retrospectivo en base a las propuestas del gobierno de Sebastián Piñera", en Revista Política, vol. 49, N°2, 2011.

27 Baeza, Jaime y López, Miguel Ángel; "Patrones de conducta en los intentos de desestabilización democrática en Ecuador: El levantamiento policial de 2010", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

28 Barnés, Javier; "Hacia procedimientos administrativos de tercera generación", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

29 Barretto de Andrade, Ricardo y Gallegos, Jaime; "El derecho a la salud en Chile: hacia un rol más activo y estructural del Estado en el aseguramiento de este derecho fundamental", en Revista Gaceta Jurídica, N°373, 2011.

30 Barrientos, Ignacio; "[sic] Suspención del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

31 Bascuñán, Antonio; "La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 4 de enero de 2011, rol N° 1683-2010)", en Revista Estudios Públicos, N° 124, 2011.

32 Bassa, Jaime; "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle", en Revista Nomos, N°5, 2011.

33 Beltrán y Puga, Alma; "Karen Atala vs. La Heteronormatividad: reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

34 Beltran y Puga, Alma; Bettinger-Lopez, Caroline; Contesse, Jorge; Garcia-Rey, Paola; Hortsch, Diana; Kaufman, Risa y Tuszynski, Nicole; "Gender justice in the Americas: a transnational dialogue on sexuality, violence, reproduction, and human rights", en Miami Law Review, vol. 65, 2011.

35 Bernal, Natalia; "El razonamiento jurídico del juez y las formas mixtas de justicia constitucional desde una perspectiva comparativa", en Revista de Derecho Público, vol.74, 2011.

36 Berner, Heidi y Bellei, Cristián; "¿Revolución o reforma? Anuncios, medidas y compromisos a la espera de la reforma educacional", en Revista Política, vol. 49, N°2, 2011.

37 Biggs, Gonzalo; "Derecho Internacional : Arbitraje de emergencia. Soluciones rápidas y eficientes", en Revista del Abogado, año 15, N°52, 2011.

38 Bitar, Sergio; "América Latina y Estados Unidos de cara al 2020", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIV, N°169, 2011.

39 Boettiger, Camila y Leiva, Felipe; "Corte Suprema, Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones, rol N° 7167- 2010 de 15 de noviembre de 2010", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 23, 2011.

40 Boettiger, Camila; "Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental, rol N° 396-20092", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 24, 2011.

41 Bohoslavsky, Juan Pablo y Rulli, Mariana; "Avances sobre la Responsabilidad Corporativa por Complicidad Financiera. La relevancia del Caso Chileno y el Informe Cassese", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

42 Bonilla, Pablo; "Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados inter-

nacionales", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2011.

43 Bordalí, Andrés; "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°2, 2011.

44 Bordali, Andrés; "El recurso de protección chileno al banquillo", en Revista IUS, N°27, 2011.

45 Brito, Haroldo, "Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

46 Brito, Mariano; "Singularización de los principios generales en el Derecho Administrativo", en Revista Ius Publicum, N°27, 2011.

47 Bruzon, Carlos; "Derecho Constitucional: momentos para una periodización. Algunos retos y debates actuales", en Revista Ius et Praxis, vol. 17, N°1, 2011.

48 Callejas, Lina y Jáuregui, Julio; "¿El asilo contra la opresión? Análisis crítico de la evolución del asilo en Chile", en Revista Derecho y Humanidades, vol.1, N°17, 2011.

49 Camacho, Gladys; "El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

50 Camacho, Gladys; "La delimitación de la noción de información pública y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia", en Revista Gaceta Jurídica, N°375, 2011.

51 Camargo, Ricardo, "Salavoj Zizek y la Teoría Materialista del Acto Político", en Revista de Ciencia Política, vol.31, N°1, 2011.

52 Campusano, Raúl; "Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°24, 2011.

53 Campusano, Raúl; "La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudmericanos", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011.

54 Campusano, Raúl; "Control de Constitucionalidad en Japón y Países Bajos", en Jornadas de Derecho público, Universidad de Chile, 2011.

55 Cárcamo, Alejandro; "El recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno", en Revista Gaceta Jurídica, N°374, 2011.

56 Cárdenas, Claudia; "De Londres a Kampala: ¿Hacia una definición del crimen de agresión?", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

57 Cárdenas, Claudia; "Algunas reflexiones a propósito de la orden de detención de la Corte Suprema chilena contra Omar Al Bashir", en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2011.

58 Cárdenas, Claudia; "Revisión crítica del criterio "interés de la justicia" como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la corte penal internacional", en Revista de Derecho (Coquimbo), vol.18, N°1, 2011

59 Cardozo, Rodrigo; "Bases de política criminal vial en Chile y su ilegítima tendencia actual de tolerancia cero", en Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 2, N° 6, 2011.

60 Carmona, Carlos; "Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

61 Caro, Pamela; "La transgresión del feminismo campesino y popular: autonomías y soberanías", en Largo, Eliana [Editora general], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

62 Carrillo, Arturo y Espejo, Nicolás; "Re-imagining the Human Rights Law Clinic", en Maryland Journal of International Law, vol.26, 2011.

63 Carroll, Royce y Brashear, Lydia; "Judicial behavior on the chilean Constitutional Tribunal", en Journal of empirical legal studies, vol.8, N°4, 2011.

64 Casas, Lidia y Vargas, Macarena; "La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar", en Revista de Derecho de Valdivia, vol. 24, N°1, 2011.

65 Casas, Lidia; "Women and Reproduction: From Control to Autonomy? The Case of Chile", en Journal of Gender, Social Policy & the Law, Volume 12, Issue 3 Article 2, 2011.

66 Castello, Alejandro; "El derecho a huelga (principales características del modelo Uruguayo uno de los más liberales que existen en Derecho Comparado)", en Revista Laboral Chilena, N°11, 2011.

67 Castillo, Alejandra; "Democracia, políticas de la presencia y paridad. Estudio sobre la participación política de las mujeres en el Ejecutivo (2006-2010)", (Corporación Humanas), 2011.

68 Castillo, Alejandra; "La autonomía política de las mujeres en las democracias elitistas", en Largo, Eliana [Editora general], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

69 Castro, Jorge; "La convergencia entre América Latina y China", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIII, N°168, 2011.

70 Cazor, Kamel y Guiloff, Matías; "La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional chileno", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

71 Cea, José Luis; "Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°16, 2011.

72 Cea, Sergio y Coronado, Ricardo; "La constitucionalización de las Fuerzas Armadas", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 23, 2011.

73 Cea, Sergio y Coronado, Ricardo; "Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°24, 2011.

74 Céspedes, Rodrigo; "Los principios generales del derecho: Un enfoque desde la perspectiva del derecho público", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

75 Chandía, Sebastián; "Algunas consideraciones sobre la naturaleza del derecho subjetivo y su proyección en la noción "derechos fundamentales": Planteamiento de un problema", en Revista de Estudios Ius Novum, N°4, 2011.

76 Checa, Laureano; Lagos, Claudia y Cabalin, Cristian; " El caso de Chile durante el gobierno de Michelle Bachelet. Participación ciudadana para el fortalecimiento de la democracia", en Revista Argos, vol.28, N°55, 2011.

77 Clerico, Laura y Aldao, Martín; "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Revista Estudios Constitucionales, vol.9, N°1, 2011.

78 Contesse, Jorge; "Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

79 Contesse, Jorge y Lovera, Domingo; "El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

80 Contreras, Pablo; "Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparado", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

81 Cordero, Eduardo; "Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras", en Revista de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°36, 2011

82 Cordero, Eduardo; "Los bienes públicos y su naturaleza a la luz de la legislación chilena", en Revista de Derecho Administrativo, N°4, 2011.

83 Cordero, Luis; "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la central termoeléctrica Castilla: un caso de derecho administrativo procedimental", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

84 Cordero, Luis; "Comentario a las sentencias 2010 de la Corte Suprema", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

85 Cornejo, Pablo; "La importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados. Análisis desde la perspectiva de la diversidad sexual", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

86 Cornejo, Tomás, "La legitimidad democrática de la decisión judicial", en Revista de Estudios Ius Novum, N°4, 2011.

87 Corral, Hernán; "Contribución a la historia de la libertad de expresión parlamentaria: el discurso de Tomás Moro como Speaker de Parlamento Inglés de 1523", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

88 Correa, Jorge; "Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

89 Correa, Sofía; "El congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°4, 2011.

90 Costa, Ezio y Fuentes, Paula; "La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

91 Couso, Javier; "Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

92 Couso, Javier; "O mercado como obstáculo à liberdade de expressão: a concentração da imprensa escrita no Chile na era democrática", en Plataforma Democrática, Working Paper N° 23, 2011.

93 Couso, Javier; "Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970-2010", en Texas Law Review, vol. 89, issue 7, 2011.

94 Covarrubias, Ignacio; "Tribunal Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?), rol N° 1710/2010", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011.

95 Covarrubias, Ignacio; "¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°24, 2011.

96 Covarrubias, Ignacio; "Un derecho a la salud que pretende garantizar el punto de llegada antes que el de partida", en Sentencias Destacadas 2010, Libertad y Desarrollo, 2011.

97 De Reina, Gabriel; "Bienes de dominio público y posesión. Perspectiva desde el derecho civil", en Revista de Derecho Administrativo, N°4, 2011.

98 Del Carpio, Verónica; "Divulgación de antecedentes penales y protección del derecho al honor y la intimidad", en Leyes & Sentencias: Revista Jurídica, N°112, 2011.

99 Delaveau, Rodrigo y Baeza, Silvia; "Derecho a la defensa judicial: subsidio portable al litigante de escasos recursos", en Revista Serie Informe Justicia, N°5, 2011.

100 Díaz, Alberto; Ruz, Rodrigo y Galdames, Luis; "Participación de la población indígena de Arica y Tarapacá en la política y la justicia comunitarias durante el siglo XIX", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, N°XXXIII, 2011.

101 Díaz, Iván; "La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°36, 2011.

102 Dobovsek, Bojan, "Informal institutions and rule of law: a comparison of Central Europe and Latin America", en Review of International Affairs, vol. 62, N° 1143, 2011.

103 Dodds, Daniel; "Estado, derecho y libertad: Breves notas sobre su relación en el pensamiento jurídico-filosófico de Kant y Hegel", en Revista de Estudios Ius Novum, N°4, 2011.

104 Dougnac, Fernando; "El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público: En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

105 Echeverría, Carlos; Goic, Alejandro; Herrera, Carolina; Quintana, Carlos; Rojas, Alberto; Salinas, Rodrigo; Serani, Alejandro; Taboada, Paulina y Vacarezza, Ricardo; "Eutanasia y acto médico", en Revista Médica de Chile, vol.139, N°5, 2011.

106 Enríquez-Ominami, Marco; "De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°4, 2011.

107 Enteiche, Nicolás; "El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011.

108 Enteiche, Nicolás y Rosende, Hugo; "La participación ciudadana y el derecho de asociación en la Ley N° 20.500 de 2011", en Revista Actualidad Jurídica UDD, Año XII, N° 24, 2011.

109 Espinoza, Sergio; "La medida de suspensión de los efectos del procedimiento de licitación ante el Tribunal de la Contratación Pública", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

110 Espinoza, Sergio; "Tribunales y procedimientos especiales en lo contencioso administrativo", en Revista Ars Boni Et Aequi, año 7, N°1, 2011

111 Evans, Rebecca; "Remembering the Past and Struggling for Justice: The Contested Legacy of Authoritarian Rule in Chile", en Human Rights & Human Welfare, University of Denver, 2011.

112 Fernández, Andrés y De la Piedra, Cristhian; "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias", en Revista Estudios Públicos, N°121, 2011.

113 Ferrada, Juan Carlos y Walter, Rodolfo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral", Revista de derecho (Valdivia), vol. 24, N°2, 2011.

114 Ferrada, Juan Carlos; "Los procesos administrativos en el Derecho chileno", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°36, 2011.

115 Ferrada, Juan Carlos; "Administración del Estado y justicia administrativa en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho", en Colecciones Productividad Capítulos de Libros Fondecyt, 2011.

116 Ferrada, Juan Carlos; "Principios de una nueva justicia administrativa en Chile", en Colecciones Productividad Capítulos de Libros Fondecyt, 2011.

117 Figueroa, Rodolfo; "Matar, dejar morir y eutanasia en el proyecto de ley sobre derechos de las personas y en la doctrina chilena", en Revista Médica de Chile, vol.139, N°5, 2011.

118 Flah, Lily y Aguilar, Rosana; "Responsabilidad de las tabacaleras y el papel del estado en la protección de los derechos fundamentales: cuestiones que se suscitan", en Revista Chilena de Derecho Privado, N°16, 2011.

119 Flisfisch, Ángel; "La Política exterior chilena y América del Sur", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIII, N°168, 2011.

120 Franetovic, Cristián; "Acceso público a playas y propiedad privada, análisis normativo y jurisprudencial", en Revista de Derecho Administrativo, N°4, 2011.

121 Fríes, Lorena; "Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

122 Frühling, Hugo; "Políticas públicas en materia de Seguridad Ciudadana durante el Gobierno de Sebastián Piñera (2010-2011)", en Revista Política, vol. 49, N°2, 2011.

123 Fuentealba, Álvaro, "Derecho de dominio y ordenamiento territorial: ¿Nuevos paradigmas desde el derecho ambiental?", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

124 Fuentes, Carlos; "Derechos Humanos en las relaciones laborales. La ciudadanía en la empresa", en Revista Gaceta Jurídica, N°373, 2011.

125 Fuentes, Claudia; "Montesquieu: teoría de la distribución social del poder", en Revista de Ciencia Política, vol.31, N°1, 2011.

126 Fuentes, Claudio; "A Matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile, 1990-2010", en Texas Law Review, vol. 89, issue 7, 2011.

127 Fuentes, Ximena, "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIV, N°169, 2011.

128 Fuentes, Ximena; "La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia por Kosovo", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

129 Galdámez, Liliana; "Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

130 Gamboa, Ricardo; "Chile e a liderança sul-americana do Brasil: qual estratégia preferem suas elites?", en Plataforma Democrática, Working Paper N° 18, 2011.

131 Gamonal, Sergio; "La huelga en Chile: perspectivas y problemas", en Revista Laboral Chilena, N°2-3, 2011.

132 García, Cristina Luz; "La reacción de España ante el golpe militar en Chile", en Naveg@mérica. Revista electrónica de la Asociación Española de Americanistas, N°6, 2011.

133 García, Gonzalo; "Reformas políticas presentadas por Ejecutivo", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

134 García, José; "El Tribunal Constitucional y el uso de "Tests": Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°1, 2011.

135 Gazitúa, Gonzalo; "El derecho de superficie como política pública de acceso a la vivienda", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

136 Girardi, Guido; "Igualdad real: legislación y medidas especiales en Chile desde la perspectiva del Poder Legislativo", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

137 Gómez, Yolanda; "Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente", Acta Bioethica, vol. 17, N°1, 2011.

138 Gómez-Robledo, Alonso; "Caso La última Tentación de Cristo (Olmedo y otros vs. Chile). Sentencia del 5 de febrero de 2001", en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°25, 2011.

139 González, Daniela; "Agencias reguladoras independientes: Legitimidad, control y transparencia", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

140 Guerrero, Elizabeth, "Entre el deseo y el desencuentro: las vicisitudes del movimiento feminista en Chile", en Largo, Eliana [Editora General], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

141 Guiloff, Matías; "El Dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2", en Revista de Derecho (Coquimbo), vol.18, N°1, 2011.

142 Guiloff, Matías; "Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

143 Guzmán, José Luis; "De la liquidación del problema penitenciario en Chile", en Revista Gaceta Jurídica, N°372, 2011.

144 Guzmán, Virginia; "Las luchas de las mujeres por nuevos derechos y el cambio de las instituciones", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

145 Guzmán, Virginia y Valenzuela, Bernardita; "La igualdad de género en un nuevo escenario político", en Largo, Eliana [Editora General], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

146 Hecker, Carlos; "Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 23, 2011.

147 Hecker, Carlos; "La propiedad, un derecho económico", en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°16, 2011.

148 Henríquez, Miriam; "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno", en Anuario de Derecho Público UDP 2011.

149 Hernández, Lucas; "Mecanismos de la participación política el movimiento para reformar el sistema de la licencia postnatal en Chile", en ISP Collection, Paper 1169, 2011.

150 Herrera, Rodolfo; "Cloud Computing y seguridad: despejando nubes para proteger los datos personales", en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°17, 2011.

151 Hervé, Dominique; "Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta Choros", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

152 Hinojosa, Magda y Franceschet, Susan; "Separate but not equal: the effects of municipal electoral reform on female representation in Chile political", en Research Quarterly, 2011.

153 Höffe, Otfried; "Justicia política y social como intercambio: Para la fundamentación del derecho, del Estado y del Estado social", en Revista Estudios Públicos, N° 124, 2011.

154 Hube, Constanza; González, Jaime; y Zárate, Sebastián; "Control político del gobierno y legislación", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°4, 2011.

155 Huidobro, Ramón; "Derecho y administración militar en Chile", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

156 Hutchinson, Allan y Colon-Ríos, Joel; "Constituciones duraderas. Una crítica democrática", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

157 Jequier, Eduardo; "El arbitraje forzoso (Un examen de Constitucionalidad en el ordenamiento Jurídico Chileno)", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

158 Jiménez, Felipe; "¿Qué se protege al prohibir los monopolios? Rol del Derecho de libre competencia en un Estado Democrático de Derecho", en Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia, N°6, 2011.

159 Jimenez, Luis; Western, Jon; y Armstrong, Jenae; "An Analysis of Current Relations Between the Chilean Nation-State and the Mapuche People: Unlawful Terrorism Prosecution in Chile towards the Mapuche Population", en Mount Holyoke College, Program in International Relations, 2011.

160 Karakaya, Ahmet; "Sin Ley de cuotas terminó el Gobierno de Bachelet", en Revista Enfoques , vol. IX, N°15, 2011.

161 Kaufman, Sebastián; Viera-Gallo, José; y Sierra, Lucas; "Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas", en Revista Mensaje, vol. 60, N° 597, 2011.

162 Ketterer, Lucy; "Mujeres indígenas latinoamericanas y política: prácticas "diferentes para"", en Revista Punto Género, vol.1, N°1, 2011.

163 Lara, José Luis; "La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: El caso de las licitaciones en materia de contrato de suministro y Prestación de Servicios bajo Ley N° 19.886", en Revista Ius Publicum, N°27, 2011.

164 Lara, José; "La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado soft law", en Revista Ars Boni Et Aequi, año 7, N°2, 2011.

165 Leiva, Alejandro; "Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 24, 2011.

166 Lennon, Viviane y Lovera, Domingo; "¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado", en Revista Chilena de Derecho Privado, N°17, 2011.

167 Leppe, Juan Pablo; "Reglamentos ambientales", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

168 Letelelier, Macarena; "La potestad sancionatoria del Estado en el marco de las garantías constitucionales", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

169 Letelier, Raúl; "El Instituto Nacional De Derechos Humanos y la gestión de su auctoritas", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

170 Letelier, Raúl; "La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jûrgen Habermas", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

171 López, Miguel Ángel; Vilchez, Ulises; y Miranda, Nicolás; "El discurso de política pública presidencial: Los casos de salud y educación durante los gobiernos de la Concertación (1990-2009)", en Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública, N°18, 2011.

172 Lucas, Andrea; "El medio ambiente en el TLC Chile – Estados Unidos: una visión chilena", en Revista Ars Boni Et Aequi, año 7, N°1, 2011.

173 Madrid, Raúl y Santiago, Alfonso; "En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°3, 2011.

174 Mansilla, Hugo; "Procesos incompletos de modernización y democratización y la sedimentación de valores autoritarios de orientación política", en Revista Persona y Sociedad, vol. XXV, N°1, 2011.

175 Mardones, Gonzalo; "Atipicidad de la eutanasia pasiva en Chile", en Revista de Estudios Ius Novum, N°4, 2011.

176 Marín, Juan Carlos y García, Rolando; "El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.24, N°1, 2011.

177 Marshall, Pablo; "El derecho a votar desde el extranjero", en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 24, N°1, 2011.

178 Martínez, José Ignacio y Zuñiga, Francisco; "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1, 2011.

179 Martínez, José Luis; "Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho", en Revista de Derecho Administrativo, N°4, 2011.

180 Marzi, Daniela; "Tutela de derechos fundamentales en el sector público y el avance de la realidad", en Revista Laboral Chilena, N°2-3, 2011.

181 Marzi, Daniela; "Una tensión aparente: libertad sindical y libertad de acceso a la información pública", en Revista Laboral Chilena, N°8, 2011.

182 Masbernat, Patricio; "Principios Constitucionales Tributarios en la sentencia Roles N° 1399-09-INA y N° 1469-09-INA, acumulados, del Tribunal Constitucional , de 4 noviembre de 2010. Referencia al caso "Gerhard Schweinitz con SII", Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 800-2010, de 1 de diciembre de 2010", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

183 Mascareño, Aldo; "Entre la diferenciación y los individuos: Derechos fundamentales y las redes de la infamia", en Revista Estudios Públicos, N°124, 2011.

184 Massini, Carlos; "La cuestión de la ley injusta, de Tomás de Aquino iusfilósofos contemporáneos", en Revista Ius Publicum, N°27, 2011.

185 Matte, Arturo; "Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a la libertad de enseñanza", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°1, 2011.

186 Matthew, Thomas; "Guerra lícita: evaluación de impacto ambiental y otros métodos de protección ambiental", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

187 Mayer, Laura; "La vida del que está por nacer como objeto de protección legal", en Revista Nomos, N°5, 2011.

188 Medina, Cecilia; "Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

189 Meier, Eduardo, "Nacionalismo constitucional y derecho internacional de los derechos humanos", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

190 Mendoza, Ramiro; "El Derecho Público y sus claves en el año del Bicentenario", en Revista Ius Publicum, N°27, 2011.

191 Mereminskaya, Elina; "El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas", en Revista Estudios Públicos, N°121, 2011.

192 Milanich, Nara; "Women, Children, and the Social Organization of Domestic Labor in Chile Hispanic American", en Historical Review, vol.91, 2011

193 Mills, Greg; "Chile and South Africa lessons and opportunities arising from political and economic transition", en SAIIA Report, N°21, 2011.

194 Mirosevic, Camilo; "La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417", en Revista de Derecho (Valparaíso), N°36, 2011.

195 Molina, Felipe; "Aplicación de medidas cautelares innominadas en procesos ambientales", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

196 Montaño, Sonia; "Igualdad real como punto de partida", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

197 Montecinos, Egon; "Democracia Participativa y Presupuesto Participativo En Chile:¿Complemento Subordinación a las Instituciones representativas locales?", en Revista de Ciencia Política, vol.31, N°1, 2011.

198 Montero, Adela y González, Electra; "La objeción de conciencia en la práctica clínica", Acta Bioethica, vol. 17, N°1, 2011.

199 Montt, Santiago y Cárdenas, José Luis; "La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES: Mitos y Realidades de un Fallo Histórico", en Anuario de Derecho Público UDP 2011.

200 Montt, Santiago y Matta, Manuel; "Una visión panorámica al Convenio 169 OIT y su implementación en Chile", en Revista Estudios Públicos, N°121, 2011.

201 Morales, Martín; "El derecho humano de acceso al agua potable y saneamiento y su recepción en la normativa de los servicios públicos sanitarios", en Leyes & Sentencias: Revista Jurídica, N°114, 2011.

202 Morán, José Ignacio; "Las aguas del minero", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

203 Moreira, Carlos; "El Estado en América Latina desde los años treinta hasta nuestros días: crisis, reformas, ¿resurrección?", en Revista Encrucijada Americana, año 4, N° 2, 2011.

204 Moriconi, Marcelo; "¿Ilegalidad justificada?: Clientelismo controlado en la administración chilena", en Revista Perfiles Latinoamericanos, N°38, 2011.

205 Moscoso, Pía; "Principios de Competencia Judicial Internacional y de Protección del Medio Ambiente", en Revista Ius et Praxis, vol. 17, N°2, 2011.

206 Muñoz, Fernando; "Que hable ahora o calle para siempre´: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.24, N°2, 2011.

207 Muñoz, Fernando; "Anef con SII: ¿libertad sindical, debido proceso o libertades públicas?", en Revista Ius et Praxis, vol.17, N°2, 2011.

208 Muñoz, Fernando; "Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

209 Muñoz, Fernando; "Finkin, Matthew W., & Post, Robert C. (2009): For the common good. Principles of american academic freedom", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°3, 2011.

210 Muñoz, Fernando; "Langdell's And Holmes's Influence on the Institutional and discursive conditions of American Legal Scholarship", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°2, 2011.

211 Muñoz, Heraldo; "Reinventando el multilateralismo desde una nueva Latinoamérica", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°5, 2011.

212 Nash, Claudio y Milos, Catalina; "Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Montevideo), año XVII, 2011.

213 Nash, Claudio; "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional Latinoamericana: tendencias jurisprudenciales", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1, 2011.

214 Nogueira, Humberto; "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

215 Nogueira, Humberto; "La reelección presidencial en el ordenamiento constitucional chileno en el contexto latinoamericano", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

216 Nogueira, Humberto; "El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1,2011.

217 Nohlen, Dieter; "El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto", en Revista de Derecho Público, vol.74, 2011.

218 Núñez, José Ignacio; "Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: Distinguiendo", en Revista de Derecho (Coquimbo), N°35, 2011.

219 Núñez, José Ignacio; "Vigencia del dogma de la irresponsabilidad del estado legislador en el estado Constitucional de derecho: ensayando bases para una teoría sobre la responsabilidad patrimonial Del estado legislador", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1, 2011.

220 Núñez, Manuel, "Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°4, 2011.

221 Núñez, Manuel; "Sobre "presentes griegos" e "injertos extranjerizantes". Uso y límites de la aplicación del derecho no nacional en la jurisprudencia constitucional: el recurso al derecho comparado", en Colecciones Productividad Capítulos de Libros Fondecyt, 2011.

222 Oberg, Héctor; "Protección de datos de carácter personal", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011.

223 Olmedo, Hernán; "Diez años de la Carta Democrática Interamericana: un régimen internacional para la defensa de la democracia", en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N°22, 2011

224 Osorio, Alejandro; Urrejola, Fernando; y Party de la Fuente, Martha; "Hacia una sociología de la producción legislativa: la cientifización de lo político y la emergencia de temas valóricos en la élite parlamentaria chilena", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°5, 2011.

225 Ossa, Claudio; "Desafíos jurídicos que plantea la regulación de las medidas técnicas de protección de los derechos de autor y los derechos conexos", en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°17, 2011.

226 Palavecino, Claudio, "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", en Revista Latinoamericana de Derecho Social (México), N°13, 2011

227 Pallavicini, Julio; "El principio de legalidad del gasto público en materia financiera", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

228 Pañailillo, Daniela; "Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 23, 2011.

229 Pardo, Diego; "¿Indulto, amnistía? Comentario de "terror, pena y aminístia" de Juan Pablo Mañalich Raffo y "¿El perdón sin memoria? Respuesta a un general" de Patricio Hales Dib", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°4, 2011.

230 Paredes, Felipe; "Justicia Constitucional y democracia: Sello de constitucionalidad en el control preventivo obligatorio (Tribunal Constitucional)", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.24, N°1, 2011.

231 Pérez, Felipe; "La presencia de las ideas de Samuel Pufendorf durante la Independencia de Chile", en Revista Derecho y Humanidades, vol.1, N°17, 2011.

232 Pérez, Rodrigo; "Los inicios de la enseñanza del Derecho Constitucional en el Chile decimonónico: el Liceo de Chile y el Colegio de Santiago (1828-1831)", en Universidad de Atacama, Chile en Anuario de Estudios Americanos (España), vol. 68, N°1, 2011.

233 Pinheiro, Julio; "Los deberes fundamentales y la Constitución brasileña", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.24, N°1, 2011.

234 Portales, Carlos; "Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIV, N°169, 2011.

235 Provoste, Patricia; "Tiempo de autonomía: la igualdad de género en el ámbito privado", en Largo, Eliana [Editora General], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

236 Quattrini, Diego y Emili, Marcela; "Trabajadores y sindicatos frente a la flexibilización laboral: ¿aceptación o resistencia? Los casos de Argentina y Chile a partir de los setentas", en Revista Contra Corriente, vol. 9, N°1, 2011.

237 Quezada, Hernán; "Sentencia dictada por la Corte Suprema en el Caso Prats", en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile 2011.

238 Radovic, Marcela; "Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción. El caso de los Dispute Resolution Boards", en Revista de Derecho Administrativo, N°5, 2011.

239 Ramírez, Felipe; "Acceso a la información ambiental", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°2, 2011.

240 Ravest, Maximiliano; "El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales: Breve análisis del derecho comparado", en Revista Derecho y Humanidades, vol.1, N°17, 2011.

241 Rein, Tatiana; "El movimiento de mujeres: agentes conductores de la agenda pública", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIII, N°168, 2011.

242 Ribera, Teodoro; "Constitutional basis of the economic public order in Chile", en International Law Review, vol.I, Issue 2, 2011.

243 Ried, Nicolás; "Venciendo a Procusto. El concepto de familia: El feminismo liberal, el post-feminismo y el problema del género", en Revista Derecho y Humanidades, vol.1, N°17, 2011.

244 Ríos, Marcos; "Implementación del derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio n° 169 de la OIT", en Revista Catalana de Dret Ambiental, vol.2, N°2, 2011.

245 Rodríguez, Pablo; "Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N°23, 2011.

246 Rodríguez-Arana, Jaime; "La mediación en el Derecho Administrativo", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

247 Rojas, Hugo; "Aportes del derecho comparado a los sistemas alternativos de resolución de amparos del derecho de acceso a la información en Chile", en Revista de Derechos Fundamentales, N° 5, 2011.

248 Romero, Alejandro; "La discriminación judicial como nuevo error decisorio en el proceso chileno: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, 14 de julio de 2009 (Rol N° 2.886-09), que procedió a anular una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, unificando doctrina jurisprudencial", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°2, 2011.

249 Rosende, Hugo y Enteiche, Nicolás; "La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley N° 20.500 de 2011", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 24, 2011.

250 Ruiz-Tagle, Pablo; "Propiedad de los medios y principios de intervención del Estado para garantizar la libertad de expresión en Chile", en Revista de Derecho (Coquimbo), vol.18, N°2, 2011.

251 Saavedra, Rossi y Reicher, Óscar; "Autodenuncia en la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente ¿Un real incentivo al cumplimiento ambiental?", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

252 Sacristán, Estela y Vergara, Alejandro; "El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como "Derecho Común", en Revista Chilena de Derecho, vol.38, N°2, 2011.

253 Salazar, Gabriel; "El Congreso Nacional y el problema histórico de la representatividad en Chile", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°5, 2011.

254 Sandoval, Diego; Hervé, Dominique; Claro, Edmundo y Arístegui, Juan Pablo; "El concepto de justicia ambiental en el marco regulatorio e institucional de las actividades mineras: El Caso de la Comuna de María Elena, Región de Antofagasta, Chile", en Revista de Derecho Ambiental, N°3, 2011.

255 Sanhueza, Ricardo y Mordoj, Benjamín, "Competencia desleal: La economía del engaño", en Revista Estudios Públicos, N°124, 2011.

256 Santa Cruz, Guadalupe; "Tutelas sobre el cuerpo de las mujeres", en Largo, Eliana [Editora General], "Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

257 Schonsteiner, Judith; Beltrán y Puga, Alma, y Lovera, Domingo; "Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights", en Human Rights Law Review, vol.11, issue 2, 2011.

258 Schonsteiner, Judith; Van Yurick, María Elena y Steward, Rébecca; "Derechos humanos en el diálogo social entre comunidades y empresas. Propuesta para una guía", Centro de Derechos Humanos UDP, 2011.

259 Senghaas, Dieter; "La gobernanza mundial y el derecho mundial en un mundo fragmentado", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIII, N°168, 2011.

260 Sepúlveda, Cecilia; "Cumplimiento del Programa de Gobierno de la Alianza en el sector salud", en Revista Política, vol. 49, N°2, 2011.

261 Sepúlveda, Paulo; "Comentarios sobre la evaluación ambiental estratégica en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente", en Revista de Estudios Ius Novum, N°4, 2011.

262 Shiraz, Zakia; "CIA intervention in Chile and the Fall of the Allende Government", en Journal of American Studies, vol. 45, issue 3, 2011.

263 Silva, Luis; "La derogación tácita por inconstitucionalidad: comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, sociedad establecimiento comercial Comarrico Ltda. con Héctor Enrique Alvear Villalobos, De 28 De Septiembre De 2010, Rol 1018-09", en Revista de Derecho (Coquimbo) [online], vol.18, N°12, 2011.

264 Silva, Luis; "Supremacía constitucional y tutela laboral", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.24, N°1, 2011.

265 Soto, Eduardo; "Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (segunda parte)", en Revista Ius Publicum, N°27, 2011.

266 Soto, Eduardo; "Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de monarquías absolutas", en Revista de Derecho Administrativo, N°4, 2011.

267 Soto, Francisco; "La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile: particularidades y desafíos", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

268 Sullivan, Kathleen; "Reorganizing indigenous-state relations in Chile: programa orígenes and participatory governance", en Studies in Law, Politics, and Society, vol.55, 2011.

269 Szmulewicz, Esteban; "Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 2331 del Código Civil", en Revista Diario Constitucional, N°2, 2011.

270 Szmulewicz, Esteban; "El sistema binominal y la crisis de legitimidad de la política", en Informe N°926 del Instituto de Asuntos Públicos, 2011.

271 Tafur, Víctor; "Water law, mining and hydro-energy conflicts in south america: tales from the andes and Patagonia", en International Journal of Rural Law and Policy, 2011.

272 Tapia, Marcela; "Género y migración: trayectorias investigativas en Iberoamérica", en Revista Encrucijada Americana, año 4, N° 2, 2011.

273 Tecklina, David; Bauera, Carl y Prieto, Manuel; "Making environmental law for the market: the emergence, character, and implications of Chile's environmental regime", en Environmental Politics, vol.20, Issue 6, 2011.

274 Thiery, Peter; "Informal Institutions and the Rule of Law in Latin America. Argentina and Chile in comparative perspective", en ECPR General Conference Reykjavik, 2011.

275 Toro, Sergio; Morales, Mauricio y Piñeiro, Rafael; "El efecto de las leyes electorales sobre la fragmentación partidaria en Chile, 1999-2008. Voto estratégico, barreras de entrada e información", en Revista Política y Gobierno, vol. XVIII, N°2, 2011.

276 Torres, César; "Acción de tutela de derechos fundamentales y de despido indirecto. 1° parte", en Revista Laboral Chilena, N°12, 2011.

277 Trucco, Pablo; "¿Carga o privilegio? El dólar estadounidense y la puja por la reforma del sistema monetario internacional", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIV, N°169, 2011.

278 Tschorne, Samuel; "Constitucionalismo autoritario y "estabilidad" política chilena: el lugar del derecho y las instituciones en la historia de Chile (1820-1925)", en SELA, 2011.

279 Turner, Ernesto; "Desarrollo y pobreza en México, Argentina, Brasil y Chile", en Revista Polis, vol. 10, N°29, 2011.

280 Turzi, Mariano; "¿Qué importancia tiene el bric?", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIII, N°168, 2011.

281 Ugarte, José Luis; "Privacidad, trabajo y derechos fundamentales", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1, 2011.

282 Undurraga, Verónica; "Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo", en SELA, 2011.

283 Undurraga, Verónica; "La decisión sobre aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos "A, B and C v. Ireland" y su importancia para el Sistema Interamericano", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

284 Valdés, Teresa; "Acción política de mujeres 1990-2009: institucionalizando la equidad de género", en Largo, Eliana [Editora General],

"Autonomía política de las mujeres, algunas reflexiones", Corporación Humanas, 2011.

285 Valdivia, José Miguel; "Alcances jurídicos del Convenio 169", en Revista Estudios Públicos, N°121, 2011.

286 Valenzuela, Sebastián; "Igualdad real: legislación, políticas públicas y medidas especiales en Chile desde la perspectiva de la acción del poder ejecutivo", en Seminario internacional igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

287 Van Klaveren, Alberto; "La política exterior de Chile durante los gobiernos de la Concertación (1990-2010)", en Revista del Instituto de Estudios Internacionales, año XLIV, N°169, 2011.

288 Varela, Jorge Luis; "Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 23, 2011.

289 Varela, Jorge Luis, "Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno", en Revista Actualidad Jurídica, N° 24, 2011.

290 Vásquez, Carmina; "Derechos laborales en Chile ¿Verdadera igualdad de género?", en Revista Derecho y Humanidades, vol. 1, N°17, 2011.

291 Velasco, Juan; "De asonadas y consultas: Ecuador, el país de los saltos cuánticos", en Revista Encrucijada Americana, año 4. N° 2, 2011.

292 Verdugo, Mario; "Síntesis jurisprudencial del artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

293 Verdugo, Sergio; "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: Pluralismo judicial y debate democrático", en Revista de Derecho (Coquimbo), vol.18, N°2, 2011.

294 Verdugo, Sergio y García, José Francisco; "¿Es la separación de funciones un estándar justiciable para el régimen de sanciones administrativas?" , en Sentencias Destacadas 2010, Instituto Libertad y Desarrollo, 2011.

295 Verdugo, Sergio; "Radiografía Política al Sistema Interamericano de DD.HH.", en Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Justicia N° 7, 2011.

296 Vermeren, Patrice; "La República independiente, el poder constituyente y el héroe de la emancipación", en Revista de Filosofía, vol. 67, 2011.

297 Vial, Tomás; "El modelo democrático de la Constitución de 1980: la fuerza de la igualdad", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

298 Vidal, Paula; "Libertad e igualdad. Una aproximación a la noción de justicia social en la izquierda chilena del siglo XX", en Revista Universum, vol.1, 2011.

299 Viera, Christian; "Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente", en Revista Nomos, N°5, 2011.

300 Villacorta, Luis; "Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales: aspectos a destacar en el contexto de la Discusión Española", en Revista Ius et Praxis, vol. 17, N°1, 2011.

301 Villagrán, Marcelo; "La descentralización en Chile", en Revista Actualidad Jurídica UDD, N° 23, 2011.

302 Viñuela, Mauricio; "La Juridicidad y la protección del medio ambiente. Un análisis crítico a la luz de la STC Rol N° 577-2006", en Revista de Derecho Administrativo, N°4, 2011.

303 Visconti, Giancarlo; "Comportamiento diacrónico del Congreso en Chile: ¿Crecimiento o estancamiento de su influencia?", en Revista de Ciencia Política, vol.31, N°1, 2011.

304 Von Baer, Heinrich; "Descentralización y desarrollo territorial: ¿barco a la deriva o proyecto país? Fundamentos y propuestas para una política de Estado", en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios, N°5, 2011.

305 Westermeyer, Felipe; "El pensamiento jurídico de Juan Egaña Risco, uno de los primeros juristas del derecho patrio chileno", en Revista Mexicana de Historia del Derecho, Vol. XXIV, 2011.

306 Westermeyer, Felipe; "Notas para un estudio del pensamiento jurídico-conservador de Juan Egaña", en Revista Derecho y Humanidades, vol.1, N°17, 2011.

307 Wilenmann, Javier; "La Administración de justicia como un bien jurídico", en Revista de Derecho (Valparaíso), N°36, 2011.

308 Zalaquett, José; "Conflictos de intereses: normas y conceptos", en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2011.

309 Zúñiga, Alejandra; "Aborto y derechos humanos", en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 24, N°2, 2011.

310 Zúñiga, Alejandra; "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1, 2011.

311 Zúñiga, Alejandra; "Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos", Acta Bioethica, vol. 17, N°1, 2011.

312 Zúñiga, Francisco; "Comentario a la sentencia recaída en cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 26 bis del Código del Trabajo (STC Rol N° 1852/2010, de 26 de Julio de 2010)", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011.

313 Zúñiga, Francisco; "Control de constitucionalidad de autos acordados", en Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1, 2011.

314 Zúñiga, Francisco; "La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de ISAPRES en el Tribunal Constitucional", en Anuario de Derecho Público UDP, 2011.

315 Zúñiga, Francisco; "Referéndum y Constitución. Algunas notas acerca del Proyecto de Reforma Constitucional de "Plebiscitos Ambientales", en Revista de Derecho Público, vol. 74, 2011.

316 Zúñiga, Yanira; "Restricciones a porte de velo islámico: Reflexiones sobre la discusión comparada y la incipiente jurisprudencia chilena (Corte de Apelaciones de Santiago)", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.24, N°2, 2011.

| N° | Capítulos de Chile en Libros Publicados en el Extranjero |
|---|---|
| 1 | Aylwin, José; "Struggling to localize human rights: the experience of indigenous peoples in Chile", en De Feyter, Koen, Parmentier, Stephan, Timmerman, Christiane y Ulrich, George [Editores], "The Local Relevance of Human Rights", (Cambridge University Press), 2011. |
| 2 | Atria, Fernando; "La Iglesia, una institución realmente existente", en del Río, Carolina y Delpiano, María Olga, [Editoras] Iglesia en Crisis, (Uqbar), 2011. |
| 3 | Contesse, Jorge; "Indigenous Peoples in Chile: The Quest to become a Constitutional Entity", en Sarat, Austin [Editor] , "Studies in Law, Politics, and Society", vol.55, (Emerald Group Publishing Limited), pp.19-41, 2011. |
| 4 | Couso, Javier y Hilbink, Lisa; "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile", en Helmke, Gretchen y Rios-Figueroa, Julio [Editores], "Courts in Latin America", (Cambridge University Press), 2011. |
| 5 | Cornejo, Luis; "Reflections on Chilean legislation and the indigenous archaeological heritage: an archaeologist's viewpoint", en Gnecco, Cristobal y Ayala, Patricia [Editores], "Indigenous People and Archaeology in Latin America", (Left Coast Press), 2011. |
| 6 | Morgan, Bronwen; "Regulatory arbitrage and popcorn politics: contrasting disputing pathways in Argentina and Chile", en Morgan, Bronwen "Water on Tap, Rights and Regulation in the Transnational Governance of Urban Water Services", (Cambridge University Press) 2011. |
| 7 | Scribner, Druscilla; Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile, en Helmke, Gretchen y Rios-Figueroa, Julio [Editores], "Courts in Latin America", (Cambridge University Press), 2011. |
| 8 | Contesse, Jorge; "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos" en Rodriguez, Cesar [coordinador], "El derecho en América Latina", Ed. Siglo XXI, 2011. |

| N° | Reportes Reportes de Organizaciones Internacionales acerca de Chile |
|---|---|
| 1 | Acuña, Macarena; Castelleti, Claudia; Lathrop, Fabiola; Maturana, Paulina; Olea, Helena y Toledo, Patsilí; "Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios – 2010: Los derechos de las mujeres en la mira", (Corporación Humanas), 2011. |
| 2 | Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; "La protección internacional de refugiados en las Américas", 2011. |
| 3 | Amnistía Internacional; "Informe Anual 2011: El estado de los derechos humanos en el mundo", 2011. |
| 4 | Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género; "Análisis regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los Derechos de las Mujeres. Argentina- Bolivia- Chile- Colombia- Ecuador- Perú", (2011). |
| 5 | Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género; "Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2011". |
| 6 | Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública; "Venciendo la Cultura del Secreto: Obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina", 2011. |
| 7 | Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, "Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011", (Ediciones Universidad Diego Portales), 2011. |
| 8 | Comisión Ética contra la Tortura; "¡No a la tortura! A nadie en ningún lugar y en nombre de nada", Informe de Derechos Humanos, 2011. |
| 9 | Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos", 2011. |
| 10 | Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las américas", 2011. |

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales", 2011.

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación", 2011.

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Justicia juvenil y derechos humanos en las américas", 2011.

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "La situación de las personas afrodescendientes en las américas", 2011.

15 Corporación Humanas; "Informe Nacional de Derechos Humanos 2009-2010", (Corporación Humanas), 2011.

16 Corporación Humanas; "Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2011" (Corporación Humanas), 2011.

17 Federación Internacional de Derechos Humanos; "Chile. Avances y obstáculos en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet", 2011.

18 Fundación Pro Acceso; "Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana", 2011.

19 Fundación Pro Acceso; "Acceso a la información y recursos naturales: Reflexiones sobre el uso estratégico de peticiones de información internacionales", 2011.

20 Fundación Pro Acceso; "Acceso a la información y sistemas de medición en educación en Chile: El caso de las pruebas de admisión", 2011.

21 Fundación Pro Acceso; "Acceso a la Información y Transparencia sobre la demanda ciudadana de información pública en Chile 2010", 2011.

22 Human Rights Watch; "World Report 2011", 2011.

23 Human Rights Watch, "Informe Mundial: los Gobiernos tratan con guantes de seda a los abusadores", 2011.

24 Instituto Nacional de Derechos Humanos; "Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile 2011", 2011.

25 Movimiento de Integración y Liberación Homosexual; "IX. Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual en Chile (Hechos 2010)", 2011.

26 Observatorio Ciudadano, "Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural", 2011

27 Organización Internacional del Trabajo; "Conferencia Internacional del Trabajo", 2011.

28 Organización Internacional del Trabajo; "El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe: ampliar la protección de la seguridad social para las trabajadoras domésticas remuneradas", 2011.

29 Organización Internacional del Trabajo; "El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe: erradicar el trabajo infantil doméstico", 2011.

30 Organización Internacional del Trabajo, "El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe: Salarios dignos para las trabajadoras del hogar", 2011.

31 Organización Internacional del Trabajo; "Estrategia para la prevención y erradicación del trabajo infantil en las empresas: El caso Sodimac", 2011.

32 Organización Internacional del Trabajo; "Segundo Informe sobre Indicadores de Trabajo y Excelencia en Chile, 2003-2008", 2011.

33 Organización Internacional del Trabajo; "Serie: Bibliografías Temáticas Digitales OIT, N°2: Salud y seguridad en el trabajo: Fuentes de información OIT", 2011.

34 Organización Internacional del Trabajo; "Serie: Bibliografías Temáticas Digitales OIT, N°7: Migraciones laborales, la gestión migratoria laboral: Fuentes de información OIT", 2011.

35 Organización Internacional del Trabajo; "Trabajo decente para los/as trabajadores/as domésticos/as", 2011.

36 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; "Mejores políticas para el desarrollo: Perspectivas OCDE sobre Chile, OECD Publishing", 2011.