

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2013
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2013

©Ediciones Universidad Diego Portales
©VV.AA

Primera edición: agosto de 2013

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono: (56 2) 2676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl

ISBN: 978-956-314-228-0

Editor: Javier Couso
Secretaria de redacción: Tamara Carrera
Edición de estilo: Sergio Missana

Diseño: TesisDG
Portada: Fragmento obra *Acumulación Innecesaria* © Rodrigo Zamora, 2011
Impreso en Chile por Salesianos Impresores

Todos los derechos reservados

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2013
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

COMITÉ EDITORIAL

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

Director

Javier Couso

Secretaria de Redacción

Tamara Carrera

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

DEBATE SOBRE NUEVA CONSTITUCIÓN Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE

¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?

Jorge Correa Sutil 21

Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente?

Jorge Jaraquemada y Héctor Mery 36

“Chile es una república democrática”: la asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional

Fernando Muñoz 60

OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los jueces al acecho. Acerca de la Independencia de la Judicatura en Chile Andrés Bordalí	97
La “Reforma a la Reforma Procesal Penal”: Análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley Mauricio Duce	110
Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas Francisco Zúñiga Urbina	145
Inviolabilidad de correos electrónicos. Comentarios al fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional Rodolfo Figueroa	173
La sombra y el resplandor de la desobediencia: Sobre la difícil relación entre el Gobierno y la Justicia en la Argentina Martín Böhmer	187
Estándares y criterios para la creación de un órgano antidiscriminación en Chile: Desafíos pendientes y opciones institucionales Alberto Coddou y Tomás Vial	216

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

La jurisprudencia ambiental reciente: Tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas Jorge Bermúdez y Dominique Hervé	237
Nulidad y dictaminación de Contraloría: Nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC Luis Cordero Vega	256

Ley de Pesca: Explicando un regalo regulatorio	
Matías Guiloff	273
Los Tribunales Ambientales: Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental	
Marie Claude Plumer	297
Información privilegiada, Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU) y deber de abstención: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso LAN	
Rafael Mery	316

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE FECUNDACIÓN IN VITRO

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica	
Francisco Zúñiga	341
La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario crítico a la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de la Corte Interamericana De Derechos Humanos	
Luis Alejandro Silva Irrázaval	383
Los desafíos para Chile de la decisión Artavia Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (Caso fertilización in vitro): Algunos comentarios	
Lidia Casas Becerra	398

OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La Revolución Bolivariana, el derecho público y la comunidad internacional	
José Zalaquett	419

Laudo en Caso CIADI No. Arb/07/23, Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala	
Sebastián López	437
Religión, derechos humanos y práctica constitucional en el Medio Oriente: El caso palestino en contexto	
Emilio Dabed	450
Las reformas recientes al sistema interamericano de derechos humanos	
Felipe González	470
Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo vs. Chile	
Flávia Piovesan	491
Colombia se retira del Pacto de Bogotá: Causas y efectos	
René Urueña	511
Revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012	
Katerina Aranis, Dinka Benítez, María Ignacia Macari, Benjamín Rey y Judith Schönsteiner	548

RECENSIÓN

“The Harm in Hate Speech” de Jeremy Waldron	
Juan Pablo González.....	585

Catalogo de Publicaciones 2012

Aileen Larraín, Soledad Molina y María Elena Ugalde	597
---	-----

PALABRAS DEL DECANO

Sin duda, el debate constitucional en nuestro país ha cobrado una importancia crucial en el último tiempo. Ya no se trata solo de una discusión que atrae a los expertos, pues poco a poco se ha extendido entre nuestros ciudadanos la creencia de que lo que se establezca en la Carta Fundamental puede ser determinante para alcanzar metas bastante cercanas y concretas. La Constitución hace tiempo que dejó de ser solo el texto que define la forma como se organizan y funcionan los poderes públicos, pasando a ser crucial a la hora de establecer el marco de libertades y derechos que les asisten a las personas. Pero ahora se espera mucho más de ella: proyectos de sociedad e incluso planes de vida individuales parecieran depender de lo que conste o no en el texto fundamental.

Se podrá ser más o menos escéptico sobre la posibilidad real de que una construcción jurídica tenga la virtualidad de generar las realidades que hoy se esperan de un cambio constitucional, pero resulta en cualquier caso evidente que el momento actual exige un redoblado esfuerzo por un trabajo disciplinario serio e informado en el ámbito del derecho público en general y constitucional en particular, que sirva para alimentar y conducir dicho debate.

Esa es precisamente la contribución que hace este *“Anuario de Derecho Público”* que, por cuarto año consecutivo, edita el Programa de Derecho Constitucional de nuestra Facultad. Se trata de una obra ambiciosa, que a través de 25 artículos elaborados por 32 autores pasa revista a los sucesos más significativos ocurridos en los ámbitos del derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho internacional durante el pasado año 2012. Adicionalmente, y gracias al trabajo de un grupo de alumnos de esta Facultad, incluye un completo catálogo con todas las publicaciones (libros y artículos académicos) aparecidas en Chile, sobre estas materias, durante dicho año.

Deseo agradecer especialmente las contribuciones del amplio y heterogéneo grupo de autores que han hecho posible este texto. Entre ellos se encuentran académicos provenientes de muy diversas casas de estudio, de Chile y del extranjero, representantes de diversas posiciones ideológicas y jurídicas, cuyas distintas –y a veces encontradas– perspectivas le dan una riqueza y atractivo a la presente publicación, que justifica plenamente la invitación a leerla.

JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS
DECANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

PALABRAS DEL DIRECTOR

Es con gran satisfacción que entregamos esta cuarta versión del “*Anuario de Derecho Público*” que, desde el año 2010, el Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales viene elaborando con el propósito de dar cuenta y analizar críticamente los desarrollos jurídicos (reformas constitucionales y legislativas, jurisprudencia nacional e internacional, y otros) más importantes del año precedente en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional.

Como siempre, este esfuerzo no habría sido posible sin el generoso concurso de numerosos juristas nacionales y extranjeros que elaboraron los excelentes trabajos que se contienen en este volumen. Ello nos permite ofrecer al lector análisis reflexivos sobre los más diversos tópicos del derecho público nacional y comparado, así como del derecho internacional, a partir de aportes de especialistas de prestigiosas universidades y centros académicos de Chile y del extranjero.

Este año, el “*Anuario*” incluye una sección especialmente dirigida a abordar –desde diversas perspectivas– el debate jurídico sobre la conveniencia (o inconveniencia) de introducir una nueva constitución o el realizar (o no) reformas profundas a la carta actualmente vigente y, en particular, la controversia suscitada por la posibilidad de utilizar el mecanismo de una asamblea constituyente.

Otro hecho digno de destacarse es que, por primera vez, el “*Anuario*” incluye un artículo de derecho constitucional comparado, en este caso, uno que aborda la problemática relación entre el poder ejecutivo y la judicatura en Argentina, trabajo escrito por el destacado jurista Martín Böhmer. El sentido de incorporar este artículo es ayudar a la comunidad jurídica nacional a comprender mejor las causas y consecuencias de uno de los problemas más

importantes que enfrenta el constitucionalismo argentino: la independencia de su judicatura respecto del gobierno.

Por otra parte, en la sección de derecho administrativo, se incluyen importantes trabajos, como el que analiza la jurisprudencia ambiental en relación a los derechos de los pueblos indígenas; el que da cuenta de las implicancias de la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales; el que aborda el nuevo rol que está jugando la Contraloría General de la República; el que aborda la controvertida Ley de Pesca de fines del 2012 y el que hace un análisis del fallo de la Corte Suprema en un conocido caso sobre información privilegiada.

Asimismo, cabe subrayar la diversidad y relevancia de los trabajos de la sección de derecho internacional, como los que dicen relación con el Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos, incluyendo el incisivo análisis de la denuncia por parte de Venezuela del Pacto de San José; el que aborda el debate sobre las reformas al Sistema, y los artículos que analizan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Atala Riffo vs. Chile*” y “*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*”. Por otra parte, destaca el interesante artículo sobre el rol de la religión en la emergente experiencia constitucional palestina; el que analiza el retiro de Colombia del Pacto de Bogotá; el que estudia el Laudo en el caso CIADI “*Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*”; y el importante trabajo que revisa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del año 2012.

Finalmente, el “*Anuario*” incluye una recensión del importante libro “*The Harm in Hate Speech*”, del reconocido filósofo legal Jeremy Waldron, así como la tercera versión del “*Catálogo de Publicaciones*”, que reporta y organiza todos los libros y artículos científicos publicados en el país en materia de derecho público durante el año 2012, y que nuevamente fue elaborado por un comprometido grupo de estudiantes de nuestra Facultad.

Antes de terminar con estas breves líneas, quisiera agradecer especialmente al decano de nuestra facultad, Juan Enrique Vargas, por su continuo y entusiasta apoyo al “*Anuario de Derecho Público*”; a los integrantes de nuestro Comité Editorial (Lidia Casas; Luis Cordero; Alberto Coddou; Jorge Correa Sutil; Rodolfo Figueroa; Matías Guiloff; Judith Schonsteiner y Tomás Vial); a Matías Rivas y Daniella González (de Ediciones Universidad Diego Portales); al editor de estilo, Sergio Missana; a Sonia Kuzmanic y, finalmente, a nuestra nueva Secretaria de Redacción, Tamara Carrera, por su extraordinario trabajo de estos meses.

JAVIER COUSO

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

**DEBATE SOBRE NUEVA CONSTITUCIÓN
Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE**

¿HA LLEGADO LA HORA DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?¹

Jorge Correa Sutil²

Resumen

El presente artículo resalta como preocupante que el actual debate acerca de una nueva Constitución, por ahora puramente procesal, termine por hacer aun más borrosa y desfigurada la noción de lo que es una constitución democrática y de la utilidad que puede prestar a nuestra vida colectiva. Existe el riesgo de que el debate termine por ahondar y no por suprimir la idea más venenosa que se enquistó en la Carta de 1980: la noción de que una constitución es una carta de triunfo de una de las posiciones confrontadas por sobre otras; que se presente como un modo de asegurar que los procesos de deliberación tengan uno de los resultados posibles, como si la noción de constitución tuviera intrínseca la idea de una democracia protegida.

Aun cuando el autor reconoce que existen buenas razones para entender que la Constitución del 80 está lejos de ser adecuada para enmarcar nuestro sistema democrático, sostiene que podría no haber llegado la hora de escribir una nueva, sino de instalar un debate en que triunfe la idea de “deconstruir” las formas excesivamente ideológicas de la que nos rige y de abrir más y no menos espacio al juego político. Es la hora, postula en este artículo, de entrarle a la Constitución con una goma más que con un lápiz.

Introducción

Soy uno más de los partidarios de una nueva Constitución nacida de una asamblea constituyente, aunque, en mi caso, sujeto a una sola condición: que sea yo mismo quien presida esa asamblea, si es que, mejor aun, no me nom-

¹ El presente artículo fue recibido en el mes de abril del presente año.

² Profesor Titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

bran como su único integrante. Me corroen, sin embargo, amargas dudas de que tal sea la voluntad del pueblo de Chile. Más aun, tengo razones para temer que si el pueblo de Chile elige a la asamblea en cuestión no me nombren a mí y terminen integrándola personas como Jovino Novoa, Pablo Longueira y Carlos Larraín.

Ese es un escenario probable que los partidarios de la cuarta urna y de la asamblea constituyente no suelen representarse y eso transforma el inicio de este artículo, que suena a chiste, en un argumento a favor de la necesidad de madurar más las propuestas de nueva Constitución que poblaron el debate el año pasado.

No me parece que Camilo Escalona haya errado el análisis cuando, con ironía, se preguntó si los promotores de la iniciativa se habían puesto a fumar opio. Desconozco el sentido exacto con el que el Senador empleó esas palabras.³ Supongo que aludía más bien a que el impulso de la idea de la asamblea pasaba por que votara a favor de ella toda o buena parte de los parlamentarios de derecha. A esa cuestión formal o procesal, pero no por ello menos importante, quisiera destinar algunas líneas iniciales de este artículo de opinión, para luego concentrarme en la más sustantiva, relativa a si están dadas las condiciones políticas para que pueda surgir una nueva Carta Fundamental, con caracteres de legítima, eficaz y duradera.

Antes de desarrollar estas dos ideas, dejo constancia que entiendo que lo que el director del *Anuario* nos pide en esta sección es una opinión personal fundada y no un artículo académico y que se trata de dar cuenta, continuar y, en lo posible, profundizar uno de los principales debates políticos del 2012. Ese propósito, me pareció, se aviene mejor con un tono polémico, distinto al más mesurado que debe reinar en otras partes de este *Anuario*.

1. Una nueva Constitución, ¿y cómo empezamos?

Conforme dispone el Capítulo XV de la Carta Fundamental que nos rige, es decir, que –por ahora– logra evitar que resolvamos nuestras diferencias por métodos violentos y que todas las autoridades del país han jurado respetar, cualquier modificación a la Carta Fundamental debe aprobarse con el voto conforme de las tres quintas o de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio, según la reforma de que se trate recaiga en unos u

³ Hay varias versiones en los registros digitales de la prensa del 2 de septiembre de 2012.

otros capítulos de la Carta vigente.⁴ Añadamos a ello, que si el Presidente veta el proyecto, las Cámaras solo pueden insistir por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada una; lo que, de ocurrir, obliga al Presidente a promulgar el proyecto o a llevar la diferencia a un plebiscito.⁵

Salvo que haya un quiebre constitucional, el surgimiento de una nueva Constitución exige una modificación de la actual. Quien deja sin efecto, deroga y reemplaza una constitución por otra, reforma o cambia la que está vigente, por lo que esos altos quórumos son plenamente aplicables a cualquier intento de crear una nueva Constitución.⁶ Más precisamente, constituir una asamblea constituyente, para generar una nueva Carta Fundamental conlleva necesaria y lógicamente alterar el modo que la Carta vigente contempla para su propia reforma. Ese cambio exige de los votos favorables de las dos terceras partes de los diputados y de los senadores en ejercicio.

Así, si la asamblea constituyente se quiere constituir conforme al derecho vigente, es condición necesaria que los parlamentarios de derecha elegidos popularmente decidan renunciar al derecho, del que actualmente disponen, a ejercer ellos mismos el poder constituyente y que lo deleguen enteramente en otro órgano electo: la asamblea, seguida de un plebiscito.

Como sabemos que los actuales diputados y senadores de derecha no están ni estarán, ni por lejos, disponibles para renunciar a sus derechos y generar una asamblea constituyente que los reemplace, la iniciativa solo es viable, conforme a derecho, si la actual oposición (suponiendo toda ella estuviera a favor de la iniciativa) doblara en dos tercios más uno de los distritos electorales de la próxima elección de diputados, a efectuarse a fines de 2013, y que doblara también en todas las elecciones de senadores próximas.

Como este camino, en cualquiera de sus dos variantes, no es nada probable, el llamado a transitar a la asamblea constituyente por la vía legal no solo implica ensoñación sino que también conduce a la frustración. Un político

4 Ver artículo 127 de la Constitución.

5 *Ibid.*, artículo 128.

6 Humberto Nogueira sostiene una tesis contraria a esta. Sustenta su posición en la idea de que quien crea una nueva constitución ejerce el poder constituyente originario, a diferencia de quien la reforma, que ejerce el derivado y debe someterse a las reglas de reforma, aunque sí debe someterse a otros límites que devienen de los derechos fundamentales y del derecho internacional. Me parece que la discusión se transforma en semántica e irrelevante, pues, como reconoce el propio Nogueira, el ejercicio del poder constituyente originario supone un quiebre constitucional, alternativa que ciertamente reconozco y cuyos riesgos comento en este mismo artículo. Nogueira, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma a la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", en *Ius et Praxis*, vol. 15, 1, (Universidad de Talca) 2009.

no debe dejar de prever los efectos de generar iniciativas conducentes a la frustración popular.

Ciertamente que ello no implica aceptar que las normas constitucionales vigentes sobre reforma constitucional sean adecuadas o siquiera consistentes con el ideal de una democracia constitucional. Solo constato que son las que rigen, que son las que evitan, por ahora, que resolvamos las diferencias por medios violentos y que son las reglas que las autoridades han jurado respetar.

El segundo camino para llegar a la asamblea es derrotar a los que se oponen a ella no en las urnas, sino con la suficiente presión para que se produzca un vacío de poder de tal magnitud que la derecha ya no pueda resistirse a la instalación de la asamblea, que no sea políticamente capaz de invocar la Constitución para oponerse a ella. Esto requiere una crisis tal que conlleve un quiebre constitucional. Entonces, la nueva Constitución lo sería en sentido pleno, pues no derivaría su fuerza de haberse aprobado por los métodos contemplados en la vigente sino de la legitimidad del quiebre, lo que tendría que justificarse desde una determinada mirada de la realidad y prisma ideológico, dos factores en que los chilenos mantenemos divergencias.

Lo anterior podría llevarnos a un largo debate acerca de si la crisis actual justifica o no la rebelión en contra del orden establecido. Quisiera eludir esta polémica y limitarme a decir que el riesgo de este segundo camino, como ya aprendimos en carne propia hace no tanto tiempo, es que en este tipo de ambientes de crisis y de alta inestabilidad, cualquiera que tenga la fuerza suficiente queda, en los hechos, igualmente en condiciones de hacer cosas al margen de la Constitución. Ese es el riesgo de esta segunda vía, la de invocar la legitimidad de una ruptura y el ejercicio del poder constituyente originario; de él deben hacerse cargo y responsables los que alientan la idea de una asamblea constituyente, aunque lo hagan por vías aparentemente poco violentas, como lo es la cuarta urna, o expliquen que el poder constituyente originario es una alternativa democrática legítima.

Durante el año de que da cuenta este Anuario, algunos invocaron experiencias comparadas para discutir las bondades y problemas de las asambleas constituyentes. Así, resultaron frecuentes las citas de los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, por una parte, alabándolos algunos como ejemplos de democracias más directas y populares,⁷ y criticándolos otros como ejemplos de democracias solo aparentes. Algunos de los que han sustentado la opinión crítica sobre esos ejemplos han rescatado, sin embargo, otros ejemplos de

7 Véase, por ejemplo, Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder constituyente*, (Lom) 2011.

asambleas constituyentes, como las de Francia de 1946, Italia de 1947 o la de España de 1978, mostrándolas como hitos que reforzaron democracias constitucionales representativas.⁸

A mi juicio, en el caso chileno, los riesgos de la iniciativa de la asamblea, en su aspecto procesal de viabilidad, radican en el quiebre constitucional que resulta necesario para constituir la. Lo peligroso del camino que se propone es que conlleva un llamado a la frustración ciudadana y/o a crear un clima político apto para las salidas de fuerza. En uno y otro caso los resultados son imprevisibles y, al menos, es posible que terminemos en situaciones que los impulsores de la iniciativa están lejos de desear.

No obstante lo anterior, aun sería posible discutir si la fuerza de un cierto movimiento y/o liderazgo político permiten prever que un quiebre institucional, en la dirección de una asamblea constituyente, se lleve a cabo con éxito y sin graves riesgos de otros resultados. La experiencia histórica chilena muestra que el movimiento liderado por Arturo Alessandri permitió aprobar una Constitución por una vía plebiscitaria distinta a la prevista en la Carta del 33. Más allá de si ello aportó o no a salir de la crisis política de la época, resulta importante contrastar algunas características de esa experiencia con la que actualmente vive el país, lo que nos lleva a la cuestión a tratar en el segundo punto de esta opinión relativa a la Constitución que podría surgir de la actual crisis política de Chile.

2. ¿Están dadas las condiciones políticas para una nueva Carta Fundamental?

En sus aspectos orgánicos, una constitución ha de aspirar, en lo esencial, a encauzar con eficiencia y estabilidad el proceso político. Algunos creemos que para tener legitimidad debe, además, establecer un régimen republicano y una democracia representativa. En sus aspectos dogmáticos, ha de asegurar

8 Véase, como ejemplo de esta posición, la inicialmente planteada por el Presidente de la Democracia Cristiana en agosto de 2012, luego de intervenir en el Seminario “Juventud y participación en tiempos de democracia digital”, organizado por la Fundación Konrad Adenauer. El Senador defendió su posición de apertura a una asamblea constituyente recurriendo a experiencias comparadas. Ver su columna publicada el 28 de agosto de 2012 en el diario *El Mercurio*. En uno de sus párrafos sostiene: “Solo diré una cosa en relación con las asambleas constituyentes, frente a las expresiones destempladas de algunos: la Constitución francesa, de 1946, y la italiana, de 1947, surgieron de una asamblea constituyente (esta última perdura hasta el día de hoy). La Constitución española (1978), bajo una monarquía constitucional, fue producto de una asamblea constituyente, en la medida que se dotó de poderes constituyentes a las cortes. Para qué hablar de Venezuela y de Bolivia, en América del Sur, cuando tenemos los ejemplos de las asambleas constituyentes del Perú (1979), Brasil (1988) y Colombia (1991)”. También ver artículo de Humberto Nogueira, op. cit., nota 5, y otros de su autoría, especialmente: Nogueira, “La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, 129, Año XLIII, (Universidad Nacional Autónoma de México) sept.-dic. 2006, pp. 1261-1321.

derechos inherentes a la dignidad humana. Sin profundizar en estos conceptos, quisiera centrarme especialmente en los aspectos orgánicos.

A mi parecer, para que una constitución aspire a encauzar la vida pública con legitimidad, pero especialmente con eficacia y permanencia, ha de ser el fruto de un proceso colectivo que triunfe políticamente y que alcance altos grados de consenso. De lo contrario, corre serio riesgo de transformarse en hojas de papel que los diversos actores se sientan en la libertad de infringir.

Como consecuencia de lo anterior, aunque pueda no gustar a algunos, ninguna constitución democrática que surja en el Chile de hoy podría hacer como que la UDI y Renovación Nacional, y los millones de chilenos y chilenas que votan por ellos, no existieran. A menos, claro está, que la asamblea constituyente no sea pensada como un proceso democrático, sino como un mecanismo de imposición de los buenos contra los malos, es decir, como un sueño no democrático.

En medio de este debate, la mayoría de los que proponen la idea de una nueva Constitución nada dicen, aún, acerca de su contenido, y los pocos que se refieren a ello propugnan sus propios ideales y no pocas veces incurrir en un mal muy latinoamericano: el de impulsar las últimas y efímeras ideas en boga en los seminarios internacionales de teoría constitucional y filosofía política, olvidando auscultar los ideales de la comunidad política; como si hacer una nueva Constitución no exigiera debatir, en procesos de rica y abierta deliberación de ideas y de máxima participación y apelación a la soberanía popular, las reglas esenciales que servirán para resolver mañana las legítimas diferencias y las inevitables polémicas que generan los asuntos públicos, de modo que todos puedan aceptar como razonablemente justas y representativas las decisiones que se adopten conforme a la Constitución.

Lo que resulta más preocupante es que el actual debate acerca de una nueva Constitución, por ahora procesal, termine por hacer aun más borrosa y desfigurada la noción misma de lo que es una constitución democrática y de la utilidad que puede prestar a nuestra vida colectiva. Existe el riesgo de que el debate termine por ahondar y no por suprimir la idea más venenosa que se enquistó en la Carta de 1980: la noción de que una constitución es una carta de triunfo de una de las posiciones confrontadas por sobre otras, que se presente como un modo de asegurar que los procesos de deliberación tengan uno de los resultados posibles, como si la noción de constitución tuviera intrínseca la idea de una democracia protegida.

La idea central que subyace entonces a esta segunda parte del artículo puede resumirse así: aun cuando existen buenas razones para entender que la

Constitución del 80 está lejos de ser adecuada para enmarcar nuestro sistema democrático, podría no haber llegado la hora de escribir una nueva, sino de instalar un debate en que triunfe la idea de “deconstruir” las formas excesivamente ideológicas de la que nos rige y de abrir más y no menos espacio al juego político. Es la hora, postulo en este artículo, de entrarle a la Constitución con una goma más que con un lápiz.

No percibo ese afán supresor en el actual debate. Me parece, en cambio, que los diversos actores enarbolan su afanes de cambios o de resistencia a los cambios constitucionales como un modo de asegurar que la cancha quede desnivelada a favor de sus propios proyectos; percibo el afán de pretender fijar en las formas inevitablemente rígidas de una constitución lo que no constituye (al menos aún) consenso o idea triunfante en la ciudadanía.

Para decirlo en corto y de modo simplificado, mientras en el país no haya un consenso acerca del “modelo”, la Carta Fundamental no debe abrazar ninguno. Me parece que no ha llegado la hora de una Constitución extensa y minuciosa, sino la hora en que sectores políticos, las que peyorativamente se denominan como “mayorías ocasionales”, puedan decidir y experimentar modelos, proyectos y políticas públicas, con pocos constreñimientos constitucionales. Me inclino, así, por ir borrando de la Constitución más que por permitir que grupos de élite en pugna y que no logran triunfar electoralmente sino por márgenes escasos y ocasionales, impongan en piedra sus ideas sustantivas acerca de lo que es una buena sociedad política.

Con todo, lejos de hacer un llamado a la quietud o al inmovilismo en el debate constitucional, me parece que a quienes parezca razonable esta idea tendrán un desafío no menor para convencer que debemos aceptar y convivir con la diversidad política que tenemos. También es un acto de generosidad y audacia llegar a navegar políticamente con una Carta Fundamental de contenido más procedimental que sustantivo. En lo que sigue, trataré de desarrollar más detalladamente lo que me parece debieran ser los retos constitucionales de la hora actual. Antes, una palabra sobre la crisis de la Constitución de 1980, para permitir afirmar la necesidad de ellos.

2.1. La Constitución del 80 o la Carta que nunca lo ha sido plenamente

La crisis de la Constitución del 80, que por lo demás la ha acompañado endémicamente, no es invento de los que se entusiasman con la idea de una asamblea constituyente.

Si el ideal de constitución es la obra en común que cimienta el orden en que una comunidad se reconoce y resuelve sus legítimas diferencias, la de 1980 nunca ha alcanzado ese ideal en grado razonable, nunca ha estado al margen de la polémica; por el contrario, ha sido parte constitutiva y piedra angular de las diferencias más marcadas. La Constitución del 80 no solo no ha sido lo que el constitucionalismo denomina una de carácter neutral, sino que se ha erguido, en muchas ocasiones, en el objeto principal de la batalla y en el arma más fenomenal de uno de los contendientes.

No se trata únicamente de que la Constitución del 80 fuera, en su origen, el fruto de la imposición de unos sobre otros; mal que mal, todas las Constituciones exitosas lo son o lo han sido en grado importante. Lo que la hace cojear es que nunca terminó de reflejar y acoger ideas popularmente triunfantes.

Hay constituciones que son hijas de una generación de líderes políticos exitosos: la de los Estados Unidos de América, lo es de los Federalistas y de Washington. Sus principales enmiendas, de Lincoln y de Franklin D. Roosevelt y, otras más recientes, fruto del movimiento por los derechos civiles, que dio nuevo significado a algunas de sus cláusulas. De Gaulle, en Francia; Mandela y Tutu, en Sudáfrica, son ejemplos de liderazgos políticos y morales que han logrado traspasar sus fuerzas carismáticas y sus populares idearios en textos constitucionales que perduran.⁹

Tampoco quiero pecar de inocencia. Estoy consciente que buena parte de las constituciones que hoy aparecen como neutras o de consenso, se han originado en un triunfo político más o menos violento. Son ideales que lograron vencer, no siempre por medios persuasivos o pacíficos, sobre proyectos rivales. No pocas de las constituciones más influyentes y durables han sido el producto de imposiciones sangrientas. Las ideas ilustradas de la Revolución Francesa, tal vez la parturienta más importante de nuestras tradiciones constitucionales, pasaron por largos años de guillotina. La Guerra de Secesión de los Estados Unidos dejó no pocos muertos antes de que naciera la más longeva e influyente de las Cartas de Derechos. Nuestra propia historia constitucional muestra que se derramó bastante sangre para imponer el ideario de la Constitución de 1833; una guerra civil para alterar el régimen político el 91; no poca violencia e inestabilidad política entre 1920 y 1932 para asentar la Constitución de 1925; y una historia de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos para poner término a ese

9 Tomo estas ideas de Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, (Editorial Gedisa) 1999.

orden e iniciar el que ahora nos rige, luego de una transición que no estuvo exenta de riesgos y traumas.

Otras constituciones son hijas del dolor y de la derrota. El caso paradigmático es la actual Constitución alemana.

En cualquier caso, lo que las constituciones no pueden dejar de tener, para regir con eficacia y durabilidad los procesos políticos posteriores, es reflejar las ideas políticas en tal grado triunfantes que se asienten como consenso. Aunque confrontacionales en sus orígenes, las constituciones están obligadas a alcanzar general reconocimiento y aceptación.

El ideario tras la Constitución de 1980 ha sido exitoso y perdurable en muchos sentidos: el ideal de una economía liberal por sobre una de planificación socialista ha resultado estable, y la libre iniciativa privada se instaló para quedarse. La noción de un Estado subsidiario, aunque exagerada en el texto original, ha sido reformada y, en lo esencial, también parece perdurable. Sin embargo, la Constitución de 1980 quedó demasiado asociada a Pinochet y a Jaime Guzmán, los padres fundadores de su texto original. Ni uno ni otro lograron el aura y prestigio suficiente para sostener la obra en el período transitorio. La Constitución de 1980 quedó, además, en exceso asociada a sus normas transitorias, que permitieron y hasta dieron sustento ideológico a las masivas violaciones a los derechos humanos.

Por ello, el país no se reconoce en la Constitución de 1980. A pesar de las múltiples reformas, sigue siendo percibida por muchos como la Constitución de Pinochet y de la derecha. Su texto original reflejó en exceso el temor reactivo de la derecha a la experiencia de la Unidad Popular y la falta de confianza de sus redactores en la soberanía popular. Por ello, se estableció más para limitar que para enmarcar el proceso democrático. Las reformas posteriores han sido suficientemente tardías y escasas como para dotar de legitimidad popular a la Carta que nos rige.

El Gobierno de Aylwin tuvo el sentido fundacional de un comienzo épico en que buena parte del país terminó reconociéndose, pero no contó con las mayorías para hacer reformas constitucionales que pudieran haber cimentado la Constitución del nuevo orden político democrático, no obstante que muchas de las formas políticas allí inauguradas (llamadas, por muchos, la democracia de los acuerdos) tuvieron, y en grado importante mantienen, una influencia perdurable en la forma de hacer política, es decir, en la forma de

constituírnos democráticamente.¹⁰ Allí pudo radicarse la épica de una nueva fundación democrática, hija de un cierto reconocimiento de fracaso de los proyectos refundacionales y holísticos que inspiraron los gobiernos de la Unidad Popular y de Pinochet. Pudo haber surgido allí una constitución modesta, que hubiera reconocido las diferencias y reafirmado la necesidad de la tolerancia política y del respeto por la dignidad de todos. Pero la derecha estaba aún con demasiado afán por defender la obra de Pinochet y con suficiente miedo a los cambios que podría traer aparejada una mayor soberanía popular, por lo que careció del sentido político de oportunidad para permitir que ese ideario democrático de reconciliación se plasmara en nuevas reglas constitucionales, obstinándose, en cambio, en aferrarse en los no pocos enclaves de democracia protegida que perduraron a la reforma constitucional de 1989.

La modernización y el individualismo reinante han hecho también crujir las costuras de un traje moralmente estrecho, confeccionado en sastrerías con fuerte influencia del conservadurismo católico, que concibió un Estado paternalista e insuficientemente tolerante a proyectos de vida individualmente definidos, plurales y diversos, propios de un sistema liberal. La Constitución del 80 fue por demasiados años un sistema con excesivas trabas al libre debate de las ideas y protector del secretismo en los asuntos de Estado. Sin embargo, tengo para mí que esas características, fruto del temor que inspiró a la Carta de 1980, han podido ir siendo borradas con goma más que con reescritura, permitiendo que, en eso, la Carta primigenia de 1980 se adaptara a los tiempos.

El intento del Presidente Lagos, al promulgar las reformas de 2005, estuvo cerca de lograr legitimar la Carta que nos rige, pero la poco visionaria y egoísta reacción de la derecha de negarle a Lagos el poder simbólico de la paternidad sobre una nueva Carta, el desprestigio de los mecanismos de representación política (en su mayoría, establecidos más en leyes políticas que en la Carta Fundamental) que permanecieron vigentes y que no son compatibles con ideales democráticos, y lo tardía de una reforma a enclaves autoritarios, como los senadores designados, que ya no resistían el embate de la crítica, terminaron por frustrar lo que probablemente será el último esfuerzo por reflotar la legitimidad a la Carta originada en 1980.

¹⁰ La afirmación no desconoce la fuerte crítica hacia la democracia de los acuerdos. A mi juicio, sin embargo, esa crítica se hace popular cuando se dirige en contra del carácter fuertemente elitista que este ideal tuvo por momentos y no alcanza a poner en cuestión la idea, por lo demás muy republicana, de que el debate público ha de ser respetuoso y tolerante y que está llamado a alcanzar acuerdos y obras concretas, con un fuerte sentido de realismo y de moral de resultados, aun en contra de un discurso más épico y rupturista.

2.2. ¿Si la Constitución está en crisis, por qué no ponerse a escribir otra?

Si la Constitución de 1980, aun a pesar de tanto remiendo, no es el texto al que reconocemos el aura de legitimidad suficiente para constituir el orden que nos reúne, ¿por qué entonces no darnos a la tarea de escribir una nueva, agrupados en una asamblea constituyente?

El problema de las propuestas no radica en que falten razones para intentar un nuevo proyecto constitucional, sino en que sus propulsores no han hecho el trabajo de hacer triunfar popularmente las ideas fuerza de reemplazo y pretenden un atajo que es, por ahora, carente de contenido. Reconociendo la falta de aura de legitimidad de la Carta que nos rige, hacen como si ello fuera suficiente para dictar una nueva Constitución sin haber transformado en dominantes las ideas fuerza del texto de reemplazo.

Los políticos y constitucionalistas que se entusiasman con una asamblea constituyente pueden tener buenas razones y lograr éxito en su afán de enfatizar que resulta indigno seguir regidos por unas reglas cuyo padre fundador es recordado más por sus sistemáticas violaciones a los derechos humanos y por sus actos de corrupción que por su obra modernizadora.

Lo que esos mismos políticos no han hecho es lograr el triunfo popular de las ideas fuerza que habrán de constituir el nuevo orden constitucional que reemplazará el actual. Esa tarea es mayor y su parto suele implicar grandes movilizaciones y fuertes resistencias. Los impulsores de la asamblea constituyente no han empezado siquiera esa tarea política movilizadora. De hecho, se cuidan de avanzar un ideario para la constitución de reemplazo, probablemente calculando, no sin poca razón, que en cuanto propongan alguna idea que vaya más allá del ataque a la Constitución del 80, sus adherentes comenzarán a dividirse.

Es cierto que la Carta de 1925 surgió de un modo que no estaba contemplado en la de 1833; pero la movilización a favor de un cambio constitucional tenía contenido, al menos en sus ideas centrales, partiendo por la llamada cuestión social como inspiradora de la parte dogmática o de derechos y la vuelta a un sistema presidencial reforzado en la parte orgánica. Ambos ideales fueron expuestos, representados y liderados por Arturo Alessandri, quien encargó a José Maza una redacción completa del texto con más de un año de anticipación a su proposición a la Comisión que la aprobó. Aun más importante que eso, para que rigiera de verdad la Constitución de 1925 fue necesario que transcurriera casi un decenio, que se creara el Partido Socialista Obrero y que este adhiriera a la Tercera Internacional, que los conservadores leyeran

la Rerum Novarum y que “la cuestión social” reemplazara al espíritu liberal en el Partido Radical. Fue necesario que se difundieran *El roto*, *Subterra* y *Sub sole*. La Constitución rigió porque todos o casi todos quisieron transformar al Estado en agente de la justicia social.

Los pocos constitucionalistas que ahora han escrito algo acerca del contenido que debiera tener una nueva Constitución para Chile no logran dotar de contenido al debate público, probablemente porque avanzan ideas que no penetran más allá del ámbito académico en que se mueven.¹¹ Una de las pocas ideas fuerza de contenido mayor que circulan, como es la de sustituir el régimen presidencial por uno semipresidencial, es todavía una cuyo significado solo podrían explicar un puñado de intelectuales, que está lejos aún de ser entendida y sostenida popularmente, como necesitaría para cimentar eficazmente ese régimen político, que incorpora a actores y exige conductas que solo pueden perdurar si hay una opinión pública que hace suyas esas ideas y exige comportamientos congruentes. Sin ello, y por ahora, la idea representa pura ingeniería política de salón.

¿Para qué constituir una asamblea constituyente si no hay una idea de constitución madurada que ella pueda debatir?

¿Para improvisar?

¿Para instaurar un orden tras el cual no hay una cultura política dominante capaz de explicarlo y sostenerlo?

¿Para que quienes se sienten en la asamblea, si es que ella es elegida popularmente, se den cuenta que no tenemos suficiente consenso para construir un nuevo orden político, social y económico que sea perdurable en el tiempo?

¿Para encontrarse los mismos de siempre y reconocer sus diferencias?

¿Promoverían la asamblea constituyente los que la propugnan si supusieran que en ella serán una fuerza significativa, sino dominante, quienes ganaron las últimas elecciones presidenciales? ¿Y por qué habríamos de suponer que la asamblea constituyente, si es que es democráticamente electa, tendría una composición muy diversa a la que actualmente tiene nuestro Congreso Nacional? ¿Acaso porque es una idea de avanzada o sostenida por quienes se llaman a sí mismos progresistas no habrán de resultar electos también sus actuales adversarios?

¹¹ Uno de los pocos ejemplos que logro encontrar de quien ha publicado recientemente proponiendo contenidos para la nueva Constitución, es un artículo del profesor Augusto Quintana Benavides. Junto a algunas ideas sustantivas acerca del régimen político, el autor avanza propuestas como la necesidad de que el texto constitucional pase a denominar servidores a los funcionarios públicos. Quintana, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, en *Revista Mensaje*, 614, (Compañía de Jesús) 2012.

Las protestas sociales y políticas ciertamente expresan malestar con el orden constituido pero no adquieren aún contornos suficientemente nítidos para decir que tras ellas hay un ideario asentado y triunfante, que esté suficientemente maduro para como para sostener culturalmente un nuevo orden social y político.

3. ¿Qué hacer entonces?

¿Qué debiéramos hacer entonces? Supuesto que tengo razón y que lo que tenemos como Constitución enfrenta una crisis de legitimidad de la que difícilmente pueda salir con más reformas; pero que tampoco parecen dadas las condiciones para sustituirla por otra, ya que no hay suficientes ideas triunfantes acerca del modelo político y social que queremos que nos rija; ya que no hay suficiente consenso social para sostener una nueva Carta. ¿Cuál es la tarea político constitucional del momento?

Para algunos, la tarea fundamental consistirá en construir ese consenso. Provocar conciencia, movilización y efervescencia social tras las ideas que habrán de cristalizar en un nuevo orden político y social. Nada tengo que decir frente a los que quieran dedicar su vida a ello, salvo mirar tal empresa con escepticismo en cuanto a su capacidad de alcanzar el éxito. Juicios morales aparte, el puro cálculo de realidad me lleva a pensar que el país tiende a confiar poco en la acción colectiva global que requiere un cambio constitucional y que, sin perjuicio de manifestaciones esporádicas que a veces me parecen ser más de consumidores que de ciudadanos, lo más probable es que por largo tiempo la gente siga viviendo sus vidas privadas, prestando poca atención a la acción política; actitud a la que ciertamente tienen perfecto derecho.

A algunos podrá parecer que en este escenario tenemos un deber moral de crear condiciones políticas y de opinión pública que permitan un cambio constitucional con determinado contenido, aunque no sea probable el éxito de tal empresa. Ellos abordarán la tarea que juzgan necesaria sin hacer ese cálculo, que incluso les parecerá mediocre. No formo parte de ese grupo. Es posible que se me haya agotado, en dictadura, la capacidad de esfuerzos políticos que percibo como imposibles.

No solo se trata de escepticismo, sino también de un cierto temor, si se quiere ponerlo en términos peyorativos, o de prudencia y responsabilidad política y respeto por la diversidad, si se quiere ponerlo en términos más positivos. Quienes emprenden el camino de crear efervescencia para que unas ideas triunfen sobre otras, no suelen valorar las ideas de sus adversarios, no salen

a negociar con ellos sino que buscan triunfar sobre ellos. Por mi parte, tengo suficiente experiencia traumática a mis espaldas acerca de los resultados de esos proyectos iluminados que iban a transformar la sociedad adaptándola a sus ideales. Creo de verdad que la política exige la construcción de acuerdos.

¿Hay algún otro sueño constitucional posible para los que padecemos de escepticismo y recelamos de los proyectos globales que quieren refundar el orden desde sus particulares ideales?

Me parece que sí: es el proyecto destinado a reconocer y hacer reconocer que, por ahora, lo que nos constituye a todos es un orden y unos derechos mínimos; que el orden nuestro, el que todos estamos dispuestos que nos constituya y mantenga unidos, no es uno que todo lo define, pues en muchas cosas no estamos de acuerdo. Si ello es así, nuestro texto constitucional debiera ser eso: un conjunto mínimo de reglas y derechos muy básicos y escuetamente definidos.

Todo lo que exceda esas reglas básicas debiera quedar librado a la política, a la deliberación pública, pues no tenemos consenso muy preciso al respecto y la democracia consiste en que ello sea resuelto por mayoría.

El reconocimiento que propugno obliga además a los constitucionalistas a comportarse de un modo muy diverso a cómo habitualmente lo hacen: a debatir buscando el sentido mínimo de la Carta Fundamental y no como si tuviéramos un texto constitucional que nos permite prescindir del debate político; a no actuar como si el triunfo de unas ideas sobre otras de las muchas en pugna ya estuviera resuelto por la Constitución que nos rige, generalmente interpretada según las opiniones de profesores que, por muchos doctorados y pergaminos recibidos, escriben sin mandato popular sus tesis, las que habitualmente atribuyen un minucioso contenido al texto constitucional.¹²

El símbolo de esta empresa debiera ser una goma. Una gran goma de borrar que permitiera al poder constituyente, cada vez que pueda, eliminar las muchas cláusulas reglamentarias y tantas otras de fuerte sesgo ideológico contenidas en la actual Carta Fundamental, como una vez felizmente hicieron con el primitivo artículo 8°, que era el paradigma de una Constitución diseñada para el triunfo de unos sobre otros. Un compromiso de no escribir más normas superfluas, reglamentarias o intolerantes en la Carta Fundamental.

12 Especialmente contraria a esta tesis es aquella en boga que propugna la existencia de un “bloque de constitucionalidad”, compuesto no solo por el texto de la Carta Fundamental sino, además, por una serie de normas complementarias y de tratados internacionales de derechos humanos. Esta tesis me parece especialmente peligrosa para la democracia allí donde el bloque es enarbolado como un límite sustantivo a las decisiones que puede adoptar el legislador.

En manos de los jueces, especialmente constitucionales, la goma debiera significar que, más allá de su sentido obvio, las normas constitucionales no debieran nunca ser interpretadas extensivamente, pues ello siempre será una imposición de una de las ideas en pugna en detrimento de la deliberación y decisión política. En esta lógica, los jueces, aplicando la Carta Fundamental, debieran estar más inspirados por la templanza que por una visión redentora. Si aceptamos que no tenemos una Constitución común particularmente amplia, debieran ser cuidadosos a la hora de imponer su propia moral a la política. Las exigencias constitucionales solo debieran interpretarse más extensivamente en contra de la voluntad legislativa en aquellas ocasiones en que sea posible imponer apertura, transparencia o igualdad al debate político.¹³

A lo mejor, en una de esas, aprendemos a vivir en el descampado del debate público, en batallas que define el Congreso y no los tribunales. Me espe-ro que, si aceptamos que tenemos una Carta Fundamental mínima cuyo significado está en constante proceso de elaboración, llegaremos poco a poco a construir una Constitución que sea fruto del consenso, que sea finalmente de todos, y, entonces, una asamblea o la mera tradición podrán llegar a formalizar un texto. En una de esas, de ese modo, le ponemos más atención y exigencias a la deliberación política y logramos rescatarla del desprestigio en que se encuentra atrapada.

13 Reconozco en esta idea la influencia de John H. Ely, en su obra *Democracy and Distrust*, la que sigo valorando en sus propósitos e ideas matrices, a pesar de las muchas y justificadas críticas que ha recibido. Aterrizando un tanto la idea, postularía, por ejemplo, una jurisprudencia que fuera particularmente exigente en materia de transparencia y de rendición de cuentas de las autoridades, para así permitir que se enriquezca el debate, construyendo mínimamente valores más sustantivos y polémicos.

RUPTURA O CONTINUIDAD INSTITUCIONAL: ¿NECESITA CHILE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE?

Jorge Jaraquemada Roblero¹

Héctor Mery Romero²

O bien la Constitución es una ley suprema, superior e inmodificable por los medios comunes, o se encuentra en el mismo nivel que la ley simple y, como esas leyes, puede ser modificada cada vez que el Congreso lo desee. Si la primera alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es cierta la segunda alternativa, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder naturalmente imposible de limitar.

John Marshall, juez de la Corte Suprema norteamericana, 1803

Resumen

Los movimientos sociales han centrado su crítica en “el modelo” surgido de la Constitución de 1980. Dada la supuesta ilegitimidad, hermetismo y falencias democráticas de la Carta Fundamental, una asamblea constituyente sería la solución a todas las injusticias que afectarían a Chile. Sin embargo, una mirada atenta de las experiencias constituyentes propiciadas por las izquierdas más extremas de América Latina en las últimas décadas muestra que ha sido un mecanismo para concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciando la democracia representativa y evitándo los contrapesos institucionales. Pretenderlo para Chile sería renunciar al desarrollo institucional que ha fundado en la representación política el cauce adecuado y democrático para la adopción de decisiones políticas. No parece razonable, entonces, transitar ese camino. El actual texto constitucional –legitimado de múltiples maneras– ha realizado aportes significativos a la estabilidad y gobernabilidad del país desde el retorno a la democracia. Uno de ellos fue incorporar mecanismos para que las mayorías no arrasen los derechos de las minorías, pues la finalidad de las

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Ciencia Política, Universidad de Chile. Director Ejecutivo de la Fundación Jaime Guzmán.

2 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago. Director del Área Municipal de la Fundación Jaime Guzmán.

constituciones es, precisamente, garantizar la libertad y la dignidad de todas las personas.

Prolegómeno

Los movimientos sociales de 2011, que mezclaron reclamaciones estudiantiles –como la gratuidad de la educación– con otras de carácter netamente político –como la nacionalización del cobre–, terminaron por identificarse con la respuesta a una supuesta crisis institucional irreversible relacionándola, además y sin mucho análisis, con dos eventos mundiales coincidentes como fueron la denominada “primavera árabe” y la crisis del Estado de bienestar europeo. Esto llevó a distintos sectores a señalar que lo que se encuentra en crisis es “el modelo”, categoría cuyo tratamiento es lo suficientemente difuso y hasta confuso como para que suponga incluir al Estado, la sociedad, la economía, la educación y los demás elementos que, para los más vehementes en el reclamo, solo cambiarán si una asamblea constituyente pone término a la Constitución de 1980.

Para los exponentes de esta postura, nuestro sistema institucional no da respuestas satisfactorias a muchos de los problemas que nos aquejan, ni es lo suficientemente flexible: dada la dificultad para realizar cambios legislativos en las materias regidas por leyes orgánicas constitucionales que requieren de quórum más altos que la mayoría simple para su modificación. Lo anterior, se sostiene, se agrava si se tiene en cuenta el sistema de representación electoral contemplado para integrar el Congreso Nacional. El pecado original estaría en una Constitución que fue concebida y aprobada por un gobierno militar autoritario, de espaldas a la población, que, sin ningún título y por la fuerza, se atribuyó a sí mismo el poder constituyente.

El estado de crispación que reina actualmente tendría su causa en un texto constitucional que sería repudiado por la mayoría ciudadana y que, en consecuencia, debiera ser reemplazado por otro que interpretara a todos, mediante el recurso a una asamblea constituyente que tenga el efecto de purificar las instituciones para conformar lo que se conoce como Estado social de derechos. Se supone que bajo ese Estado ideal se terminarán los conflictos, se erradicará la pobreza y las riquezas naturales pertenecerán a todos. El Estado social y los que estén a su cargo nos permitirían alcanzar la felicidad plena.

Las instituciones actualmente vigentes impedirían hacer realidad ese ideal. La confabulación de los más poderosos, que se resistirían a perder sus privilegios y posición ventajosa frente a las grandes masas postergadas, implicaría

que toda discusión para cambiar las reglas del sistema con arreglo a sus principios y normas sea una imposibilidad total. Todo debate sería estéril pues las leyes de quórum y el sistema electoral serían obstáculos formidables e invencibles que repelen el diálogo ciudadano y la posibilidad de crear consensos que permitan dotar a nuestro país de instituciones aceptadas por todos.

Así piensan algunos. Nosotros no, desde luego.

Todas estas consignas tienen un substrato ideológico muy parecido a las ideas actualmente en boga entre las izquierdas más extremas de América Latina, que proponen –como ya lo hicieron en el pasado reciente y a pesar de la caída del Muro de Berlín– la construcción de un hombre nuevo y la superación de la democracia representativa mediante el impulso de los movimientos sociales. En efecto, al examinar su discurso es posible advertir una propuesta de desinstitucionalización, considerada necesaria para que surjan nuevas formas de distribución del poder.³ Es frecuente la mención de la inutilidad de la democracia representativa ante el claro beneficio de una democracia directa o plebiscitaria, es decir, un proceso de permanente diálogo dialéctico de construcción de realidad por medio del discurso y un reordenamiento del tipo de organizaciones que son funcionales a este sistema, donde los partidos políticos son reemplazados por orgánicas sociales puntuales, flexibles, intermitentes y – ¡cómo no!– afines.⁴

En síntesis, un avance hacia la atomización de las organizaciones con el propósito de concentrar el poder en un órgano único –que puede ser el Ejecutivo– pero sin necesidad de rendir cuentas y evitando los equilibrios institucionales. Por algo la principal consigna en Argentina por estos días es “vamos por todo”, aludiendo a la concentración máxima de las facultades y atribuciones en la presidencia, en desmedro de los demás poderes del Estado.⁵ Por otra parte, es curioso constatar que entre las fuerzas de izquierda extrema de España también se presentan cuestionamientos a la legitimidad de una de las constituciones que en Chile se cataloga como un modelo de la adopción de un texto consensuado, y con un Estado social.⁶

3 Al efecto puede verse: Žižek, Slavoj, *El más sublime de los históricos*, (Paidós) 2013; Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, (Manantial) 2011; y Rosanvallon, *La nueva cuestión social. Repensar el estado providencia*, (Manantial) 2011. En el plano doméstico puede revisarse: Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, Siglo XXI)*, (Lom Ediciones) 2011.

4 Bensaïd, Daniel, “El escándalo permanente”, en Por todos, Agamben, Giorgio, *Democracia ¿en qué estado?*, (Prometeo Libros) 2010, p. 48.

5 Véase Levy, Eduardo y Novaro, Marcos, *Vamos por todo*, (Sudamericana) 2013.

6 Por ejemplo, durante la última celebración del día de la Constitución española (6 de diciembre de

¡Qué gran contradicción la que se nos propone! Es parte de la dialéctica con la que se nos quiere hacer creer que un cambio constitucional será más proclive a la existencia de libertades, cuando precisamente se está apuntando hacia un control de la sociedad, de la persona como sujeto de derechos y de su capacidad para organizarse libremente en lo que llamamos sociedades intermedias y que, en muchos casos, le dan sentido a la vida en sociedad del ser humano. Ese discurso quejumbroso e indignado está en boca de muchos que ansían cambiarlo todo. Algunos tienen fe en que la amenaza de violencia callejera es más eficaz que la persuasión por vías racionales. El miedo, en último término, parece una herramienta más eficaz que lo fatigoso que resultaría argumentar y convencer al otro.⁷

Acometer contra las supuestas injusticias de un sistema electoral y de un régimen de quórum para alcanzar reformas legales es un modo poco elegante de esquivar la reflexión acerca de la incapacidad de este discurso –muchas veces descalificatorio– para convencer a la ciudadanía. En efecto, este reclamo ha fracasado en captar adherentes precisamente donde hay que hacerlo: en las urnas. De hecho no deja de llamar la atención que la demanda de una asamblea constituyente surja con intensidad luego de las movilizaciones estudiantiles de 2011, poco después que un gobierno de centroderecha –el sector que majaderamente es acusado de beneficiarse del subsidio de las instituciones constitucionales– derrotara electoralmente a los proyectos políticos propuestos por la izquierda concertacionista y por la izquierda comunista. El primero planteó avanzar hacia una nueva constitución y terminó propiciando solo reformas variadas. El segundo, en cambio, sí planteó la sustitución constitucional por la vía de una asamblea constituyente.⁸

La democracia implica, en esencia, el gobierno de las mayorías con pleno respeto a las minorías. Requejo Rodríguez, asumiendo que el criterio mayori-

2012), uno de los coordinadores de las fuerzas de izquierda, el diputado Cayo Lara, se abstuvo de asistir a la ceremonia de Estado que se organizaba afirmando que “nuestra democracia, nuestra Constitución y nuestra soberanía nacional están secuestradas por la troika y los mercados”. El planteamiento de este diputado español coincide con lo declarado por sectores de izquierda que se plantearon contrarios a las reformas económicas impulsadas durante la crisis. Otros cuestionaron su legitimidad de origen, considerando que la Constitución de 1978 se redujo a un acuerdo político entre cúpulas.

7 ¿A qué otra cosa pudo referirse la frase “El problema constitucional chileno es algo que tendrá que resolverse por las buenas o por las malas” de uno de los miembros de la comisión asesora de la candidatura presidencial de Michelle Bachelet para la dictación de una nueva Constitución? Véase diario *El Mostrador*, entrevista a Fernando Atria, 23 de abril de 2013, disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/04/23/el-problema-constitucional-tendra-que-resolverse-por-las-buenas-o-por-las-malas/>

8 Véanse los programas de los candidatos Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Jorge Arrate Mac Niven respectivamente, durante la campaña presidencial de 2009.

tario es aquel que mejor expresa las preferencias ciudadanas, manifiesta que “en un Estado democrático, un principio mayoritario que hace que los más, sean quienes sean, decidan, resulta insuficiente. Además, es imprescindible un principio minoritario que involucre a los menos en un proceso de adopción de decisiones”.⁹ Cambios significativos a la estructura institucional no pueden ser realizados por la simple vociferación de grupos de presión. Las leyes que exigen mayorías calificadas tienen por objeto asegurar que en una democracia el proceso de toma de decisiones y la decisión misma cuenten con un apoyo amplio que legitime tanto a mayorías como a minorías políticas. A ello se suman otros mecanismos, como la posibilidad de solicitar comisiones investigadoras (2/5 partes en ejercicio de la Cámara), las preguntas escritas (1/3 de los diputados presentes) y las interpelaciones ministeriales (1/3 de los diputados en ejercicio), además de la legitimación activa para requerir al Tribunal Constitucional su control previo (1/4 de las cámaras).

En las últimas dos décadas en Chile se han construido consensos que a todas luces –y en el reconocimiento de todo el mundo– han sido la garantía para asegurar la estabilidad del sistema político y también del sistema económico social, y han permitido la gobernabilidad político administrativa que requiere el Estado. Desconocer este hecho podría significar, como en algunos países de la región ha sucedido, que una mayoría simple y circunstancial pueda efectuar cambios significativos a la institucionalidad, comprometiendo los acuerdos básicos de convivencia y la distribución del poder interno.

Quizás es este último punto el más complejo y sin duda el que más atrae a aquellos que desean hacer cambios a cualquier costo. Es evidente que la intención de fondo no es distribuir el poder de manera más homogénea en la sociedad, sino acumularlo o concentrarlo en algunas instituciones que les permitan gobernar sin los contrapesos de otros poderes del Estado. Eso es lo que se ha visto en los países que ya han transitado este derrotero, poniendo en riesgo el futuro de sus naciones en el período de mayor auge que América Latina ha tenido en décadas. Basta mirar la concentración de poder en el Ejecutivo que se ha producido en Venezuela después de la aprobación de la Constitución de 1999 y las sucesivas reformas que la siguieron, y que han debilitado significativamente su institucionalidad. Y también está el ejemplo reciente de Argentina, que ha resignado el control de la magistratura judicial a manos del Ejecutivo. Si esa es la democracia fortalecida que se propugna

⁹ Requejo Rodríguez, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, (Ariel Derecho) 2000, p. 27.

para Chile, más vale dejar a este pequeño país del sur del continente fuera de estas modas pasajeras y sin sentido.

No hay razones para abandonar el camino institucional. Aceptar una asamblea constituyente es apartarse de los cauces previstos para modificar la Constitución y las leyes. Es pretender que las instituciones cambien en respuesta a los que gritan en las calles y renunciar, de paso, a siglos de desarrollo institucional que han fundado en la representación política el cauce adecuado y democrático para la adopción de decisiones políticas. En definitiva, es negarle su valor intrínseco a las propias instituciones y caer en el reduccionismo de creer que la solución de todos nuestros males pasa por cambiar la Constitución. Un reemplazo constitucional sin rumbos predefinidos es una aventura temeraria no recomendable, más aun si se tienen en cuenta las enormes contribuciones que ese texto ha hecho a la convivencia y al acervo jurídico nacional. Es cierto que nadie los cuestiona explícitamente por ahora, pero una revisión incierta a futuro podría ponerlos en riesgo.

1. Aportes de la Constitución de 1980

Entre sus aportaciones más significativas al desarrollo dogmático constitucional se pueden señalar las siguientes: (a) la proclamación de la dignidad humana como elemento principal del sistema jurídico, así como el reconocimiento de la libertad de todas las personas; (b) el reconocimiento de un orden natural del cual forman parte la persona, la familia, los grupos intermedios y el Estado; (c) el reconocimiento y respeto de la autonomía de los cuerpos intermedios entre la persona y el Estado, y el rol subsidiario de este; (d) el afianzamiento del principio de servicialidad y responsabilidad del Estado; (e) la orientación de este último hacia la promoción del bien común, en una tarea que le cabe de manera conjunta con las demás personas, instituciones y grupos; (f) el establecimiento de preceptos que de manera explícita fijan el carácter vinculante de la Constitución, tanto para titulares e integrantes de los órganos del Estado como respecto de toda persona, institución o grupo, encarnando así la fuerza normativa de la Carta Magna, esto es, el principio de aplicación directa y no mediatizada de sus normas; (g) la reciente incorporación de los principios de probidad y de publicidad de los actos de los órganos del Estado; y (h) la proscripción del terrorismo en cualquiera de sus formas.

En materia de derechos de las personas, es digno de mencionar el rol que cabe a estos como límites de la soberanía, así como el deber de respeto y promoción que le corresponde al Estado acerca de los mismos, según el orden

constitucional y los tratados internacionales suscritos por Chile que se encuentren vigentes. En el catálogo de los derechos, libertades y bienes jurídicos que hoy gozan de protección explícita se puede mencionar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas, el repudio y prohibición de diferencias arbitrarias, el debido proceso, el principio de legalidad, el respeto y protección de la vida privada y de la honra, la libertad de conciencia, la tutela del medio ambiente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, la libertad de afiliación y desafiliación a asociaciones de cualquier género, el estatuto de las libertades económicas, el robustecimiento de los derechos de propiedad y sus atributos y facultades, y, por último, la protección de los derechos en su esencia.

Los ámbitos señalados han permitido construir criterios de hermenéutica constitucional que, sin abandonar los cánones clásicos de interpretación de la ley contemplados en el Código Civil chileno, enriquecen esta tarea considerando las particularidades y la finalidad propia de este ejercicio intelectual. No cabe duda que el explosivo crecimiento de la jurisdicción constitucional, gracias al aporte del constituyente de 1980 en materia de recurso de protección y las tareas progresivamente confiadas al Tribunal Constitucional, ha generado transformaciones muy valiosas.

Aunque algunos critican ácidamente este fenómeno, llamándolo constitucionalización o vulgarización constitucional, a la par que dirigen sus juicios contra el recurso de protección imputándole deficiencias, distorsiones procesales y retardos jurisdiccionales, lo concreto es que ello no parece del todo verdadero. En efecto, no hay derechos sin acciones o garantías que den vida a esas libertades. Lo contrario se reduce a considerar las enumeraciones a que es tan dada toda Constitución a listas de mero valor lírico, sin correspondencia con la realidad. Es comprensible que algunos representantes de especialidades jurídicas puedan sentirse incómodos ante la aparición de categorías ajenas a sus disciplinas, pero una Constitución debe ser puesta al alcance de todos y usada profusamente en los debates políticos, judiciales o valóricos, bajando así a la ley común de las alturas en que la han puesto los fieles del positivismo legal. A este respecto, puede afirmarse que en la simpleza y brevedad de la Constitución Norteamericana radica su legitimidad, por el hecho de ser ampliamente conocida o, al menos, invocada.

En el marco de lo señalado, los tribunales que componen el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y los restantes operadores jurídicos han desarrollado una cultura y valores constitucionales que resumen la tradición y las

innovaciones que introdujo la Carta de 1980 y las reformas a su texto consensuadas desde 1989. Lo anterior ha permitido, incluso, desarrollar criterios y formas interpretativas que exceden con creces la labor de discernir qué quisieron decir al redactar los textos en análisis los miembros de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, el Consejo de Estado, la Junta de Gobierno o los integrantes del Congreso Nacional, en su caso.

Con todo, los avances de la Carta de 1980 no se reducen a la dogmática, los derechos y garantías constitucionales, el desarrollo de una hermenéutica especial y la fijación judicial del sentido de la Constitución. Es interesante consignar aquí el diseño de instituciones como (a) el Presidente de la República, sus atributos, facultades y potestad reglamentaria; (b) el Congreso Nacional, la formación de la ley, los quórum constitucionales diferenciados según la materia de que trate la ley, más la valiosa definición de “ley” que contiene el artículo 63 N°20; (c) un Poder Judicial que es más que la mera administración de justicia; (d) un Tribunal Constitucional robusto y activo; (e) una Contraloría General dotada de misiones claras; (f) el estatuto autónomo del Banco Central; (g) además de definiciones sólidas en el orden regional, provincial, municipal y territorios especiales.

2. La Constitución de 1980 bajo permanente sospecha

Para sus críticos, las consideraciones señaladas parecen no importar. La Constitución es tachada de ilegítima, de hermética y de sufrir supuestas carencias democráticas. Entonces, la convicción es que debe ser reemplazada por otra que se engendre en una asamblea constituyente. Están más pendientes del origen de la Constitución que del inicio de su vigencia práctica y de que, gracias a los que la aplican e invocan a diario –más los acuerdos soberanos que la han modificado–, se mantiene viva, con total independencia de la voluntad de quienes la gestaron, sea que la paternidad del texto se la quieran atribuir a Augusto Pinochet en 1980 o a Ricardo Lagos en 2005.

Parece ser, entonces, que la crítica tiene que ver más con el alegato de sustituir el actual ordenamiento constitucional a cualquier costo debido a estas supuestas falencias, más que con la estricta necesidad de una asamblea constituyente. O tal vez sea, al menos para algunos sectores políticos, una simple pero riesgosa estrategia para lograr vencer la resistencia a la introducción de ciertas y muy puntuales reformas, específicamente del sistema electoral, como parece haberlo sugerido en el debate reciente un ex presidente de la República, cuando señaló: “Si usted hoy dice que vamos a discutir en serio, y

nos ponemos de acuerdo y se acabó el binominal, ¡se acabó la discusión de la asamblea constituyente!”.¹⁰

2.1. La acusación de ilegitimidad

La discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 parece, a estas alturas, un ejercicio de cierta fruslería: es bien sabido que la mayoría de las constituciones chilenas, particularmente la de 1833 y de 1925,¹¹ tuvieron partos complejos, atendidas sus circunstancias históricas y sus procedimientos de generación. También en la experiencia comparada se encuentran varios casos en que el origen de las constituciones estuvo impugnado. ¿Qué podría decirse, por ejemplo, en abono del vicio de origen de una de las constituciones actualmente más prestigiadas, como es el caso de la alemana, cuyo “momento constitucional” se produjo en 1949 bajo la presión de las fuerzas aliadas ocupando el país luego de la derrota germana en la Segunda Guerra Mundial?

Los objetores de la Constitución de 1980 olvidan que el concepto de legitimidad de la norma constitucional no se construye únicamente por el origen. De lo contrario, hasta la propia Constitución de Estados Unidos, modelo del constitucionalismo moderno, carecería de valor, tal como lo ha planteado Fallon: “Hoy el presupuesto de que la Constitución es jurídicamente válida es indudablemente correcto. Pero la situación fue alguna vez incierta. Antes de la ratificación de la Constitución, los artículos de la Confederación que vinculaban a los entonces trece estados, establecían que cualquier cambio significativo en sus términos requería de la unanimidad de los congresos estatales. Ignorando este requisito, la Constitución redactada en la Convención Constitucional determinó que entraría en vigor con la ratificación de los congresos

¹⁰ Véase *El Mercurio*, entrevista a Ricardo Lagos Escobar, 28 de agosto de 2012.

¹¹ Cabe recordar que la Constitución de 1925 fue redactada en el contexto del golpe militar que derrocó a la junta de gobierno presidida por el general Luis Altamirano Talavera el 23 de enero de 1925. En esa fecha un grupo de oficiales se apoderó de La Moneda, apresando a Altamirano y al resto de los miembros de la junta. Esta acción buscaba restablecer en el cargo de presidente a Arturo Alessandri Palma, quien se encontraba en el exilio en Italia. Mientras tanto, se estableció otra junta presidida por el general Pablo Dartnell. Posteriormente, se convocó a una comisión consultiva que se dividió en dos comisiones, una liderada por Alessandri y José Maza, que redactaron el texto constitucional, y otra encargada de la convocatoria a una asamblea constituyente. Finalmente, dicha asamblea no prosperó por la negativa de Alessandri y se llamó a plebiscito. Cabe destacar que en dicho plebiscito los votantes debían escoger una cédula de color de acuerdo a si aprobaban la nueva constitución y el cambio de régimen político, si aprobaban la mantención del régimen parlamentario o si rechazaban ambas propuestas. Lo concreto es que el plebiscito fue aprobado por el 43% (127.483 votos, con un 54% de abstención) del universo electoral, que correspondía solo a un 13% de los mayores de 21 años, puesto que no votaban ni las mujeres, ni los analfabetos, ni quienes no se encontraban inscritos.

de solo nueve estados. Bajo tales circunstancias, era cuestionable en 1787 y 1788 que la ratificación requerida era legalmente legítima (...) Ciertamente, las respuestas a tales interrogantes no fueron resueltas a través de decisiones de la Corte Suprema o de cualquier otro tribunal, sino por la aceptación de la nueva Constitución como legalmente válida. Como es natural con la legitimidad sociológica, la aceptación nunca fue probablemente unánime”.¹²

Lo que resalta Fallon en su trabajo es que para hablar de legitimidad resulta necesario distinguir entre la forma del mandato normativo de la Constitución: es decir, (a) su naturaleza formal que justifica que sea reconocida y respetada como tal; (b) su aceptación “sociológica”, que se refleja en la aceptación del pueblo y sus representantes; (c) y la “moral”, que se refiere a la aceptación de los valores constitucionales que propone. En la Constitución de 1980 podemos apreciar que, con independencia del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida. Por otra parte, las sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas, lo que fue reconocido por el propio ex presidente Ricardo Lagos cuando señaló estar conforme con tener una Constitución que represente a todos: “Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar. Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional”.¹³ Además, se trata de un texto al que no se le reprochan sus valores constitucionales, tales como la posición de la dignidad de la persona, sus derechos, la servicialidad del Estado y los otros que ya hemos mencionado. En consecuencia, el reproche de legitimidad es simplista, pues desconoce un criterio complejo como el de la legitimidad constitucional.

Los objetores de la Constitución olvidan también los grandes acuerdos políticos y las innumerables reformas que ha sufrido el texto constitucional. Las numerosas reformas que comenzaron en 1989, en las que al pueblo le cupo participación de manera directa a través del plebiscito o mediante la acción de sus representantes, nos permiten afirmar que la voluntad popular la ha asu-

12 Fallon Jr., Richard, “Legitimacy and the Constitution”, en *Harvard Law Review*, Vol. 118, 6, 2005, pp. 1787-1853.

13 Discurso del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar al promulgar la Ley 20.050, que introdujo las reformas constitucionales y que fijó el texto refundido de la Carta Política, 17 de septiembre de 2005. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2005/09/17/195634/presidente-lagos-firmo-nueva-constitucion-politica.html>

mido como un texto dotado de legitimidad y valor jurídico vinculante. En efecto, la Constitución de 1980 ha sido modificada en los años 1989, 1991, 1992, 1994, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2010, 2011 y 2012, introduciéndosele un sinnúmero de cambios, algunos de ellos muy sustantivos, particularmente aquellos propiciados en las grandes reformas ocurridas en 1989 y 2005. En definitiva, en estos más de treinta años de vigencia se han realizado veinticuatro reformas que le han incorporado cambios en setenta y nueve materias. Estas incluyen el término de los senadores designados y vitalicios, el término de la inamovilidad de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, la modificación sustancial del Consejo de Seguridad Nacional, la modificación de la composición de la Corte Suprema, la entrega de nuevas atribuciones al Tribunal Constitucional, la creación del Ministerio Público, la incorporación del principio de probidad y publicidad de los actos de la administración, la inscripción automática al padrón electoral y la voluntariedad del voto, etc.

2.2. La acusación de hermetismo

Una constitución será flexible o rígida según su capacidad de adaptarse y dar respuesta a los cambios políticos y sociales que sucedan en una sociedad. Es cierto que la Constitución de 1980 es claramente de carácter rígido, si atendemos a la clasificación de Bryce,¹⁴ pues para introducirle modificaciones exige el acuerdo de una mayoría calificada de tres quintos o de dos tercios, según sea la materia objeto de la reforma. Sin embargo, hay que aclararlo rápidamente, esa es la tendencia en la gran mayoría de las constituciones contemporáneas, que han entendido que gran parte de la eficacia normativa de un ordenamiento constitucional se juega en su perdurabilidad y, en consecuencia, han optado por demandar altos niveles de acuerdo parlamentario y/o por establecer procedimientos complejos para su reforma, de manera tal de evitar que mayorías circunstanciales y a veces efímeras debiliten o sustituyan instituciones de tal relevancia para los ordenamientos constitucionales que son la base de la convivencia política pacífica.

Existen varias constituciones que, como en el caso de la chilena, requieren una mayoría calificada para reformar su texto. Es el caso de la Constitución de Alemania de 1949 que demanda dos tercios de ambas cámaras parlamentarias para su modificación, de la Constitución de Portugal de 1976 que pide

¹⁴ Véase Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, (Instituto de Estudios Políticos) 1962.

dos tercios de los diputados en ejercicio y de la Constitución de España de 1978 que solicita los tres quintos en ambas cámaras legislativas y la disolución y posterior ratificación del parlamento para ciertos capítulos. Hay otras constituciones que exigen que su modificación sea discutida y acordada en dos momentos sucesivos por un mismo cuerpo legislativo. Es el caso de la Constitución de Italia de 1947, de la Constitución de Brasil de 1988 y de la Constitución de Venezuela de 1999. Otros ordenamientos exigen que la discusión se realice por dos congresos distintos. Es el caso de las cuatro leyes fundamentales de Suecia de finales del siglo XVIII, de la Constitución de Noruega de 1814, de la Constitución de Holanda de 1815, de la Constitución de Colombia de 1991, de la Constitución de Perú de 1993, de la Constitución de Finlandia de 1999 y de la Constitución de Bolivia de 2009. En otros casos, las modificaciones constitucionales no se satisfacen solo con la aprobación del parlamento respectivo sino que demandan que la reforma sea ratificada por la ciudadanía en un plebiscito. Es el caso de la Constitución de Japón de 1945, de la Constitución de Francia de 1958, de la Constitución de Uruguay de 1966 y de la Constitución de Ecuador de 2008.¹⁵

Pero los resguardos que las constituciones adoptan frente a un proceso de reforma no solo se restringen a los niveles de consenso o a la complejidad de los procedimientos utilizados, sino que también, en algunos casos, pueden manifestarse en brindar especial protección a ciertos principios o contenidos que se consideran política o jurídicamente tan valiosos que merecen ser preservados. Por ejemplo, algunas constituciones consideran que haberse constituido como República es algo que no puede quedar sujeto a las mayorías parlamentarias. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Italia de 1947, de la Constitución de Alemania de 1949, de la Constitución de Francia de 1958, de la Constitución de Portugal de 1976, de la Constitución de Turquía de 1982, de la Constitución de Grecia de 1986 y de la Constitución de la Federación Rusa de 1993. En otros casos, similares a la Constitución de Chile de 1980, se establecen restricciones a la reforma en materia de derechos esenciales de las personas. Es el caso de la Constitución de Alemania de 1949, de la Constitución de Puerto Rico de 1952, de la Constitución de Portugal de 1976, de la Constitución de Brasil de 1988, de la Constitución de Perú de 1993 y de la Constitución de Ecuador de 2009.¹⁶

15 Véase Nogueira, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, Vol.15, 1, 2009, pp. 229-262.

16 Véase *ibíd.*

Por otra parte, quienes critican el denominado hermetismo de nuestra Constitución pasan por alto, voluntaria o involuntariamente, todos los cambios que le han sido introducidos entre los años 1989 y 2012, que hemos mencionado en el epígrafe anterior. Parecieran interesados solo en convencer a la opinión pública de que estamos ante un cuerpo jurídico rígido que no da cuenta de los cambios sociales. Sin embargo, la evidencia nos muestra un estatuto que se ha adecuado y que en su propia estructura establece los mecanismos que lo han permitido, adaptándose a las transformaciones que el tiempo le va exigiendo e incorporando la impronta de las fuerzas políticas que representan a la sociedad en cada modificación que se le ha realizado. En suma, la Constitución hermética de la que se suele hablar ha sido sometida a un ciclo gradual de reformas: “ya que 91 de 120 artículos de la Constitución han sido reformados de algún modo (76%). Se aprobaron 24 reformas constitucionales, las que involucran 79 materias. Estas cifras contradicen el argumento del inmovilismo producto de las barreras institucionales”.¹⁷ En la historia constitucional reciente cuesta encontrar otro ejemplo de un hermetismo tan flexible.

Es relevante, además, dar cuenta que la flexibilidad constitucional no solo tiene que ver con los mecanismos y quórum para su modificación sino que, también, de manera importante con su capacidad de adaptación por la vía de la hermenéutica judicial.¹⁸ La invocación diaria de sus preceptos ante la judicatura nos permite sostener que estamos ante una Constitución viva, aplicada en la realidad y, como decíamos, jurídicamente legítima. Respecto a esto resulta particularmente curioso que algunos de los más acerbos críticos de la rigidez formal de la Constitución de 1980 sean, a su vez, acres opositores de su interpretación por la vía judicial. En efecto, a muchos les molesta que el debate constitucional se haya trasladado a los tribunales –como ya se ha dicho, lo llaman despectivamente “judicialización”–, postergando así el poder del Congreso Nacional o, dicho de otro modo, menoscabando el poder de los partidos políticos que legítimamente buscan controlarlo mediante las contiendas electorales.

La Constitución es también lo que los tribunales dicen y estos escudriñan su sentido y significado con arreglo a normas, principios y valores que orientan la hermenéutica legal. La Constitución ya no es el texto que nadie consulta o que se limita a hacer proclamaciones genéricas y vagas sobre buenos deseos

¹⁷ Fuentes, Claudio, *El pacto*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012, p. 58.

¹⁸ Véase Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge University Press) 2009.

de convivencia para un país. Es un Código Político, un enunciado de principios y un instrumento de proclamación y garantía de derechos y libertades personales. Como dijo el Juez Marshall en *Marbury vs. Madison*, en palabras que pueden resultar algo incómodas para nuestra formación jurídica centrada en el culto a la ley: “el Poder Judicial es el intérprete final de la Constitución (...) Es enfáticamente competencia del Poder Judicial decir el derecho, el sentido de las leyes. Si la ley estuviese en contradicción a la Constitución, la Corte deberá determinar cuál de esas normas en conflicto regirá en la hipótesis concreta. Y si la Constitución es superior a cualquier acto ordinario emanado del Legislativo, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso al cual ambos se aplican”.¹⁹

En suma, nuestro Código Político ya no es solo lo que escribieron los miembros de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución entre 1973 y 1978; ni lo que hicieron constar en su texto el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno; ni tampoco los legisladores de las reformas acaecidas entre los años 1989 y 2012; sino también lo que los tribunales ordinarios y la justicia constitucional han ido prescribiendo paulatina y sistemáticamente.

2.3. La acusación de falencia democrática

Una somera revisión de la literatura que sostiene la postura que la actual Constitución de 1980 tiene carencias para ser estimada una de carácter democrático, nos permite indicar que las falencias más comúnmente apuntadas son: el sistema electoral binominal y las leyes orgánicas constitucionales que exigen supramayorías para su aprobación en el proceso de formación de la ley.²⁰

Sobre el primero muy poco diremos, pues su modificación en nada depende de reformar o sustituir la actual Constitución. Desde la gran reforma constitucional de 2005 el sistema electoral no está recogido en ella. De hecho, la discusión sobre la mantención o cambio del actual sistema binominal que se aplica en Chile –exclusivamente a las elecciones parlamentarias– pasa más por la falta de consenso entre los incumbentes que verían directamente afectados sus intereses de reelección con cualquier modificación al sistema y, también, por el disenso respecto de cuál sería el nuevo sistema que, haciéndose cargo de las críticas que recibe el binominal, evite a la vez la reedición

19 Citado en Silva, Luis Alejandro, “Supremacía constitucional y aplicación judicial de la Constitución en los Estados Unidos: Objeciones a la *judicial supremacy*”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca) 2012, pp. 117-144.

20 Véase Atria, Fernando, *La mala educación*, (Editorial Catalonia) 2012.

de los problemas que planteaba el antiguo sistema proporcional que rigió las elecciones legislativas chilenas hasta 1973. En consecuencia, no es cierto que la Carta Fundamental de 1980 defina un sistema electoral, por lo que –sin pretender restarle importancia– se trata de un debate de naturaleza simplemente legal.

Sobre lo segundo, las leyes orgánicas chilenas que exigen altos quórum de aprobación, podemos precisar que siguen la tendencia de la Constitución francesa de 1958 que también las admite y que fue justamente la experiencia que tuvo a la vista el constituyente chileno de 1980. En el mismo sentido, los ordenamientos jurídico políticos de Austria, Bélgica y Portugal también colocan exigencias mayores para aprobar reformas en algunas materias legales.

Las democracias que gozan de estabilidad institucional y gobernabilidad política suelen incorporar mecanismos diversos para que, en el fragor del juego electoral, las mayorías no terminen arrasando con los derechos y libertades de las minorías. ¿No es acaso parte de la definición de los sistemas democráticos contemporáneos el respeto irrestricto por los derechos de todos, incluyendo por cierto a las minorías que, potencialmente, pueden verse amenazadas por una actitud autoritaria de la mayoría vencedora en las elecciones? Pues bien, nos parece razonable que los sistemas constitucionales recurran a mecanismos como las leyes supramayoritarias para defender ciertas instituciones. Por ejemplo, resulta plenamente plausible, a juicio nuestro, que los órganos cuyo rol es precisamente el control político, tales como los que fiscalizan las elecciones, las contralorías y el Poder Judicial, gocen de una mayor protección, por ejemplo a través de quórum calificados para su reforma, para que puedan resistir eventuales intentos de cooptación y defender el ejercicio de sus atribuciones sin tener que autoinhibir su acción fiscalizadora.

A propósito de este debate, hay un texto de Jaime Guzmán que muchos citan y anatemizan, asignándole un valor opuesto a toda vocación democrática. En su momento Guzmán señaló: “que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”.²¹

Es necesario y de toda justicia poner en contexto esta cita. Guzmán apuntaba a que en cualquier diseño institucional es fundamental definir cuánto

21 Guzmán, Jaime, “El camino político”, en *Revista Realidad*, Año 1, 7, (Instituto de Estudios para una Sociedad Libre) 1979, pp. 13-23.

poder tendrán los gobernantes. Su preocupación central era que el poder del Estado debía estar controlado para que no pusiera en peligro la estabilidad democrática ni la sociedad libre. Los adversarios en un régimen democrático podrán tener muchas diferencias, pero han de tener una convicción común: la democracia y la libertad como valores superiores. De tal manera que en las elecciones no se juegue lo esencial de la forma de vida de un pueblo. Lo que Jaime Guzmán afirmaba está en plena sintonía con el republicanismo y el constitucionalismo tradicionales, en cuanto pretenden limitar el poder del Estado para favorecer la libertad y la justicia, y para proteger los derechos individuales.

La finalidad última de la norma constitucional, entonces, es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad de las personas. Por el contrario, la búsqueda desenfrenada de la ausencia de límites institucionales al poder, que parece ser la aspiración reservada de quienes propician asambleas constituyentes, ha conducido a totalitarismos del más variado cuño. Los principales adversarios de una constitución democrática son quienes “no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”, tal como lo dispone el propio texto constitucional (artículo 19 N°15). Para ellos, las puertas de la Constitución están abiertas, pero deben integrarse a las reglas de la democracia, del respeto a la persona y de la deliberación democrática.

Sentadas las consideraciones anteriores, las sospechas sobre la paternidad de la carta fundamental, sobre su hermetismo y calidad democrática, usualmente invocadas como reproches principales a la Constitución que nos rige, debieran ser miradas, a lo menos, con un recomendable escepticismo.

3. Circunstancias en que suele recurrirse a una asamblea constituyente

Las asambleas constituyentes son expresión del poder constituyente originario que surge de la soberanía radicada en el pueblo y que, básicamente, consiste en que este se organiza para dotarse de un ordenamiento constitucional por primera vez, allí donde este no existía, o bien para sustituir el existente por considerar que era inadecuado.

La asamblea constituyente ha sido un mecanismo utilizado en ciertas circunstancias muy precisas y definidas. Primero, lo ha sido en contextos donde se culmina un proceso exitoso de independencia nacional del cual surge un

nuevo Estado que busca arraigar sus bases institucionales o bien cuando se produce una convergencia de Estados independientes en torno a algún tipo de asociación: en ambos casos sin que existan instituciones preestablecidas para elaborar un ordenamiento constitucional. En estas situaciones, la asamblea constituyente surge como el mecanismo que permite la adopción de una Constitución. Es el caso de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y podría haber sido perfectamente el caso de la unificación de las dos Alemanias luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, pero no lo fue porque se privilegió la reforma constitucional como vía idónea suficiente para institucionalizar la reunificación de ambos países.²²

Segundo, las asambleas constituyentes han sido funcionales en situaciones de quiebres o rupturas institucionales donde surge un nuevo régimen que, deliberada y expresamente, desea cortar toda continuidad con las bases jurídicas y políticas del régimen preexistente para instalar un nuevo sistema. Es el caso de la revolución francesa de 1789 y su asamblea constituyente de 1791, del V Congreso Panruso de los Soviets que aprobó la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) de 1918 luego de la revolución bolchevique, del proceso constituyente alemán después de terminada la Segunda Guerra Mundial que culminó con la promulgación de la Constitución Alemana de 1949 y del proceso constitucional español de 1978 posterior a la muerte de Francisco Franco.

Como se ha dicho: “Las asambleas constituyentes o convenciones constitucionales han tenido éxito en dos tipos de circunstancia histórica: en el período subsiguiente a un rompimiento significativo con el pasado, como en el caso de una revolución, guerra civil o una interrupción traumática similar, o cuando los nuevos estados, ya sean ex colonias o estados independientes, se unen para formar una federación o confederación”.²³ Es decir, la experiencia comparada muestra claramente que la convocatoria a una asamblea constituyente ha sido utilizada como un mecanismo representativo e inclusivo para adoptar un nuevo ordenamiento político y jurídico o para generar uno inexistente, en sociedades donde se necesitaba construir un consenso luego de un proceso en que la comunidad nacional se había enfrentado a divisiones profundas – desde los conflictos políticos hasta los étnicos y religiosos– o bien donde se

22 Véase Quint, Peter, “Constitution Making by Treaty in German Reunification: A Comment on Arato, Elster, Preuss and Richards”, en *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1993, pp. 691-704.

23 Fafard, Patrick y Reid, Darrel, “Constituent Assemblies: A Comparative Survey”, Research Paper 30, (Institute for Intergovernmental Relations, Queen’s University) 1991.

requería generar una cierta identidad nacional que convocara a la población.

No obstante, en las últimas décadas, y particularmente en América Latina, ha surgido una tercera circunstancia en que la convocatoria a una asamblea constituyente ha sido un mecanismo recurrente. Esta circunstancia –bastante más prosaica en sus objetivos– se produce cuando gobernantes de rasgo populista, aprovechando su fuerte arrastre electoral, han intentado rediseñar el ordenamiento constitucional por la vía de una asamblea constituyente para avanzar en su anhelo de concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciar los órganos típicamente representativos, como los congresos, y esquivar o derechamente desarticular aquellos mecanismos de contrapeso que son típicos en una democracia, como el Poder Judicial, los órganos electorales y las contralorías, para intentar perpetuarse en el poder valiéndose de este rediseño y también de los recursos que les provee el control del aparato del Estado.

Es lo que Guillermo O'Donnell ha denominado “democracias delegativas”²⁴ en América Latina, es decir, aquéllas institucionalmente débiles, con presidentes que llegan al poder a través de elecciones libres y competitivas, levantando candidaturas al margen de los partidos tradicionales o fuertemente críticas a ellos y que apelan directamente a la ciudadanía saltándose cualquier tipo de mediación democrática, y que una vez en el poder no se comportan como representantes políticos sino como dueños personales del gobierno, por encima de cualquier sistema de control a su gestión.

Estas “democracias delegativas” tienen repercusiones negativas para la gobernabilidad democrática, pues se perciben a sí mismas como regímenes fundacionales y debilitan los mecanismos e instituciones de responsabilización política y de rendición de cuentas. En efecto, en nombre de los intereses del pueblo, el gobernante de turno se hace del poder absoluto recurriendo a medios excepcionales y de cooptación, con lo cual le es posible desarrollar sus políticas al margen de los mecanismos de control, aquellos que –se acusa– fueron creados por la vieja estructura, esa que le negaba el poder al pueblo y que hoy se lo devuelve al mandatario populista sin restricciones. La consecuencia principal de esta forma de gobernar es el socavamiento de las instituciones del Estado, cuando no su completa demolición. Ejemplos de este tipo de procesos constituyentes son las asambleas que originaron la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009.

²⁴ Véase O'Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, Vol. 5, 1, (The Johns Hopkins University Press) 1994, pp. 55-69.

Un caso aparentemente anómalo es la asamblea constituyente que concluyó con la dictación de la Constitución de Colombia de 1991. En efecto, a pesar de la cercanía geográfica y cronológica con los anteriores, este caso no corresponde a la circunstancia particular que hemos señalado para las “democracias delegativas” latinoamericanas de las últimas décadas. Más bien obedece a la primera de las circunstancias que hemos descrito, es decir, es de aquellos procesos constituyentes originarios que intentan superar una situación de profunda crisis o ruptura. En el caso particular de Colombia, esa fractura corresponde a lo que se ha dado en llamar un “Estado fallido”,²⁵ entendiendo por este aquél que es incapaz de ejercer soberanía o control sobre su territorio o que no tiene la capacidad de imponer la ley ante grupos –milicias armadas o bandas criminales– que desafían su autoridad y eficacia.

En Colombia se conjugaron tres factores que nos llevan a considerarlo un caso de “Estado fallido”. Primero, cinco décadas de persistente acción insurreccional de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que fueron derivando de un componente estrictamente ideológico que buscaba imponer una sociedad marxista por la fuerza de las armas hacia un cuerpo de seguridad que brindaba protección a grupos de narcotraficantes. Segundo, la acción de grupos criminales asociados al narcotráfico que lograron constituir varios carteles de drogas de notable fuerza militar, primero armando milicias propias y luego incorporando o negociando con las FARC para la prestación de servicios de seguridad. Tercero, una corrupción de carácter sistémico que cruzaba a la policía y la judicatura, y que las tornó ineficaces y obsecuentes al narcotráfico. Estos tres factores complotaron para que el Estado colombiano simplemente no lograra controlar ni ejercer soberanía en buena parte de su territorio nacional. La asamblea constituyente colombiana de 1991 buscó ser una salida –tal vez inidónea– a esa crisis casi terminal en que se sumía el país.

4. Necesidad de una asamblea constituyente en Chile

¿Está nuestro país en alguna de las circunstancias descritas y que en la experiencia comparada aconsejan un proceso constituyente originario vía asamblea? Nos parece claramente que no es así. Aun más, la evidencia de los resultados que exhibe Chile y su percepción por la comunidad internacional demuestra que no solo no existen esas condiciones o circunstancias extremas

²⁵ Denominación usada en el índice de la revista *Foreign Policy* y *Fund for Peace* para evaluar la situación política, económica y social en diversos países y las respectivas capacidades de sus Estados para enfrentarlas.

de ruptura política y/o social en nuestro país, sino que, muy por el contrario, es percibido como un país ejemplo de estabilidad política, económica y social en América Latina y en el mundo entero.

¿Cuál es entonces el objetivo tras el planteamiento de abandonar la vía de las reformas graduales –camino exitoso recorrido en los últimos treinta años– para optar por la convocatoria a una asamblea constituyente e ir a fojas cero?

Los propiciadores de una asamblea constituyente para Chile consideran que la visión valórica –que ciertamente tuvo la actual Constitución al definir los principios y reglas del proceso político– no es compartida por toda la población. Dos preguntas surgen de inmediato. La primera es cómo sustentan empíricamente que el pueblo chileno no comparte los valores de la actual Constitución. Quienes creemos que sí los comparte, por de pronto podemos basarnos en el reconocimiento que le han mostrado nuestros representantes, desde 1990 hasta hoy, al texto constitucional como norma fundamental, habiendo aceptado con lealtad constitucional sus preceptos e intentado mejorarla en aquellos puntos en los que discrepaban. Situación distinta y en extremo compleja sería afirmar que todos nuestros representantes elegidos por el pueblo desde 1989 (incluyendo a los presidentes y parlamentarios) no han sido representativos de la ciudadanía, y que hemos vivido por más de dos décadas en un aparente sueño democrático, pero gobernados por representantes ilegítimos.

La segunda pregunta es por qué creen tan firmemente que el proyecto político y social que pretenden impulsar mediante una asamblea –y que ciertamente también tendría una clara adscripción valórica– sí sería compartido ampliamente. Y, en esa lógica, qué tan extendido sería su mandato fundacional. Esto nos parece relevante porque, como decíamos con anterioridad, algunas constituciones adoptan resguardos más intensos frente a las posibilidades de reforma de sus propias disposiciones, extendiendo una especial protección a ciertos principios políticos o contenidos jurídicos que consideran particularmente relevantes. Así, por ejemplo, las constituciones de Alemania, Brasil, Chile, Ecuador, Portugal, Perú y Puerto Rico lo han hecho en materia de derechos fundamentales.²⁶ La interrogante que surge, entonces, es si po-

²⁶ Entendemos por derechos fundamentales, esenciales o humanos, el conjunto de “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico”. Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Tomo I*, (Editorial Universidad Católica de Chile) 2002, p. 221.

dría un poder constituyente originario, expresado en una asamblea, debilitar o eliminar los principios políticos y jurídicos básicos que claramente están vedados para el poder constituyente derivado y desconocer, por ejemplo, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como en el caso chileno lo precisa el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución de 1980.

No resulta baladí, entonces, por las graves consecuencias de afectación de los derechos fundamentales que podrían seguirse de la sustitución o reblandecimiento de este límite y porque, ante la afirmación de que mediante una asamblea constituyente es posible volver a configurar una tradición de discusión, debate y síntesis jurídica que entregue como resultado un nuevo ordenamiento político, es necesario ver qué ha sucedido en otros países de la región. Esta comparación no es antojadiza, pues muchos de sus principales impulsores manifiestan como ejemplos dignos de imitar los procesos y transformaciones recientes acaecidos en América Latina.

Si nos atenemos a las experiencias de asambleas constituyentes de los últimos tiempos en América Latina y a los nuevos ordenamientos constitucionales que ellas han producido, particularmente las nuevas constituciones venezolana de 1999, boliviana de 2009 y ecuatoriana de 2008, puede observarse en ellas un modelo compuesto de algunos elementos comunes: un discurso “antiimperialista” o más bien derechamente antinorteamericano; un fuerte dirigismo estatal antieconomía de mercado o, como suelen decir, “antineoliberal”; y un rechazo a la propiedad privada como modo de generar riqueza, todo ello mezclado con nacionalismo o indigenismo. Claramente, ninguno de ellos es muy cercano a un ethos democrático ni tampoco a los elementos esenciales de la democracia representativa que aprobó la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 2001.²⁷

Estos regímenes han intentado plasmar un proyecto hegemónico fuertemente estatista y autoritario, que va entregando diversos derechos a la población, particularmente de carácter social, a través de sucesivos plebiscitos que les permiten ir avanzando en la construcción de mayorías electorales permanentes. Basados en una economía de naturaleza rentística, el primer blanco suele ser la industria extractiva, que posibilita al gobierno disponer de recursos suficientes para aumentar el contingente de personas que dependen del sector público e ir cristalizando esas mayorías electorales de manera perma-

27 Disponible en http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm.

nente, apoyados en una política fuertemente redistributiva. Todo ello les permite avanzar hacia el control de las instituciones a través de cambios en el diseño institucional, asambleas constituyentes mediante, complementadas con fenómenos de cooptación de los diversos órganos de control y contrapeso.²⁸

Lo que se ha producido allí es un déficit democrático a través de un proceso paulatino, pero persistente, de resquebrajamiento de la democracia representativa, donde los procesos constituyentes respectivos jugaron un rol funcional a esa precarización de la democracia, coadyuvando a la concentración del poder en el Ejecutivo y a generar una fuerte dependencia de los órganos que debían actuar en roles de fiscalización y contención del poder. Este no es un asunto menor. La tradición democrática sufre cuando se debilita la democracia representativa al romperse con el sistema político en general y, en especial, con los partidos políticos, que son los principales actores institucionales de una democracia, pues representan la pluralidad de opiniones, y recogen y encauzan los principios e intereses presentes en la sociedad.

Por lo demás, las asambleas constituyentes recientes de América Latina han terminado por afectar centralmente la convivencia nacional, generando un proceso de división y exclusión, más que de consenso e inclusión, como era su aspiración declarada: “el proceso de degradación continua se convirtió en el escenario cada vez más preocupante e inquietante de confrontación, en el que la palabra fue reemplazada por la violencia, la deliberación por el discurso de guerra, el reencuentro por el enfrentamiento, el pacto por la imposición, la participación por ultimátum, y la nueva Bolivia para todos por una Bolivia cada vez más para unos contra la Bolivia de los otros”.²⁹

5. Complejidades de una asamblea: ¿Solo formales?

En todo proceso constituyente se produce, además, un problema de origen que consiste en cómo se convoca a la asamblea y cómo son elegidos los constituyentes. La manera en que se conforme la asamblea es determinante para su futuro, tanto en la concreción de una propuesta viable que pueda ser sometida a validación por parte de la comunidad como también en la legitimidad de sus miembros.

28 Véase López, Margarita y Panzarello, Alexandra, “Populismo, rentismo y socialismo del siglo XXI: El caso venezolano”; Mayorga, Fernando, “Bolivia: Populismo, nacionalismo e indigenismo”; y De la Torre, Carlos, “Rafael Correa: Un populista del siglo XXI”, todos ellos en Cheresky, Isidoro (compilador), *¿Qué democracia en América Latina?*, (Prometeo) 2012.

29 Lazarte, Jorge, “La Asamblea Constituyente de Bolivia. El pacto era necesario. ¿Por qué no fue posible?”, en Zuazo, Moira y Quiroga, Cecilia (coords.), *Lo que unos no quieren recordar es lo que otros no pueden olvidar. Asamblea Constituyente, descolonización e interculturalidad*, (Fundación Friedrich Ebert) 2011, p. 323.

Pues bien, ¿se convocará a un plebiscito para decidir si ha de haber o no una asamblea constituyente? ¿Quién lo convocará: el presidente o el Congreso Nacional? ¿Cómo se elegirán los constituyentes? ¿Cómo se designa a quien administrará la asamblea? ¿Será acaso el poder ya constituido, sea este el Ejecutivo o Legislativo, a riesgo de perder legitimidad en cuanto asamblea? ¿Debe haber solo una representación política o también una de carácter social? ¿Deben estar representados en la asamblea los movimientos sociales? ¿Y por qué no también los grupos étnicos y las agrupaciones gremiales y sindicales? ¿Debe excluirse a algunos grupos? Etc.

Surge entonces la pregunta clave para nuestra realidad doméstica: ¿cómo se definirán y regularán todas estas decisiones si quienes abogan por una asamblea lo hacen porque desconocen la validez de los arreglos y procedimientos a través de los cuales la propia Constitución prevé su reforma? En efecto, si se resta validez a la Constitución y se declaran espurias sus reglas, al punto de considerar que no es posible siquiera reformarla de acuerdo a los procedimientos preestablecidos, como se ha venido haciendo hasta ahora, entonces, para ser consecuentes, deben consentir en que todas las normas dictadas conforme a ella y todas las autoridades electas o designadas conforme a sus disposiciones debieran ser igualmente espurias e inválidas, incluyendo a las autoridades que podrían convocar una asamblea.

Lo que los detractores de la Constitución, quizá por el apasionamiento de sus juicios, no han advertido es que los cuestionamientos no solo recaen sobre el texto constitucional que ellos objetan sino que equivalen a poner en tela de juicio toda la institucionalidad, incluso aquellas normas menores mediante las cuales, por ejemplo, algunos de ellos fueron nombrados profesores de universidades estatales.

Colofón

El decaimiento de los partidos políticos, que creen que pueden hacer buena colleira con los denominados movimientos sociales, se manifiesta de muchos modos. Tal vez uno de las más visibles es la abierta pérdida de sentido institucional que los ha llevado a la obsecuencia frente a las voces que surgen desde las calles, levantadas por movimientos de una representatividad al menos cuestionable y que, en último término, no hacen sino expresar sus propios intereses particulares y que no necesariamente están en consonancia con el interés general del país.

El desborde de los partidos puede transformarse en un fenómeno altamente inconveniente para la vida institucional; que estos se sumen de modo

desaprensivo a iniciativas de asamblea constituyente sin rumbo ni contenidos definidos y sin ninguna posibilidad real de encauzar el debate, es un fenómeno que debiera ser objeto de reflexión profunda. El lugar en que los cambios constitucionales debieran provocarse y discutirse es el de las instituciones y no el de las asambleas.

Frente al reclamo impetuoso y apasionado para que se convoque a una asamblea constituyente cabe responder con una reflexiva calma, distinguiendo entre aquellas materias que resultan plausibles de ser sometidas a la deliberación democrática en el marco institucional vigente, en función de la generación de consensos políticos y jurídicos amplios con pretensión de ser preservados constitucionalmente fuera de la contingencia legislativa, de aquellas otras que surgen de voces ditirámicas que han creído reconocer en el frenesí de la coyuntura movilizadora una suerte de “momento constitucional” que permita refundarlo todo.

En efecto, algunos han hablado de un “momento constitucional” dando a entender que –gracias al empuje de los movimientos sociales– están dadas las condiciones para una refundación institucional. Pero, tal como señala el autor que dio origen a la expresión “momento constitucional”, no debe confundirse este con una “solución constitucional”, es decir, con el traspaso de un reclamo social que puede implicar cambios significativos pero que no genera un nuevo régimen.³⁰ Por de pronto, estamos en un momento electoral, frente a un debate que surge con nueva fuerza precisamente meses antes de las elecciones presidenciales, tal como se produjo al finalizar el gobierno anterior. La educación, la conveniencia del actual sistema electoral o la justificación de quórums especiales son temas que, sin encontrar aún consensos, requieren mayor debate y, eventualmente, pueden culminar en una “solución constitucional”. Pero esto dista bastante de la necesidad de provocar un cambio a nuestro régimen constitucional.

Es probable que en este proceso las actuales normas constitucionales emerjan como más adecuadas de lo que se las considera, mostrando más capacidad de adaptación que la que aquellos líderes que se reflejan en realidades ajenas a nuestra tradición jurídica suelen atribuirles.

30 Véase Ackerman, Bruce, “Generation of Betrayal?”, en *Fordham Law Review*, Vol. 65, 4, (Fordham University School of Law) 1997, pp. 1519-1536. El autor menciona el voto femenino y la fundación de Estados Unidos como ejemplos de “solución constitucional” y “momento constitucional”, respectivamente.

“CHILE ES UNA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA”: LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO SALIDA A LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

*Fernando Muñoz León*¹

Las constituciones escritas tienen su causa, como todos los hechos. Esta causa puede estar en el espíritu mismo de la sociedad, i la constitución será entonces la expresión, la encarnación de ese espíritu; i puede estar en las ideas, en las pasiones, en los intereses de partido, de una fracción social; i entonces la constitución escrita no representará otra cosa que las ideas, las pasiones, los intereses de un cierto número de hombres que han emprendido organizar el poder público según sus propias inspiraciones.

Andrés Bello, 1848

El pueblo tiene siempre derecho de rever y reformar su constitución. Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras.

Fray Camilo Henríquez, 1813

Resumen

El movimiento estudiantil ha logrado volver a poner en discusión la cuestión constitucional que afecta a Chile desde 1980: a saber, que la Constitución Política de la República tiene déficits insalvables en materia de democracia y republicanismo. Años de reformas parciales no han logrado subsanar ese déficit. ¿Deberían los reclamos por un nuevo orden constitucional someterse a los mismos procedimientos que hasta el momento han logrado obstaculizar el repudio del legado autoritario y neoliberal en materia constitucional? Este ensayo sostiene que no, fundándose en las premisas que sustentan al constitucionalismo moderno. Si Chile es una república democrática, ello significa que el pueblo detenta el poder constituyente. Por definición, tal poder no acepta como límites las decisiones constitucionales tomadas en el pasado, sea quien sea que las haya tomado. En consecuencia, la voluntad mayoritaria del pueblo basta hoy para activar el ejercicio del poder constituyente originario.

¹ Abogado, Universidad Católica de Chile. Master y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional e Historia del Derecho, Universidad Austral de Chile.

Sostengo que la forma más adecuada para formular dicha voluntad consiste en la convocatoria a un plebiscito en el que se consulte a la ciudadanía si está de acuerdo con la realización de una asamblea constituyente. Mi propuesta, entonces, involucra dos pasos: en primer lugar, un plebiscito; y, de triunfar en él la opción afirmativa, una asamblea constituyente. Debido a los problemas de acción colectiva que involucra el actuar del pueblo, la convocatoria a plebiscito –es decir, la formulación de la pregunta a ser respondida afirmativa o negativamente por el pueblo– debiera provenir de alguno de los órganos políticos actualmente existentes: esto es, del Congreso Nacional o del Presidente de la República. La ley simple o el decreto supremo que contuviera dicha convocatoria constituiría un acto preparatorio de la manifestación del poder constituyente originario, con el cual formaría un todo indivisible que, tal como el propio Tribunal Constitucional reconoció en su sentencia rol N° 46 de 1987, no sería justiciable frente a dicho órgano. Una vez formulada la decisión de convocar a una asamblea constituyente, la responsabilidad de regular los detalles de dicha asamblea habría de recaer en los mismos órganos políticos, los que podrían satisfacer dicha responsabilidad mediante los instrumentos jurídicos ya indicados. Tal regulación tendría que respetar dos principios que surgen como corolarios de la potestad constituyente del pueblo: la igualdad política y la representatividad. Sostengo, adicionalmente, que la Constitución que emerja de ese proceso deberá tener por propósito hacer realidad, tanto en el plano político como en el plano social, la afirmación que sostiene que Chile es una república democrática.

Introducción: La politicidad de la cuestión constitucional

La Constitución Política de la República² hoy vigente debe ser derogada por el poder constituyente del pueblo, el que debe proceder a dictar en su reemplazo una Constitución surgida de una asamblea constituyente representativa de la sociedad chilena.

La anterior afirmación tiene, por supuesto, un evidente contenido político axiológico. Pero también lo tiene, aunque ello no sea tan evidente para algunos, señalar que hay que mantener la Constitución Política de la República tal como está o que no se debiera reemplazar abrupta y totalmente la Constitu-

² Emplearé el término *Constitución Política de la República* para referirme al texto constitucional impuesto mediante decreto por la Junta Militar en 1980, bajo el supuesto de que aquel texto corresponde a aquello que Schmitt denomina “ley constitucional” y que, en su nomenclatura, es distinto de la Constitución en un sentido positivo, esto es, como decisión de conjunto sobre el contenido y forma de la unidad política.

ción Política de la República, sino modificarla mediante los procedimientos previstos por ella. Ninguna de estas posturas es “técnica” ni política o axiológicamente “neutral”. Quien, sosteniendo alguna de ellas, reclame para sí tal carácter técnico o tal neutralidad, o bien no comprende la actividad en la que está involucrado –la discusión sobre las reglas que organizan el proceso político y los principios que la guían– o argumenta de mala fe.

Es necesario dejar sentadas estas premisas debido a que, en la discusión pública general, y particularmente sobre la Constitución Política de la República, hay una cierta tendencia a negar o invisibilizar la existencia de diversas posiciones frente a preguntas del siguiente tenor: ¿debe estar permitida la negociación sindical interempresas?, ¿debe estar permitida la interrupción del embarazo no deseado?, ¿debe existir un sistema escolar al cual concurren todos los menores de edad, con independencia de la capacidad de pago y las inclinaciones de sus padres?

La diversidad de posiciones que dichas preguntas provoca es, ciertamente, expresiva de la existencia en nuestra sociedad de desacuerdos morales; esto es, de diversas concepciones sobre lo bueno y lo justo. Pero dicha diversidad de posiciones está también profundamente relacionada con la existencia de intereses divergentes, vinculados a las necesidades y expectativas de distintos sectores de la estructura social, y que a menudo se expresan en la forma de conflicto de clases. En otras palabras, tal como en toda sociedad compleja moderna, en la sociedad chilena existe desacuerdo moral y conflicto crático o de poder, fuentes de las que surge la *politicidad*. Una vez más, quien niegue su posicionamiento ante estas fracturas sociales, afirmando su “neutralidad” y “tecnicismo” en estas materias, o bien carece de una adecuada comprensión de la estructura social o argumenta de mala fe.

En este contexto, las posturas que los académicos tomen en materia constitucional estarán vinculadas con las posiciones que tomen ante dichos desacuerdos y conflictos. Desde luego, un académico podría responder a la cuestión constitucional –esto es, a la pregunta sobre la mantención o reemplazo del actual orden constitucional– con el silencio, lo que hasta cierto punto permitiría describir su postura como “neutral”.³ Solo quien así reaccione puede reclamar para sí aquella neutralidad que, tal como la paz perpetua, solo puede ser encontrada en la tumba; en este caso, en la tumba de la desvinculación con la sociedad. Por su parte, quien responda en algún sentido u otro deberá re-

3 Al menos, en abstracto. En concreto, tal silenciosa neutralidad significa una confirmación del orden de cosas existente. Los votos en blanco benefician siempre al ganador.

conocer su carácter de “intelectual orgánico” de algún grupo inserto en la estructura social;⁴ y quien honestamente reconozca su condición de tal, debiera ser capaz también de identificar las posiciones morales y cráticas defendidas al tomar postura frente a la cuestión constitucional.

Hago estas prevenciones no solo ante la tendencia a esconder el carácter partisano de las posiciones asumidas por cada quien en el debate público, sino también ante la actitud de algunos sectores de desconocer la diversidad de posiciones que acompaña consustancialmente a la politicidad. Para esos sectores, invariablemente conservadores, el estado actual de cosas responde al orden natural y los planteamientos que lo cuestionan son pura “ideología”, esto es, se fundan en representaciones (ontológicamente) equivocadas de la realidad. En estos casos, los arreglos sociales y las instituciones jurídicas existentes en un determinado momento de la historia cumplen una función “amnésica”, permitiéndoles a los poderosos y a sus intelectuales olvidar las luchas, con sus victoriosos y derrotados, que subyacen a todo arreglo institucional concreto ya todo orden social.

Desde luego, estas prevenciones están en sí mismas marcadas por una preocupación crática. Las posiciones de poder de los poderosos les facilitan el acceso a los espacios que dictaminan los contenidos del “sentido común” o, dicho en los términos de Gramsci, a los espacios que crean hegemonía. En consecuencia, en la medida en que el carácter “natural” del orden y de las instituciones existentes no sea cuestionado, será más creíble, a la luz del sentido común socialmente prevaleciente, la alegación de neutralidad presentada por quien defiende las creencias –y, con ello, los intereses– de los favorecidos por el statu quo, y las posturas por ellos defendidas resultarán más intuitivas y evidentes. Quien quiera cuestionar el estado de cosas existentes debe comenzar por poner en duda su naturalidad y obviedad, recordando en cambio su politicidad.

Tras estas breves consideraciones, explicaré mi postura en detalle. Dedicaré, en primer lugar, algunas palabras a la situación constitucional actual.⁵

4 Con esto no quiero decir ni más ni menos que lo que Gramsci entendía por tal. Según Gramsci, el error más frecuente al tratar de entender qué es un intelectual consiste en el buscar lo característico de dicha función “en lo intrínseco de la actividad intelectual y no, por el contrario, en el sistema de relaciones en el que ella (o el agrupamiento que la personifica) se viene a encontrar en el conjunto generalizado de las relaciones sociales”. Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, Vol. 2, (Ediciones Era) 1981, p. 188. Como el propio Gramsci señala, todas las personas tienen capacidades intelectuales, pero no todas desempeñan funciones intelectuales. A su vez, la pregunta sobre la “organicidad” del intelectual depende de su vinculación con grupos sociales que participan efectivamente de la construcción de la historia.

5 No profundizaré en nuestra historia constitucional, particularmente en el golpismo militar que dio

Ordenaré mi exposición en torno a las deficiencias que nuestro orden constitucional presenta a la luz de los conceptos de república y de democracia. A continuación, delinearé los fundamentos teóricos de mi planteamiento, que giran en torno al poder constituyente del pueblo como piedra angular de todo orden democrático y republicano, para posteriormente plantear los mecanismos a través de los cuales dicho poder constituyente se podría manifestar y responder a algunas objeciones jurídicas o políticas que podrían presentarse.

1. Presente

La Constitución Política de la República tiene déficits en materia de democracia y republicanismo. Este problema, al que llamaremos aquí nuestra *cuestión constitucional*,⁶ solo puede ser solucionado mediante la intervención del poder constituyente.

Para comprender cabalmente la cuestión constitucional, es conveniente considerar la distinción realizada por Carl Schmitt entre el concepto absoluto de constitución y el concepto *relativo* de constitución. De acuerdo al primero, una constitución consiste en “la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”.⁷ En cambio, de acuerdo al segundo, la constitución es comprendida como “una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales”.⁸ La constitución positiva –o constitución a secas– es una *decisión*, la constitución relativa –o ley constitucional– es aquella norma que recoge dicha decisión.

La importancia del concepto positivo de constitución es que, así entendida, la constitución es la expresión de “la realidad específica inherente a la vida jurídica y contenida en la forma jurídica”.⁹

En consecuencia, el concepto relativo de constitución, que se fija en “características externas y accesorias, llamadas formales”,¹⁰ tales como la rela-

origen a la Constitución Política de la República de 1980, más de lo estrictamente necesario. Ello no porque las deficiencias históricas de nuestro constitucionalismo en materia de democracia y republicanismo sean poco importantes para la cuestión constitucional, sino precisamente por lo importantes que son. Su discusión apropiada sería materia de un libro en lugar de un ensayo.

6 Empleo esta denominación en el mismo sentido argumentativo en el que se hablaba antes de la *cuestión social*, no en el sentido técnico jurídico en que se habla de una *cuestión de constitucionalidad*.

7 Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza Editorial) 1982, p. 46.

8 *Ibíd.*, p. 37.

9 Schmitt, “Teología política I”, en *Carl Schmitt: Teólogo de la política*, (Fondo de Cultura Económica) 2004, p. 42.

10 Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 37.

tiva rigidez de la ley constitucional, debe ser juzgado por quien desee comprender “la realidad de la vida jurídica”¹¹ en relación con el concepto positivo de constitución. Esto debido a que la “decisión política del titular del poder constituyente”¹² –la constitución positiva– no se encuentra necesariamente expresada en la ley constitucional –en nuestro caso, en la así llamada Constitución Política de la República–, la cual puede formular declaraciones inspiradoras pero que no se correspondan con la realidad de la unidad política en cuestión. Lo que importa en la realidad constitucional no es el acto locutivo del redactor de la ley constitucional, sino el acto ilocutivo del poder constituyente y sus efectos perlocutivos. Esto no significa, sin embargo, que la ley constitucional carezca de valor: por el contrario, ella tiene un alto valor epistémico, pues a través del estudio sistemático de los derechos, instituciones y procedimientos establecidos en la ley constitucional misma o en las leyes ordinarias formuladas por ella es posible entender cuál es la verdadera constitución de una comunidad política.

Lo anterior es particularmente relevante a la hora de analizar la correspondencia entre aquella disposición de nuestra ley constitucional que pareciera intentar caracterizar a nuestra unidad política, por un lado, y la realidad de nuestra vida jurídica y nuestro orden político, por otro. Si hubiésemos de creer en lo que nuestro texto constitucional dice de sí mismo, habríamos de concluir que en el caso de nuestra unidad política la decisión constituyente está contenida en su artículo 4º, el cual señala que Chile es una república democrática. Sin embargo, si dejamos de lado las declaraciones altisonantes y atendemos a la substancia de las instituciones, competencias y procedimientos establecidos por nuestra ley constitucional, concluiremos que la única forma de preservar dicha denominación es a costa de cualificarla con apellidos.

Chile no es una república democrática a secas; es una república democrática “protegida”, quizás incluso “autoritaria” o “neoliberal”.¹³ Esto no es casualidad: responde a los designios de quienes redactaron la actual Constitución, quienes deseaban establecer una “nueva democracia” que fuera “autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social”.¹⁴ Estas cualificaciones o condicionamientos de nuestra pretendida república demo-

11 Schmitt, “Teología política I”, op. cit., p. 42.

12 Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 47.

13 Ruiz Tagle, Pablo y Cristi, Renato, *La República en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, (Lom) 2006, p. 130 y ss.

14 Pinochet, Augusto, *Patria y democracia*, (Editorial Andrés Bello) 1985, p. 86.

crática erosionan su condición de tal. Se evidencian en la consagración de amplias libertades negativas y derechos patrimoniales reforzados como límites a la acción colectiva redistributiva; en la concentración de potestades en manos del Presidente de la República a costa del resto del ordenamiento constitucional; en la regulación obstructiva del proceso legislativo; y en la creación de mecanismos de revisión de la conformidad de la legislación con el diseño constitucional original, particularmente a través del control preventivo y forzoso de la legislación supermayoritaria.¹⁵ En consecuencia, por sobre el artículo 4° de la Constitución, cualificándolo y condicionándolo, se encuentran los numerales 11, 12, 16, 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del artículo 19; los artículos 24 y 32; el artículo 66; y el artículo 93.¹⁶

¿Por qué es tan importante esta disonancia entre nuestra pretendida Constitución democrática y republicana, y nuestra deficitaria Constitución Política de la República? Sin duda, se trata de una cuestión *política*; esto es, una pregunta sobre las características de la comunidad a la cual pertenecemos. Y, precisamente por ello, es también una cuestión *ética*; esto es, una pregunta sobre el valor y el sentido de la vida, en este caso de la vida en común que nuestra comunidad política posibilita. Así puestas las cosas, la pregunta política es *más bien* descriptiva, mientras que la pregunta ética es más bien valorativa (cualifico en cursiva estas afirmaciones, ya que lo descriptivo y lo valorativo siempre tiende a entremezclarse). La interacción de ambas preguntas puede arrojar variadas conclusiones. Es posible concluir que vivimos en una oligarquía (el gobierno de los ricos) o en una oclocracia (el desgobierno de la muchedumbre), y es posible sustentar creencias que lleven a concluir que vale la pena vivir en una oligarquía (uno vive en la Florencia de los Médici y valora intensamente la refinada cultura que surge allí) o en una oclocracia (uno repudia tan intensamente los disvalores de la Francia de los Luises que considera que su único fin adecuado es sucumbir a manos del Terror). La pregunta que subyace, entonces, es la siguiente: ¿vale la pena vivir bajo la Constitución

15 El análisis que resumo aquí y en el que me explayaré más adelante coincide con el realizado, entre otros, por Couso, Javier y Coddou, Alberto, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Fuentes, Claudio (ed.), *En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2010, pp. 191-213.

16 No se sostiene aquí, por cierto, que la Constitución Política de la República contenga todas las decisiones que operativizan el programa político, social y económico de la Junta Militar que origina los déficits a que se alude en el texto principal. Una parte significativa de estas decisiones se encuentran en leyes preparadas por los mismos equipos jurídicos que redactaron la Constitución Política de la República y protegidas por mecanismos –quóruns supermayoritarios, sistema binominal, senadores designados hasta 2006– e instituciones –el Tribunal Constitucional– contenidos en la Constitución Política de la República.

Política de la República? Y quien diga que esta pregunta no forma parte de “los problemas reales de la gente”, (a) yerra, pues la Constitución Política de la República sí incide en la forma en que la vida social es ordenada, y, lo que es más grave, (b) demuestra no entender la especificidad ética de la vida en común (Hegel), con lo que se sitúa a sí mismo fuera de la ciudad, junto a las bestias (Aristóteles).

1.1. Chile, ¿república?

Sabemos que el artículo 4° de la Constitución Política de la República afirma que Chile es una república. ¿Guarda dicha afirmación algún correlato con la “realidad de la vida jurídica”? A fin de verificarlo, es necesario llevar a cabo una investigación conceptual e interpretativa de dicha expresión.¹⁷ ¿Cómo hemos de entender al republicanismo?

Una posible comprensión de dicha calificación consistiría en entender el republicanismo como aquella forma de organización del poder político orientada a evitar su concentración en pocas manos. A ello se refiere la noción, característica del discurso constitucional, de la división o separación de poderes o funciones. Esta organización no constituye un valor o bien en sí misma, por supuesto, sino que se presenta como conducente a la consecución de bienes ulteriores. Por esto, la comprensión “constitucionalista” del republicanismo depende de aquello que podríamos catalogar como una comprensión “filosófica” que entiende a la libertad como ausencia de arbitrariedad, y a la cual sirve la separación, equilibrio y control mutuo de los poderes públicos. Así, la dispersión del poder institucional es instrumental para la creación de un orden político en el cual no estemos sometidos al arbitrio de uno o de unos pocos. La ausencia de arbitrariedad, a su vez, involucra dos dimensiones: la ausencia de interferencia y la ausencia de dominación.¹⁸

En nuestro régimen político, la existencia misma de un sistema de normas de público conocimiento y aplicado por una burocracia profesional e independiente aseguran, desde una perspectiva estática, la vigencia de esta comprensión del republicanismo. Así, dado que vivimos en un Estado de Derecho, contamos con garantías que nos permiten saber que el gobierno no dispondrá arbitrariamente de nuestros destinos; que no interferirá arbitrariamente con

17 Estoy pensando en el rol que dentro de una teoría interpretativa tiene la pregunta sobre los contenidos específicos del principio de integridad. Véase Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, (Editorial Gedisa), 1988, p. 164 y ss.

18 Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, (Oxford University Press) 1997.

nuestra vida, propiedad, honra y derechos.¹⁹ Sin embargo, la respuesta cambia una vez que se considera nuestro orden constitucional desde una perspectiva dinámica; esto es, cuando se intenta localizar los centros de toma de decisiones, aquellos puntos a partir de los cuales pueden surgir acciones que intervengan la propia composición del orden constitucional y legal. Esto supone trasladarse de la pregunta sobre la interferencia arbitraria a la pregunta sobre la igual ciudadanía como negación de la dominación. ¿Está la capacidad de actuar distribuida homogéneamente dentro del orden político? ¿O hay algunos que son *más ciudadanos* que otros?

Es aquí donde el presidencialismo reforzado que caracteriza a la Constitución Política de la República se revela como un déficit republicano, pues concentra en manos del presidente una gran cantidad de poder a costa de otros espacios institucionales. Esto se expresa en dos ámbitos importantes de la estructura político gubernativa. Por un lado, la anómalamente amplia esfera de materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente lo convierten en la autoridad nomogenética por excelencia, el gran legislador. El Congreso, en materia de tramitación de la ley, tiene un rol secundario. Por otro, el nombramiento de intendentes y gobernadores centraliza en sus manos la conducción administrativa de todo el territorio nacional.

También la ausencia de mecanismos de participación ciudadana directa implica un déficit de republicanismo, ya que imposibilita el involucramiento cívico. Dado que solo unos pocos ciudadanos forman parte de las instituciones representativas, una república debe crear espacios para la participación activa del ciudadano en la conducción de los asuntos comunes a todos. En nuestra Constitución no existen mecanismos de iniciativa popular de ley, ni referéndums revocatorios de mandatos, ni plebiscitos como procedimientos para resolución de algunos conflictos entre autoridades, ni presupuestos locales participativos, y las medidas de descentralización y desconcentración de la gestión pública están constreñidas por el contexto del presidencialismo santiaguino. Ni siquiera pueden los ciudadanos elegir a los reemplazantes de parlamentarios que, por muerte o por renuncia, hayan cesado en el cargo; o bien son irremplazables, en el caso de los parlamentarios elegidos como independientes, o bien son reemplazados por las directivas de los partidos políticos. Y, si bien la disparidad de participación entre representados y re-

19 A menos que uno pertenezca a una minoría desaventajada cuyos derechos el proceso político trate como meros intereses. Véase, 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, 2011, pp. 9-30.

presentantes es de la esencia de un régimen representativo, esa disparidad adquiere un tinte nuevo cuando, como ocurre en nuestro sistema constitucional, la estructura de representación misma está marcada por la irrelevancia del cuerpo representativo colegiado frente al Ejecutivo.

Ahora bien, si el republicanismo consiste en la valoración del involucramiento ciudadano en los asuntos de la ciudad –la virtud cívica–, entonces también demanda el establecimiento de instituciones jurídicas y, con ellas, estructuras sociales que favorezcan el surgimiento de dicha disposición. Este razonamiento se encuentra, por ejemplo, en la justificación del derecho de propiedad que Waldron asocia con Hegel y que sostiene que “poseer propiedad contribuye inmensamente al desarrollo ético del individuo”.²⁰ Incluso más, Waldron concluye que el argumento de Hegel tiene implicancias igualitarias, puesto que no es posible argumentar “que tener propiedad es necesario para el desarrollo ético” y “permanecer indiferentes ante el predicamento moral y material de aquellos que no tienen nada”.²¹ La reforma constitucional contenida en la Ley 16.615, del 18 de enero de 1967, parecía responder a esta lógica al encomendarle al legislador hacer “accesible a todos” la propiedad, propendiendo “a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”.

Ahora bien, la existencia de un sistema social estratificado genera una preocupación adicional. Si los principales espacios de socialización –es decir, de inserción del individuo en el tejido social– y de satisfacción de necesidades básicas están entregados a la capacidad de pago individual de cada sujeto, entonces no habrá espacios comunes entre quienes más tienen y quienes menos tienen. Difícilmente podrán reconocerse como iguales en tales circunstancias. Por esto, aquello que Thomas Marshall denominara como los elementos civil, político y social de la ciudadanía pueden ser vistos como componentes que se refuerzan mutuamente; en la medida en que una sociedad se tome en serio la idea de ciudadanía, sus instituciones fluirán hacia el reconocimiento de todos ellos.²²

20 Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, (Oxford University Press) 1988, p. 3. Véase también ibíd., p. 377: “Se sostiene [en Hegel] que poseer propiedad es importante para el individuo humano porque es solo a través de poseer y controlar propiedad que puede encarnar su voluntad en objetos externos y comenzar a trascender la subjetividad de su existencia inmediata. Al trabajar en un objeto, usarlo y tener control sobre él, el individuo confiere a su voluntad una estabilidad y madurez que no serían posibles de otra manera, y le permite establecer su lugar como integrante de una comunidad de tales voluntades”.

21 Ibid., p. 4.

22 Véase Marshall, Thomas, “Citizenship and Social Class”, en Pierson, Christopher y Castles, Francis (eds.), *The Welfare State Reader*, (Polity Press) 2006, pp. 30-39.

En cambio, allí donde “la Ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan”,²³ el florecimiento de la virtud cívica y la posibilidad del reconocimiento mutuo entre distintas clases sociales como iguales, y, en consecuencia, como políticamente iguales, se ve afectada. Por esto, constituye un socavamiento del carácter republicano de nuestro orden constitucional que en él el derecho a la educación y a la salud, por ejemplo, tomen la forma de subsidios estatales para quienes no pueden acceder a los bienes ofrecidos por el mercado. Estos derechos sociales “subsidiarios” funcionan como seguros contra la crueldad del mercado y como salvaguardas contra la miseria, pero no como espacios de comunidad.

Es en la transformación de lo que podrían ser espacios de comunidad en bienes de mercado –dicho en los términos del movimiento estudiantil– donde se confirma decisivamente el carácter no republicano de nuestro orden constitucional. El hecho de que la educación que los futuros ciudadanos reciben esté determinada por la capacidad de pago y los gustos subjetivos de los padres no solo permite la reproducción de la estratificación social; también hace posible que los individuos ubicados en distintos nichos de dicha estratificación crezcan en mundos que no se cruzan.

Nuestro orden constitucional, en su organización del poder político y en el tratamiento que da a los derechos sociales, evidencia severos déficits en materia de republicanism, al menos entendido como ausencia de dominación y como ciudadanía activa. ¿Hay, entonces, algún sentido del republicanism que esté reflejado en nuestro sistema constitucional? Efectivamente, lo hay. La existencia de numerosos “jugadores con veto”, esto es, instituciones que cuentan con la posibilidad de obstaculizar cambios al ordenamiento existente,²⁴ de alguna manera corresponde al concepto de republicanism ofrecido por James Madison en *El Federalista* (N° 10). Allí Madison distingue a las repúblicas de las democracias aseverando que las primeras adoptan mecanismos institucionales que dificultan o ralentizan la acción colectiva a fin de evitar la interferencia en la vida de los ciudadanos, y particularmente de proteger la

23 France, Anatole, *The Red Lily*, (John Lane Company) 1921, p. 95.

24 Tsebelis, George, *Veto Players: How Political Institutions Work*, (Princeton University Press) 2002, p. 19: “Son jugadores con veto aquellos actores individuales o colectivos cuyo asentimiento es necesario para un cambio en el statu quo. Se sigue de ello que un cambio en el statu quo requiere una decisión unánime de todos los jugadores con veto”. Entre nosotros, el concepto ha sido utilizado para describir nuestro arreglo institucional en Verdugo, Sergio, “Las justificaciones de la regla de quórum supramayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 39, 2012, pp. 395-434.

propiedad de aquellos. En su opinión, la democracia donde la acción colectiva se despliega sin frenos ni contenciones es “incompatible con la seguridad personal o los derechos de propiedad”;²⁵ y la creación de una república con pesos, contrapesos y vetos dificultará “proyectos inapropiados y perversos” tales como la “abolición de las deudas” o la “igual división de la propiedad”.²⁶ Tal concepción del republicanismo no se sostiene en sus propios términos, pues implica transformar al republicanismo, que es una teoría sobre el interés público o general, en un instrumento al servicio de una facción; esto es, de la facción de “aquellos que tienen”.²⁷ Así surge “un derecho enteramente unilateral y, por consiguiente, parcial, clasista, destinado a proteger los intereses de un sector reducido de la sociedad y que vela casi exclusivamente por estos”.²⁸ El concepto madisoniano de republicanismo, inconsistente y por lo tanto incorrecto en sí mismo, no sirve para dar justificación, articulación y coherencia a un sistema constitucional. Sin embargo, es el único que pareciera dar forma a las especiales protecciones para las libertades negativas y los derechos de propiedad y los quórums especiales para la legislación existentes en nuestro sistema. Una república así entendida solo vale la pena si es vivida desde el lujo. En otras palabras, no vale la pena.

1.2. Chile, ¿democrático?

Así como el artículo 4° de la Constitución Política de la República afirma que Chile es una república, califica también a esta república como democrática. Tal como en el caso anterior, comprobar o descartar la veracidad de esta afirmación requiere una elaboración interpretativa de dicho concepto. Dos concepciones de la democracia emergen inmediatamente: la democracia como expresión institucional de la igualdad política, y la democracia como proyección social de un orden político igualitario. Dado que la segunda se superpone significativamente con la exigencia republicana de ciudadanía social como precondition de la ciudadanía activa, me concentraré en la primera concepción identificada, la democracia *política*.²⁹

25 Cooke, Jacob, *The Federalist. The Definitive Edition of the Historic Essays by Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, Fully Annotated and Reproduced from the Original Newspaper Texts*, (Middletown, Wesleyan University Press) 1961, p. 61.

26 *Ibíd.*, p. 65.

27 *Ibíd.*, p. 59.

28 Novoa, Eduardo, *Derecho, política y democracia: Un punto de vista de izquierda*, (Editorial Temis) 1983, p. 97.

29 Mi exposición sigue parcialmente lo expuesto por mí en Muñoz, Fernando, “La Constitución de la

La democracia como orden político implica la idea de que la comunidad valora por igual los intereses y creencias de cada uno de sus integrantes. Por ello, sus mecanismos de toma de decisiones colectivas emplean la regla de mayoría, según la cual la voluntad de todos los integrantes de la comunidad cuenta por igual. La regla de mayoría es, en efecto, un reflejo de la idea de que cada individuo merece igual consideración y respeto.³⁰ El vínculo entre este principio y la *regla de mayoría* se explicita al considerar la hipótesis contraria; esto es, que la voluntad de uno, unos pocos o incluso de unos cuantos fuera eficaz para detener o revertir las decisiones de la mayoría. En tal caso, la voluntad de aquella o aquellas personas habría pesado, por decirlo metafóricamente, más que la de la mayoría; no habría existido igualdad sino desigualdad o jerarquía.³¹

Nuestro sistema político se aparta de este paradigma y opta por fórmulas diseñadas para restringir, encauzar y limitar la expresión electoral de la voluntad popular. Tales constreñimientos están inspirados en el diagnóstico de los partidarios del régimen militar según el cual, en palabras de Jaime Guzmán, “el sistema democrático basado en la generación de las autoridades por un sufragio popular realmente libre” constituye “un ideal” cuyo “ejercicio puede entrañar un grave peligro para la subsistencia de la libertad y la seguridad, como asimismo para el avance hacia el progreso”.³² De este diagnóstico surgió un diseño institucional orientado a transformar a Chile en una *democracia protegida*.

Si bien (recientemente) han sido eliminados algunos de los enclaves autoritarios que hacían realidad este concepto, tales como la existencia de senadores designados, aún subsisten en lo electoral y legislativo mecanismos que se apartan del paradigma democrático. Por una parte, existe un diseño de distritos electorales tramposo, orientado a sobrerrepresentar geográficamente a los lugares donde la Junta Militar obtuvo un mejor resultado en el plebiscito de 1988, unido a un sistema electoral diseñado para asegurarle la mitad de la representación parlamentaria a los defensores del legado de la Junta. Por otra, hay un diseño del proceso legislativo que, a través de los quórum supermayoritarios de las leyes orgánicas constitucionales, entrega un veto a esos mismos sectores para detener cualquier modificación al legado económico,

desigualdad”, en Muñoz, Fernando (ed.), *Igualdad, inclusión y Derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (Lom) en preparación.

30 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, (Editorial Ariel) 1997.

31 Dahl, Robert, *La igualdad política*, (Fondo de Cultura Económica) 2008.

32 Guzmán, Jaime, “El sufragio universal y la nueva institucionalidad”, en *Revista Realidad*, I, 1979, p. 43.

social y político de la Junta.³³ Ese legado está así protegido mediante una serie de candados que operan distorsionando la expresión política de las mayorías.

Los elementos electorales de esta estrategia de distorsión del paradigma democrático fueron introducidos por la Junta Militar mediante una reforma a la Ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios, promulgada el 16 de mayo de 1989, tras nueve meses de tramitación. Dicho proyecto de ley resolvió dos dudas centrales que aún pendían en materia de organización política: primero, cuál sería la división geográfica del electorado para efectos de la integración de la Cámara de Diputados y el Senado; y, segundo, cuál sería el sistema electoral mediante el cual dichas autoridades serían elegidas. En ese momento, la Junta ya contaba con un indicador respecto de la tónica electoral del futuro cercano, proporcionado por los resultados del plebiscito de 1988. En otros términos, estaba jugando con las cartas marcadas.³⁴ Así las cosas, la Junta resolvió estas dos preguntas de una manera funcional a su interés por preservar su “modelo”, sobrerrepresentando a las zonas políticamente conservadoras y dificultando la traducción de las mayorías electorales en mayorías parlamentarias. Ambas iniciativas tendían a blindar políticamente el programa social, político y económico implementado durante la dictadura.

Este caso permite también visualizar el rol jugado por el Tribunal Constitucional en la preservación del modelo de democracia protegida. Por tratarse de una materia orgánica constitucional, el proyecto de ley antes señalado fue remitido al Tribunal Constitucional para su revisión. En ese contexto, los profesores universitarios Carlos Geywitz, Francisco Cumplido, Humberto Nogueira, Jorge Precht, Germán Urzúa y Mario Verdugo hicieron llegar al Tribunal, con fecha 18 de agosto de 1989, una presentación en la que sostenían que la organización de los distritos electorales infringía los artículos 1, 4, 5, 6, 15, 19 N° 2, y 19 N° 26 del texto constitucional. “Las disposiciones así recordadas,” escribieron, “constituyen la base esencial del ejercicio de la soberanía en una República democrática y el carácter igualitario del sufragio, se ve como una de las expresiones más capitales de aquel deber del Estado y todos sus órganos que se consagra en las Bases de la Institucionalidad”, consistente en “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en

33 Me he referido anteriormente a esto en Muñoz, Fernando, “Leyes orgánico-constitucionales: Insatisfactoria rigidización de la democracia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Vol. 12, 2006, pp. 115-129.

34 Véase Geisse, Francisco y Ramírez, José Antonio, *La reforma constitucional*, (Ediciones ChileAmérica CESOC) 1989, pp. 84-87.

la vida nacional”. En contraste con ello, y analizando los distritos electorales diseñados por el legislador –esto es, por la Junta Militar–, los peticionarios observaron que “la diferencia del valor del sufragio de un distrito electoral a otro en el proyecto de ley en examen varía de 1 a 5,58, vale decir, un 558%”.

Con fecha 12 de mayo de 1989, en su sentencia Rol N° 67, el Tribunal Constitucional emitió su pronunciamiento respecto a la constitucionalidad del proyecto de ley de la Junta Militar. El Tribunal resumió la petición antes reseñada de la siguiente manera: “el fundamento esencial de la objeción consiste en que no solo no hay igualdad, sino tangibles diferencias en su conformación, lo que implicaría la infracción de aquellos preceptos de la Carta que tratan de la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, la igualdad ante la ley, el sufragio igualitario”. La respuesta del Tribunal fue sostener que dicho reparo de constitucionalidad “carece de todo fundamento, ya que el constituyente entregó al legislador de la ley orgánica constitucional respectiva la determinación de los distritos electorales”. En opinión del Tribunal, la Constitución dejó “amplia facultad al legislador para determinar los distritos electorales” y no le fijó “criterios o pautas”, disponiendo el legislador de “libertad para considerar factores de carácter geográfico, territorial, poblacional, socioeconómicos, estratégicos, etc.” El Tribunal, convenientemente, hizo caso omiso de los “criterios o pautas” explícitamente contenidos en los artículos 1°, 4°, y 15 de la Constitución, que proclaman sin ambigüedades la igualdad política y la concretizan en el sufragio igualitario.

2. Futuro

Las falencias y déficits de la Constitución Política de la República antes mencionados son absolutamente esperables considerando el contexto en que fue redactada. “Lójico es, i mui lójico”, concluía Bello, “que un déspota, en la constitución que otorga, sacrifique los intereses de la libertad a su engrandecimiento personal i el de su familia. Lójico es que donde es corto el número de los hombres que piensan, el pensamiento que dirige i organiza esté reducido a una esfera estrechísima”.³⁵ La pregunta, más bien, es cómo salir de este predicamento. ¿Qué caminos hay para resolver nuestra cuestión constitucional?

Patricio Aylwin formuló una pregunta similar en un importante seminario realizado en 1984 entre personalidades de diversos sectores del arco político, cuya temática era la discusión sobre “una salida político constitucional

35 Bello, Andrés, “Constituciones”, en *Opúsculos literarios i críticos, publicados en diversos periódicos desde el año de 1834 hasta 1849*, (B.I.M. Editores) 1850, p. 165.

para Chile”. Su respuesta fue simple: “lo primero es dejar de mano (sic) la famosa disputa sobre la “legitimidad” del régimen y de su Constitución”,³⁶ controversia que Aylwin calificó como “insuperable, porque se plantea como cuestión de principios, que compromete la conciencia y el honor de unos y otros, motivo por el cual nadie está dispuesto a ceder”.³⁷ Por supuesto, los términos empleados por Aylwin no recogían con toda claridad el contexto de aquella discusión: el asunto no era de principios, esto es, de razones imparciales abiertas por su propia naturaleza al escrutinio y la discusión, sino de *poder*; más específicamente, de *poder militar*. La Junta –a diferencia de la oposición– lo tenía y demostró en todo momento estar dispuesta a emplearlo sin remilgos.³⁸

Sea como sea, la solución planteada por Aylwin contenía el germen de un programa político: “eludir deliberadamente el tema de la legitimidad”, a fin de llegar “a un texto constitucional que sea aceptable para oficialistas y disidentes”.³⁹ El problema fue que dicho proceso, cuando se dio, siguió marcado por el problema de la desigual capacidad para desatar violencia. Esa circunstancia imposibilitó en todo momento la realización de un *diálogo* propiamente tal; lo que hubo fue *negociación*, esto es, transacciones determinadas por la correlación de fuerzas entre las partes negociantes. Por un lado, tras el plebiscito de 1988, Aylwin tenía la certeza de transformarse en el próximo Presidente; por el otro, Pinochet tenía de su lado la legalidad constitucional, el apoyo de un sector político y, hasta bastante entrados los noventa, las armas. No es casualidad, entonces, que los cientistas políticos Juan Linz y Alfred Stepan concluyan en su estudio sobre los problemas de las transiciones y consolidaciones democráticas que “[p]olíticamente, la democracia en Chile comenzó bajo circunstancias constitucionales más restringidas que en el caso de cualquiera de los países de Sudamérica o de Europa del Sur que hayamos estudiado”.⁴⁰

A partir del 11 de marzo de 1990, ocurre un fenómeno fascinante. Por una parte, la sombra del poder de Pinochet va paulatinamente encogiéndose y

36 Por todos Aylwin, Patricio, *Una salida político constitucional para Chile*, (Instituto Chileno de Estudios Humanísticos) 1985, p. 147.

37 *Ibíd.*, p. 148.

38 Incluso en esas circunstancias, Aylwin expresó su creencia de que “la generación de una asamblea constituyente, por sufragio universal, libre, secreto e informado, es el mejor procedimiento para elaborar una constitución democrática”. *Ibíd.*, p. 149.

39 *Ibíd.*

40 Linz, Juan y Stepan, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, (The John Hopkins University Press) 1996, p. 211.

esfumándose, hasta quedar transformada en la figura retorcida y vergonzosa que es hoy incluso para la derecha. Por otra, la legalidad constitucional, desechado deliberadamente por Aylwin el cuestionamiento a su legitimidad, va ganando arraigo al calor de una de las fuerzas más irresistibles de la política: la normalidad. Solo las protestas estudiantiles en 2006 y 2011 logran apuntar con el dedo, primero, a una de sus hijas bastardas, la famosa y tan vilipendiada LOCE y, después, al propio huevo de la serpiente: la Constitución Política de la República. Y es así como resurge la cuestión constitucional: ¿debe la generación actual obedecer las decisiones tomadas por las generaciones anteriores? Si los hombres de la transición continúan “transiciendo”, como se decía en *Plan Z*, ¿debe la generación actual seguirlos, emprendiendo una marcha de tres mil trescientos millones de años de transición?

La respuesta, como un asunto de principios—discutible, pero no transable—, es *no*. En este caso, sí que se trata de un asunto de principios, pues lo que está en juego es precisamente el principio sobre el cual reposa la idea misma de república democrática: el principio de soberanía popular y, con él, la idea de poder constituyente del pueblo. Como dijera Thomas Jefferson, “el principio de que la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos es de la más extensiva aplicación y consecuencias en todos los países”.⁴¹ O, como dijera Fray Camilo Henríquez, “[e]l pueblo tiene siempre derecho de rever y reformar su Constitución. Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras”.⁴²

2.1. El poder constituyente, no constituido, del pueblo

En algún momento me pareció que el camino para reemplazar el actual texto constitucional por uno nuevo implicaba reformar el capítulo XV de la Constitución Política de la República para incluir allí la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente. Sin embargo, he llegado a la conclusión de que, a la luz de los presupuestos conceptuales del constitucionalismo moderno, yo estaba equivocado.

Mi error surgía del olvido —si no teórico, al menos práctico— de la teoría del poder constituyente del pueblo; un olvido muy explicable, dada su postergación histórica entre nosotros.⁴³ La distinción fundamental de dicha teoría es

41 Jefferson, Thomas, *The Declaration of Independence*, (Verso) 2007, p. 57.

42 Henríquez, Camilo, “Catecismo de los patriotas”, en *Antología*, (Editorial Andrés Bello) 1970, p. 204.

43 Véase Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente*, (Lom) 2011.

aquella entre *poder constituyente*, del cual es titular el pueblo,⁴⁴ y *poder constituido*, detentado por “las autoridades que esta Constitución establece”, al decir del artículo 5° de nuestra ley constitucional.

La praxis chilena ha oscurecido esta distinción, destacando aquella entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Esta distinción permite recobrar un cierto sentido de la dignidad a un pueblo que nunca ha ejercido directamente el poder constituyente *originario* y que, al menos, siente que, al haber sido ejercido a *través de sus representantes* el poder constituyente derivado, ha sido reivindicado. El concepto de poder constituyente derivado, sin embargo, resulta contradictorio, pues un poder constituyente que es ejercido de acuerdo a parámetros predeterminados no constituye nada; ya está constituido.

El poder constituyente del pueblo es la fuente de la legalidad allí donde el pueblo es soberano; por lo tanto, está por sobre toda normación y condicionamiento. Su ejercicio no requiere de habilitaciones legales, las cuales, por definición, lo reducirían a un tipo de poder constituido. En palabras de Emmanuel Joseph Sieyès, “[s]ería ridículo suponer que la nación estuviera sujeta a sí misma por las formalidades o por la Constitución a que ha sometido a sus mandatarios”.⁴⁵ La misma caracterización sigue hoy en pie; como señala Ernst-Wolfgang Böckenförde, “[c]omo *pouvoir constituant* que precede a la Constitución jurídica, el poder constituyente del pueblo no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse, precisamente como magnitud política”.⁴⁶ Por ello, basta con la voluntad mayoritaria del pueblo para acabar con la vigencia de la ley constitucional que nos rige. Como agrega Böckenförde, “[s]i el poder constituyente del pueblo tiene por sí mismo la fuerza de legitimar la Constitución jurídica –y se puede apelar a él para ello–, entonces hay que reconocer que tiene también la fuerza de cancelar esta legitimación, ya sea por completo y de forma abrupta (eliminación de la Constitución), ya sea por partes y sucesivamente (vaciamiento de la Constitución)”.⁴⁷

44 Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 234: “El pueblo es, en la democracia, sujeto del poder constituyente”.

45 Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, (Alianza Editorial) 2008, pp. 144-145.

46 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, (Trotta) 2000, p. 167.

47 *Ibid.*, p. 169.

No es posible insistir demasiado en que la teoría del poder constituyente es una teoría sobre el poder *constituyente* del pueblo, no sobre el poder *constituido* del pueblo, ni mucho menos sobre el poder constituyente de los *representantes* del pueblo. Por ello, el pueblo no necesita seguir las prescripciones contenidas en la ley constitucional vigente para formular su voluntad constituyente, ni tampoco necesita preguntar a sus representantes si les parece o no dar inicio a un proceso constituyente. El pueblo detenta el derecho colectivo, de carácter inalienable en todo régimen que declare estar sustentado en la soberanía popular, a darse una constitución. La ley constitucional podría explícitamente negar esa posibilidad, pero dicha declaración carecería absolutamente de legitimidad frente a la magnitud de la cual precisamente deriva su legitimidad el orden constitucional; esto es, frente a la voluntad constituyente del pueblo.

Reformar el Capítulo XV de la Constitución Política de la República para convocar a una asamblea constituyente del pueblo implica concentrar la atención en los representantes del pueblo, en sus acciones y sus opiniones, así como en sus correlaciones de poder, las que están determinadas por desigualdades históricas de acceso a financiamiento electoral, por el diseño electoral de la dictadura, y por las victorias y derrotas del ciclo político vivido bajo instituciones antidemocráticas. Sería “ridículo”, como dijera Sieyès, plantear que una decisión de la envergadura de la activación del poder constituyente del pueblo hubiese de depender, por ejemplo, de cuánto dinero más que sus competidores gastó en su campaña un senador en ejercicio.

A su vez, negar la legitimidad del poder constituyente –no constituido– del pueblo, ya sea en abstracto o en el caso concreto del aquí y ahora, equivale o bien a negar el carácter democrático de la unidad política en cuestión o a cometer el máximo acto de sedición contra el soberano: negar su existencia misma. Quien sostenga que, ante los actuales cuestionamientos a la Constitución Política de la República lo que hay que hacer es reformarla de acuerdo a los procedimientos por ella previstos, está negando en términos prácticos la forma democrática y republicana de nuestra unidad política.

2.2. ¿Cómo consultar la voluntad constituyente del pueblo?

Schmitt sostenía que “[e]l *pueblo* manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política”.⁴⁸ Esta afirmación fija en amplios términos el horizonte de posibili-

⁴⁸ Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 99.

dades de expresión para el poder constituyente. Pero en la praxis constituyente emergerá inevitablemente esta pregunta: ¿cómo activar en el aquí y ahora del caso concreto el ejercicio del poder constituyente?

Sostengo que la forma más indicada para ello en Chile hoy es que el Presidente o el Congreso Nacional realicen una convocatoria a un plebiscito, donde la ciudadanía responda afirmativa o negativamente a la siguiente pregunta: “¿Desea usted que se realice una Asamblea Constituyente para dictar una nueva Constitución Política de la República?”. Así, la voluntad popular equivaldría al resultado de dicho plebiscito.

Mi planteamiento de que sea el Congreso Nacional o el Presidente quienes tomen la iniciativa de consultar la voluntad popular podría despertar suspicacias o, derechamente, oposición. Intentaré explicar, en primer lugar, porque creo que es *conveniente* que alguno de estos órganos formule la convocatoria a plebiscito para, a continuación, explicar porqué dicha intervención sería *legítima*.

En primer lugar, analizaré la conveniencia de que alguno de los órganos políticos realice la convocatoria. Planteo en estos términos la cuestión porque el fundamento último de mi propuesta en esta materia no se encuentra en el plano de los principios, sino en el de la eficiencia. En efecto, el pueblo, un colectivo compuesto por un altísimo número de individuos dispersos a lo largo del territorio nacional, enfrenta numerosos problemas de acción colectiva, incluyendo altísimos costos de organización y la indefinición de su agenda. Como observara Schmitt, el hecho de que el pueblo no sea “una instancia firme, organizada”,⁴⁹ se traduce tanto en una fortaleza como en una debilidad: por un lado, “es superior a toda formalidad y normación”,⁵⁰ por lo que de hecho sirve como fundamento a estas; por el otro, el pueblo se ve en la necesidad de “decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo”.⁵¹ “Por eso”, explica, “*pueden desconocerse, interpretarse mal o falsearse con facilidad sus manifestaciones de voluntad*”.⁵² A este respecto, cabe agregar que una consulta plebiscitaria redactada en los términos que he propuesto más arriba tendría la ventaja de reducir las posibilidades de malinterpretación o tergiversación de la voluntad popular que existen cuando son los propios órganos políticos –como en 1831 y 1925– o algún grupo más reducido actuando mediante vías de hecho –como en 1973– quienes toman la decisión, *en nombre*

49 Ibid., p. 99.

50 Ibid., p. 100.

51 Ibid.

52 Ibid. Énfasis agregado.

del pueblo, de iniciar un proceso constituyente. Una convocatoria a plebiscito transformaría la cuestión constitucional en un asunto de discusión pública, y permitiría que todos los chilenos se involucraran en la decisión sobre el futuro de nuestra comunidad política.

A mi juicio, entonces, sería altamente conveniente que alguno de estos dos órganos políticos formulara al pueblo la pregunta sobre su voluntad constitucional mediante una convocatoria a plebiscito, pues de esta forma podrían solucionarse exitosamente los problemas de acción colectiva que enfrenta el pueblo por sí mismo. Como diría Álvaro D’Ors, *pregunta el que puede; responde el que sabe*.⁵³ En este caso, los órganos políticos están en una situación de posibilidad fáctica, mientras que el pueblo está en una situación de saber político, no epistémico; su autoridad para responder, más que estar fundada en la auctoritas, lo está en su *maiestas*.

Abordaremos ahora la *legitimidad* de la intervención de los órganos políticos. ¿No estarían el Presidente o el Congreso Nacional violando la Constitución Política de la República al realizar dicha convocatoria a plebiscito? Pues, si bien la Constitución Política de la República dice que el ejercicio de la soberanía “se realiza por el pueblo a través del plebiscito” (artículo 5°), también señala que “[s]olo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución” (artículo 15, inciso 2°). Y, en términos de la propia teoría del poder constituyente, si bien es cierto que el pueblo es el poder constituyente, no es menos cierto que el Presidente y el Congreso son poderes constituidos. En palabras de Sieyès, “[e]l gobierno solo ejerce un poder real porque es constitucional; solo es legal porque es fiel a las leyes que le han sido impuestas”.⁵⁴

En efecto, de convocar el Presidente o el Congreso Nacional un plebiscito estarían actuando al margen de la Constitución Política de la República, esto es, al margen de nuestra ley constitucional. Sin embargo, *no estarían violando la Constitución, la cual no consiste en aquel texto conocido como Constitución Política de la República sino en la decisión de depositar en manos del pueblo la titularidad del poder constituyente*. Al convocar al pueblo para pronunciarse directamente sobre la cuestión constitucional, *el Presidente o el Congreso Nacional estarían cumpliendo la Constitución*. Por supuesto, en este caso, los poderes constituidos –el Presidente y el Congreso Nacional– no estarían ejerciendo potestades propias, esto

53 Domingo, Rafael, *Teoría de la “auctoritas”*, (Eunsa) 1987, p. 17.

54 Sieyès, op. cit., p. 145.

es, potestades que le hayan sido conferidas por la Constitución Política de la República, sino sirviendo de verdaderos ayudas de cámara del soberano.⁵⁵ Por esto, su actuar tendría una legitimidad derivada de la legitimidad misma del pueblo. Ello por cuanto la ley simple o decreto supremo que convocara al pueblo a pronunciarse sobre la cuestión constitucional constituiría un acto preparatorio de la manifestación del poder constituyente, formando un todo indivisible con esta.

Por cierto, de convocar a un plebiscito en el que el pueblo se pronunciara afirmativa o negativamente sobre el ejercicio del poder constituyente, el Presidente y el Congreso Nacional no estarían ejerciendo más atribuciones que las que ejercieron sus antecesores.

En los orígenes de la Constitución de 1833 se encuentra una ley simple presentada por un senador que activó el ejercicio del poder constituyente originario. Así, el 8 de junio de 1831 el Senador Manuel José Gandarillas Guzmán presentó en dicha cámara una moción con un proyecto de ley orientado a convocar una Convención que modificara a la Constitución Política de la República de 1828, *contra texto expreso de la misma*, que proveía expresamente que dicha Convención sería convocada en 1836. Ello no impidió que ambas cámaras discutieran el proyecto de ley del Senador Gandarillas y finalmente lo aprobaran, ni tampoco que el Presidente de la República lo promulgara el 1 de octubre del mismo año. Fue en virtud de esta ley que la Gran Convención discutió y finalmente aprobó el texto constitucional promulgado por el Presidente el 25 de mayo de 1833.

A su vez, en los orígenes de la Constitución de 1925 hay un decreto supremo dictado por el Presidente de la República, que activó el ejercicio del poder constituyente originario. En efecto, Arturo Alessandri tampoco consultó las atribuciones que el texto constitucional vigente le ofrecía; sencillamente dictó el decreto supremo N° 1.422, del 7 de abril de 1925, designando a los integrantes de una comisión consultiva encargada de informar al gobierno sobre la organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente –cuerpo que el propio Alessandri posteriormente rechazó convocar, una vez que estuvo redactado un texto constitucional a su gusto–, decreto que complementó con otros de 22 de abril, 17 de julio, y 23 de julio del mismo año, agregando nuevos integrantes a dicha comisión consultiva.⁵⁶

55 “Según el diccionario de la Academia, ayuda de cámara del rey es ‘el criado que sirve en la cámara de S.M. para ayudarle á vestirse y otros usos’”. Arrazola, Lorenzo, (Por todos), *Enciclopedia Española de Derecho y Administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias*, Tomo VII, (Imprenta de Díaz y Compañía), 1853, voz “Cámara (ayuda de)”.

56 Por cierto, tampoco detuvo a Pinochet y sus secuaces en la sedición del 11 de septiembre de 1973 que el texto de la Constitución Política del Estado estableciera en su artículo 23 que toda decisión

El argumento de Gandarillas no era *jurídico*, esto es, un argumento sobre los poderes constituidos del Congreso; fue un argumento *constituyente*, consistente en que “[l]a nación entera ha manifestado su voluntad de que se reforme el Código Constitucional”.⁵⁷ Lo mismo ocurrió con Alessandri, quien tampoco invocó sus potestades expresas, sino que afirmó que “hay necesidad imprescindible de consultar las distintas corrientes en que se divide la opinión del país, para organizar, de acuerdo con ellas, una Asamblea Nacional Constituyente”.⁵⁸

Sería interesante complementar este punto con la observación de una discusión similar en el contexto norteamericano. Bruce Ackerman y Neal Katyal han observado que la Constitución de 1787 surgió de un acto de ruptura con el orden constitucional previo, contenido en los “Artículos de Federación” de 1777, que establecían que su reforma requeriría del acuerdo del Congreso de los Estados Unidos y de las legislaturas de todos y cada uno de los Estados. La Convención de Filadelfia, sin embargo, elaboró un nuevo texto, la Constitución actualmente vigente, señalando que la ratificación de tan solo nueve estados bastaría para su entrada en vigencia.

La pregunta que Ackerman y Katyal se plantean ante ello, y que responden latamente en su artículo, es la siguiente: “¿cómo lograron los Padres Fundadores ganar aceptación para su pretensión de hablar en nombre del Pueblo al mismo tiempo que trasgredían las reglas del juego?”.⁵⁹ Su respuesta consiste en un análisis detallado de los argumentos (políticos) y las acciones (políticas) desplegadas en el marco del proceso de ratificación de la Constitución de 1787. La conclusión central de Ackerman y Katyal es que las acciones de los Federalistas, esto es, de los partidarios de la ratificación de la Constitución de 1787, “crearon patrones de argumentación y acción que quedarían disponibles para las futuras generaciones de norteamericanos mientras confrontaban las más graves crisis en la historia de la República. En respuesta a la Guerra Civil y la Gran Depresión, los Republicanos de la era de la Reconstrucción y los Demócratas de la

política acordada “a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada” que desobedeciere a las autoridades “es nula de derecho y no puede producir efecto alguno”. Y, ante el tenor de esta disposición, es imposible no preguntarse: ¿estaría de acuerdo Eduardo Soto Kloss en declarar la imprescriptibilidad, la insaneabilidad y la plena operatividad *ipso iure* de la nulidad de derecho público de la Constitución Política de la República de 1980?

57 Letelier, Valentín, *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile, 1811 a 1845*, Tomo 19, (Imprenta Cervantes) 1898, p. 90.

58 Ministerio del Interior, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, p. 727.

59 Ackerman, Bruce y Katyal, Neal, “Our Unconventional Founding”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, pp. 476-477.

era del *New Deal* se encontraron una y otra vez reviviendo y transformando el precedente federalista: rompiendo con el sistema establecido de reforma constitucional, pero adaptando democráticamente instituciones preexistentes para ganar un mandato del pueblo”.⁶⁰

Este argumento, como se ve, apela a la existencia de una praxis constituyente dentro de una tradición constitucional: la norteamericana. Esto resulta particularmente interesante para el caso actualmente en discusión, pues lo que sostengo aquí, al citar los ejemplos de Gandarillas y Alessandri, es que existen en nuestra tradición constitucional dos importantes precedentes para la activación del poder constituyente originario a través de leyes simples y decretos. Lo innovador, de ser invocado este precedente hoy, es que –al menos en mi propuesta–, dicho ejercicio sería realizado incorporando directamente a la ciudadanía en tres etapas: primero, a través de un plebiscito; después, mediante la elección de diputados constituyentes; y, finalmente, en el momento de ratificación de la nueva Constitución.

El Presidente o el Congreso, entonces, no estarían ejerciendo ninguna atribución ajena a nuestra tradición constitucional al convocar a un plebiscito para resolver sobre la realización de una Asamblea Constituyente. Incluso más, estarían actuando con más legitimidad que la que caracterizó a sus antecesores, quienes no convocaron al pueblo a expresar directamente su asentimiento sobre la activación del poder constituyente originario, ni tampoco lo hicieron participar en la conformación del órgano encargado de la preparación de la nueva ley constitucional. En consecuencia, si estamos dispuestos a reconocerle *validez* a las leyes constitucionales de 1833 y 1925 –y qué decir a la de 1980–, entonces debemos reconocer *legitimidad* a una eventual convocatoria a plebiscito por el Presidente o el Congreso Nacional.

2.3. La no justiciabilidad de la decisión constituyente

Nuestra propuesta podría enfrentarse a un obstáculo: que el Tribunal Constitucional interviniera declarando inconstitucional la convocatoria a plebiscito iniciada por el Congreso Nacional o el Presidente. Tal acción nos sacaría del plano de la legitimidad, en el que he estado argumentando, y nos regresaría al de la legalidad, condenando la convocatoria al fracaso.

Esta posibilidad ya ha sido considerada por Fernando Atria. Discutiendo el evidente bloqueo que representa el doble candado del sistema binominal

60 Ibid., p. 478.

y las leyes orgánicas constitucionales, y que permite que “todavía 20 años después, el sistema educacional (y el laboral, y el tributario, y el de salud, etc.) responda a la voluntad de la dictadura y no del pueblo”,⁶¹ Atria ha planteado como solución la realización de un plebiscito convocado por el Presidente con el apoyo de la mayoría de los miembros de ambas cámaras. Dado que la competencia de declarar inconstitucional una convocatoria a plebiscito radica en el Tribunal Constitucional exclusivamente a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, si la mayoría de los parlamentarios apoya la convocatoria, “ni la Cámara ni el Senado podrán requerir la intervención del tribunal, y por consiguiente nadie podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria”.⁶²

Me parece que la argumentación procedimental de Atria resulta innecesaria, puesto que existen razones substantivas que impedirían la intervención del Tribunal Constitucional. Ellas giran en torno a la premisa central del sistema de gobierno que la Constitución Política de la República dice establecer: la soberanía del pueblo, titular del poder constituyente. Como se ha recordado, el poder constituyente del pueblo no admite circunstancias ni condiciones de ningún cuerpo instituido o poder del Estado y menos de un órgano esencialmente llamado a escuchar la voz constituyente del pueblo a fin de hacerla cumplir, esto es, el Tribunal Constitucional.

Por esta razón, órganos jurisdiccionales donde se discuten conflictos de constitucionalidad han reconocido que hay materias donde su jurisdicción cesa en razón de la radical politicidad de las disputas en cuestión. En Estados Unidos, por ejemplo, esto ha sido denominado como la *doctrina de la cuestión política* (“political question doctrine”), la que califica a los conflictos que ella identifica como no justiciables. La Corte Suprema ha señalado que entre las circunstancias que permiten caracterizar a un asunto como tal se encuentra “la inusual necesidad de una adhesión sin reservas a una decisión política ya hecha”.⁶³ Pues bien, ninguna decisión política reviste tal condición de manera más intensa que la decisión constituyente. Por ello, esta no es justiciable ante un órgano jurisdiccional, no justiciabilidad que se extiende a cada uno de sus elementos integrantes.

La doctrina de la cuestión política no es una teoría foránea, sino que ha

61 Atria, Fernando, *La mala educación*, (Catalonia) 2012, p. 30.

62 *Ibid.*, p. 30.

63 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217: “an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made”.

sido aceptada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en causa Rol N° 46, del 21 de diciembre de 1987. En dicha sentencia, a petición del Ministerio del Interior, el Tribunal Constitucional aplicó a Clodomiro Almeyda las sanciones previstas por el antiguo artículo 8° de la Constitución Política de la República. Esta disposición, recordemos, declaraba como “contrario al ordenamiento institucional de la República” todo “acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas” que propugnaran “una concepción de la sociedad” “fundada en la lucha de clases”, contemplando para el sancionado, entre otros castigos, la privación del derecho “a optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal” y de ser “dirigentes de organizaciones políticas”. Las sanciones a Almeyda fueron dejadas sin efecto mediante sentencia Rol N° 113, del 14 de agosto de 1990, por haber sido derogado el artículo 8° por la Ley de Reforma Constitucional 18.825. Sin embargo, el núcleo argumental allí contenido en materia de no justiciabilidad de la decisión que da origen a una Constitución, mantiene su vigencia al estar sustentado en la distinción clásica entre poder constituyente y poder constituido. Debido a la relevancia de dicha argumentación para estos efectos, transcribiré a continuación el texto de la sentencia en lo que atañe a esta materia:

- 31) Que se afirma, en seguida, por el requerido, que el artículo 8°, “no solamente es ilegítimo en sí mismo y por ello ineficaz, sino también porque está inserto en un cuerpo de normas ilegítimas por su origen”. Se argumenta al efecto que el pueblo no tuvo participación en la elaboración del texto de la Constitución Política, que no hubo en el acto plebiscitario alternativa al texto aprobado por la Junta de Gobierno y, en fin, “que el procedimiento del llamado plebiscito no reunió las mínimas garantías para hacer confiable el resultado oficialmente anunciado”. A lo anterior, se agrega que, además, la Constitución de 1980 adolecería de ilegitimidad substancial “porque niega la democracia y desconoce los derechos humanos” y “por la gestión que ha hecho de los negocios públicos el régimen actual”, lo que se demostraría especialmente con la implantación del actual modelo económico, con la actitud asumida en materia de derechos humanos y con el estado actual de las relaciones exteriores de Chile.
- 32) Que, como puede apreciarse, el requerido plantea la ilegitimidad e ineficacia del artículo 8° de la Carta Fundamental por formar parte de la Constitución Política de 1980, a la cual le imputa una ilegítimi-

dad de origen, por una parte, y por la otra una ilegitimidad substancial derivada de su contenido y “de la gestión de Gobierno realizada por el régimen actual”.

33) Que este Tribunal carece absolutamente de jurisdicción para entrar a pronunciarse sobre la legitimidad de la Constitución de 1980, ya sea que tal ilegitimidad se apoye en su origen y contenido, ya sea que ella se haga derivar de la gestión realizada por el actual régimen.

34) Que, en efecto, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A este se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a esta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana Segundo, Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional, 2a. Edic. Tomo 3, pág. 201). De esta manera el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental.

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce.

35) Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las competencias establecidas en la Constitución de 1925.

36) Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y, lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario.

Como se ve, el interés de esta sentencia para esta materia es doble, puesto que Almeyda cuestiona la legitimidad y eficacia de la Constitución Política de la República con los mismos argumentos aquí expuestos. Es probable que los integrantes del Tribunal Constitucional hayan estado subjetivamente satisfechos con la existencia de la Constitución Política de la República.⁶⁴ Sin perjuicio de ello, la respuesta que entregaron fue adecuada: no puede un poder constituido juzgar al poder constituyente. Solo al titular de dicho poder le es posible reconsiderar y revocar las decisiones constituyentes pasadas. Así, si en algún momento llega a discutirse la justiciabilidad de una convocatoria a plebiscito al margen de la Constitución Política de la República, la memoria de Clodomiro Almeyda será reivindicada de una forma paradójica: la propia sentencia que lo sancionó servirá para dejar fuera de la discusión al Tribunal Constitucional.⁶⁵

3. La Asamblea Constituyente

Las mismas características que dificultan la acción colectiva del pueblo hacen necesaria la conformación de un órgano que traduzca su voluntad en disposiciones constitucionales. Así lo observaba Sieyès, señalando que “[p]uesto que una gran nación no puede reunirse en realidad cada vez que pudieran exigirlo las circunstancias fuera de lo común, necesita confiar a unos representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones”.⁶⁶

64 El Tribunal estaba en ese momento presidido por José María Eyzaguirre Echeverría e integrado por Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi Izquierdo, Luis Maldonado Boggiano, Marcos Aburto Ochoa y Eduardo Urzúa Merino. Las simpatías de Eyzaguirre, Ortúzar y Philippi por la Junta Militar son conocidas de sobra, así como el rol de Valenzuela en desmantelar desde el Tribunal algunas de las iniciativas de la Junta Militar.

65 El mismo argumento valdría frente a la Contraloría General de la República, que podría rechazar la toma de razón de los decretos que operativizaran la convocatoria a plebiscito y la organización de la Asamblea Constituyente. La Contraloría, tal como el Tribunal Constitucional, no puede intentar “situarse por sobre el Poder Constituyente originario” cuando aquel ha entrado en funcionamiento. Intentar someter a condiciones al poder constituyente en formación sería un acto de sedición por parte de cualquiera de estos órganos, pues estarían arrogándose la representación del pueblo—la custodia de instituciones hechas en nombre del pueblo—en circunstancias que el pueblo está en vías de expresarse por sí mismo.

De más está decir que lo mismo aplica respecto a las Fuerzas Armadas y de Orden, pese a las pretensiones pretorianas de erigirlas en “garantes de la institucionalidad”, articuladas por Jaime Guzmán durante la Unidad Popular y, a instancias de la Junta Militar, recogidas hasta el 2005 en la Constitución Política de la República. Solo en una tiranía militar, jamás en un régimen constitucional y menos aun en una república democrática, pueden las Fuerzas Armadas pretender intervenir en las decisiones del poder constituyente del pueblo. Sobre el pretorianismo de Jaime Guzmán, véase Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: Una biografía intelectual*, (Lom) 2011, pp. 203-230. Sobre el concepto de tiranía, véase Atria, “Sobre la soberanía y lo político”, en *Derecho y Humanidades*, Vol. 12, 2006, pp. 60-67.

66 Sieyès, op. cit., p. 148.

Dichos representantes han de ser *extraordinarios*, particularmente en el contexto actual. Tanto por razones de principio –el pueblo ha de iniciar directamente el proceso constituyente– como de conveniencia –el Congreso Nacional está cuestionado, y dicho cuestionamiento pareciera tener mucho que ver con su estructura binominal–, el Congreso Nacional no puede servir como espacio de elaboración de una nueva propuesta constitucional. Mucho más conveniente es que dicha propuesta surja de un cuerpo elegido explícitamente con ese propósito, mediante reglas electorales que no estén afectadas por las distorsiones introducidas por la Junta Militar. Por esto, sostengo que nuestra nueva Constitución Política de la República tendría que ser generada mediante un procedimiento democrático y participativo.

Que dicho procedimiento sea democrático significa que la nueva Constitución debe ser redactada por una Asamblea Constituyente conformada por diputados constituyentes elegidos por cada circunscripción de manera proporcional al número de electores que allí residan. Como vimos, el gran problema con la distribución de diputados hecha por la dictadura en 1989 es que entrega el mismo número de diputados y senadores a circunscripciones y distritos que tienen significativas diferencias en cuanto al tamaño de su población. Por esto, me parece que es posible, para efectos de la elección de diputados constituyentes, emplear el diseño actual de distritos, pero asignándole a cada uno de ellos una cantidad de diputados constituyentes en función de su número de habitantes. Me parece que sería razonable que hubiese un diputado constituyente cada 50.000 habitantes o una fracción superior a 25.000, lo que resultaría en una asamblea compuesta por unos 340 diputados.⁶⁷ Así, por ejemplo, el distrito 59⁶⁸ tendría dos diputados constituyentes; el distrito 11,⁶⁹ cinco diputados constituyentes; y el distrito 29,⁷⁰ 14.⁷¹ Adicionalmente, el sistema debiera ser mayoritario y sin listas, a fin de colocar en una situación objetiva de igualdad a todos los candidatos, resultando en cada distrito electas las primeras mayorías.

67 Me parece preferible esta solución a la de asignar diputados en función de la cantidad de electores que efectivamente acudan a la votación. Es, además, la que nuestro constitucionalismo empleó históricamente hasta 1973.

68 Compuesto por las comunas de Coihaique, Lago Verde, Aisén, Cisnes, Guaitecas, Chile Chico, Río Ibáñez, Cochrane, O'Higgins y Tortel.

69 Compuesto por las comunas de Los Andes, San Esteban, Calle Larga, Rinconada, San Felipe, Putaendo, Santa María, Panquehue, Llaillay y Catemu.

70 Compuesto por las comunas de Puente Alto, Pirque, San José de Maipo y La Pintana.

71 Mis cálculos emplean los números del Censo 2002.

Que dicho procedimiento sea participativo significa que la Asamblea Constituyente deberá dividirse en comisiones temáticas, a cuyas sesiones deberán ser invitadas a exponer todas las organizaciones sociales y personas que así lo soliciten. Debiera contemplar la existencia de mecanismos para la presentación de propuestas ciudadanas y la realización, por parte de los diputados constituyentes, de consultas en sus distritos.

El proceso constituyente, por supuesto, tendría que concluir con la realización de un plebiscito donde la ciudadanía ratificara su nueva Constitución o, eventualmente, votara entre las distintas propuestas que hubiesen surgido. Tal como en los primeros años de nuestra república, este proceso constituyente podría concluir con el juramento de fidelidad a nuestra nueva Constitución, una genuina Constitución Política de la República de Chile.

4. Una nueva Constitución

Para concluir mi exposición, quisiera delinear las características centrales de lo que, a mi juicio, debiera ser el contenido de una nueva Constitución.

Me parece que esta debiera estar animada por la preocupación de incorporar un rango más amplio de intereses sociales bajo su esfera protectora. Recordemos que los derechos constitucionales consisten en un mecanismo jurídico de protección de intereses. La estructura lógica de los derechos, en efecto, involucra la identificación de un cierto interés social a través de una descripción abstracta de los supuestos de hecho que desencadenarán su protección por parte de los organismos administrativos y judiciales del Estado. Hoy en día, la Constitución Política de la República protege con particular énfasis los intereses de quienes cuentan con recursos propios para acceder a diversos bienes –educación, emprendimiento, defensa judicial, expresión– pero ignora los intereses de quienes carecen de recursos propios para acceder a los mismos bienes. También ignora otros intereses que escapan a la lógica materialista de la propiedad, tales como el interés en la participación femenina en espacios públicos o en la protección y promoción de la diversidad como una forma de disminuir la discriminación en nuestra sociedad. Si nuestra Constitución actual gira en torno a la libertad económica y el derecho de propiedad, una nueva Constitución debe proclamar un conjunto nuevo de derechos sociales y económicos, y mandar al legislador para que satisfaga dichos derechos.

Ahora bien, una nueva Constitución no debe ser capturada por la ilusión de que es posible satisfacer todas las expectativas y resolver todos los conflic-

tos mediante un texto constitucional. Por ello, una nueva Constitución debería asumir que su propósito habrá de ser el de institucionalizar la democracia y la participación, eliminando las trabas que actualmente existen en el proceso político. Esto significa, como mínimo, la eliminación de los quórum supermayoritarios establecidos en la Constitución de 1980; el reemplazo del binominal; la desconstitucionalización de organismos tales como el Consejo de Seguridad Nacional y el Banco Central; la determinación de que cada diez años se actualice el número de parlamentarios con que contará cada circunscripción electoral; y, desde luego, la redacción de la propia Constitución en términos que establezcan principios generales y conceptos abiertos que entreguen la configuración de los detalles al legislador.

Por último, los poderes públicos deberán ser organizados de forma tal de favorecer la democracia y la participación. Autoridades regionales elegidas democráticamente, presupuestos regionales participativos, iniciativa popular de ley, revocación de mandatos parlamentarios, disminución o derechamente eliminación de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, reducción de las atribuciones del Tribunal Constitucional, revisión de la relación entre Ejecutivo y Parlamento, son algunas ideas que favorecerían dicha organización democrática y participativa del poder político.

5. Despejando algunas objeciones

Un lector que no hubiese seguido atentamente las premisas de mi argumentación ni el desarrollo que de ellas he hecho, podría responderme de la siguiente manera: “En Chile, el poder constituyente originario solo se ha ejercido ante situaciones de colapso de la institucionalidad preexistente; así ocurrió tras el triunfo de Lircay en 1829, tras el cierre del Congreso en 1924, y tras los sucesos de 1973. Sostener que estamos en una situación de caos político o social similar al existente en aquellos momentos es, a todas luces, equivocado. En consecuencia, no se hace necesario convocar a una asamblea constituyente; basta con (x)”. Este argumento podría ser escuchado de labios de personeros del actual y del anterior gobierno, por cierto, así como de algunos académicos. Dependiendo de la identidad del hablante en cuestión, (x) consistiría en responder a algunas demandas sociales mediante políticas públicas “focalizadas” (más inversión en educación; más recursos para las regiones), o en reformas políticas también “focalizadas” (crear nuevos distritos parlamentarios; modificar el binominal para los más atrevidos) o, incluso, simplemente, en un “cambio en el equipo” (sale Piñera, entra Bachelet).

Debo señalar que quien haya pensado en esta objeción no ha entendido mi argumentación y haría bien en volver a leer este ensayo. El punto de partida de esta discusión no es ni una crisis de la institucionalidad, ni el caos social y político, ni las demandas sociales en proliferación, ni el desprestigio de la clase política. Todo ello, sin duda, es relevante, pero en el sentido en que son relevantes los *efectos* para conocer a su *causa*. El punto de partida de esta discusión es que la Constitución Política de la República tiene déficits democráticos y republicanos. Dicho en forma más simple, en el “lenguaje de la calle”: ni es democrática, ni es republicana. La solución no ha de ser “focalizada” sino constitutiva: constituyente.⁷²

Alguien podría insistir en el punto anterior desde otro ángulo, señalando lo siguiente: “los procesos constituyentes que dieron origen a las Constituciones de 1833, 1925 y 1980 fueron todos fruto de “quiebres de la institucionalidad”, los cuales incluyeron diversas formas de intervención de los militares en política. Tal conjunción de eventos, ciertamente, parece distante en el presente”. Debo confesar que alguna vez pensé de forma parecida. Sin embargo, paulatinamente he llegado a ver el pasado de una forma distinta, lo cual me ha llevado también a apreciar el presente de manera diferente.

Cada uno de los eventos de crisis, agitación o quiebre que ocurrieron en el pasado sirvieron solo de contexto para actos constituyentes, en los que sujetos de la élite ocuparon el espacio público para reclamar discursivamente un nuevo orden constitucional. Si Gandarillas adujo al presentar su moción que “la nación entera ha manifestado su voluntad de que se reforme el Código Constitucional”, Alessandri afirmó que “hay necesidad imprescindible de consultar las distintas corrientes en que se divide la opinión del país, para organizar, de acuerdo con ellas, una Asamblea Nacional Constituyente”. Los momentos constituyentes fueron esos, no los preludios de violencia que les precedieron.

A eso habría que añadir que los actos de violencia y exclusión que precedieron a 1833, 1925 y 1980 se explican en retrospectiva *precisamente* por sus resultados excluyentes. El poder constituyente del pueblo no necesita hoy estar precedido por un acto de violencia y exclusión, *pues aspira a ser constitutivamente incluyente*. Las movilizaciones sociales de los últimos años servirían

⁷² Habría que agregar que, quien creyera que las crisis de hoy no son comparables a las del pasado, haría bien en redimensionar sus parámetros comparativos. Ni el pasado estuvo tan mal, ni el presente está tan bien. Las percepciones históricas están moldeadas por sujetos concretos con intereses determinados. El juicio sobre el nivel de crisis o de caos del pasado no puede ser resuelto apelando a los manuales escolares de historia de Francisco Antonio Encina, así como el juicio sobre el nivel de crisis del presente no puede ser zanjado leyendo las editoriales de El Mercurio.

entonces como el contexto adecuado para un ejercicio del poder constituyente del pueblo. No necesitamos quiebres de la institucionalidad para ello.

Otra posible objeción a la que imagino son proclives sectores que no se oponen en principio a la idea de una asamblea constituyente⁷³ es la de señalar respecto de tal que “sabemos dónde empieza, pero no dónde termina”. Estoy seguro de haber escuchado esta objeción, pero todavía no logro entender qué *significa*. Es decir, en qué sentido esta propiedad de las asambleas constituyentes, lo que podríamos llamar su *contingencia*, las distingue de otros fenómenos humanos. ¿Podemos saber de antemano dónde terminará una asamblea constituyente, es decir, cuáles serán sus resultados? Por supuesto que no, así como tampoco podemos saber de antemano cuáles serán los resultados de una elección presidencial o de un partido de fútbol *a menos que no sean competitivos y los resultados estén arreglados*. Y pareciera ser que el imaginario concertacionista se ha acostumbrado a los resultados arreglados debido a su disciplinamiento binominal de más de dos décadas.

Entonces, a quien objete a la idea de una asamblea constituyente que no sabemos cuál será su resultado, esto es, cuáles serán las ideas que prevalecerán en ella, habrá que responderle: ¡por supuesto! Es más, no podemos saber cuál sería el resultado de un plebiscito sobre la idea misma de convocar una asamblea constituyente. Quizás resulta que una mayoría de los chilenos cree que la Constitución Política de la República, pese a sus déficits democráticos y republicanos, es la norma política adecuada para nuestra realidad. Ya lo dije antes: estas son discusiones éticas, sobre el valor de la vida en común, y quizás los chilenos han encontrado otras fuentes de sentido fuera del espacio común de la política. Yo podría decir, entonces, que sabemos dónde empieza un plebiscito pero no sabemos dónde termina. ¿Es eso, bajo alguna de las formas existentes de argumentación racional, un argumento para que yo me opusiera a la realización de un plebiscito? Por supuesto que no. Sería el equivalente político del niño que, cuando su equipo de fútbol va perdiendo, interrumpe el partido y declara “la pelota es mía”. Ese niño no acepta como resultado posible la derrota y, por lo tanto, no se ha comprometido sincera y genuinamente con la lógica inmanente del *procedimiento competitivo*. Sería el equivalente, por cierto, del candidato a parlamentario que exigiera ser acom-

73 Aquí se encontrarían, probablemente, aquellos herederos políticos de Frei y Aylwin que hayan creído en los setenta u ochenta en la necesidad de una asamblea constituyente, pero que al calor de la normalidad transicional se acostumbraron al panorama constitucional. También los antiguos allendistas que, desde sus actuales posiciones de poder, miran hoy sus ideales de juventud como ensoñaciones opiáceas.

pañado por un compañero de lista desconocido o, peor, correr solo. Ejemplos de la vida real no faltan.

En consecuencia, que quede claro que no subordino mi propuesta sobre la realización de un plebiscito a la convicción de que triunfe la opción SÍ, ni tampoco subordino mi propuesta sobre la realización de una asamblea constituyente a la expectativa de que en ella triunfen las ideas democráticas y republicanas que acá he expuesto. Eso me permite exigirle a los demás que se comprometan a lo mismo y que los únicos mecanismos de acción sean la capacidad de deliberar y persuadir, no las ventajas de poder que se tengan – escaños parlamentarios, acceso a medios de comunicación, ¿cercanía con las Fuerzas Armadas?– o la capacidad de bloqueo que de ellas deriven. En definitiva, lo constitucionalmente importante es que el pueblo exprese su voluntad en estas materias, no las expectativas con las que cada actor llegue al proceso.

Conclusión: El valor histórico del disenso

Un mínimo de realismo exige tener presente que, pese a las demandas sociales y las movilizaciones estudiantiles, y pese a los argumentos entregados aquí y por otros académicos en otros espacios, es altamente probable que los conductores del proceso político en los próximos años no lleven a cabo este programa de democratización republicana. ¿Qué valor puede tener, entonces, estructurar un discurso programático aunque su destino probable sea la derrota?

La respuesta pasa por revisar la noción de “derrota” contenida en tal afirmación. El disenso, entendido como la defensa de posibilidades no realizadas históricamente, tiene un valor propio, específico, que le permite no solo no imaginarse subjetivamente como derrota –el espejismo de la “victoria moral”– sino pensarse como instrumento de acción política futura.

El mejor ejemplo de dicho valor lo ofrece el último discurso de Salvador Allende, durante la mañana del 11 de septiembre de 1973. Consciente de la posibilidad de su próxima muerte, Allende afirma con resolución que, si lo asesinan, “el pueblo seguirá su ruta”. “El proceso social no va a desaparecer porque desaparece un dirigente. Podrá demorarse, podrá prolongarse, pero a la postre no podrá detenerse”. Es precisamente en la proclama de nuevas oportunidades en el futuro para realizar los sueños del pasado, que el disenso del presente se transforma en un momento preñado de victoria.

El disenso logra este objetivo evidenciando la posibilidad de otros mundos. Si detrás de la convocatoria a plebiscito para realizar una asamblea constituyente y redactar así una nueva Constitución no hubiese argumentos, sino

mero capricho o la defensa parcial del interés propio, entonces en cuanto acto de disenso sería estéril y no tendría el potencial de movilizar políticamente a nadie, ni hoy ni mañana. La elaboración de argumentos que permitan explicar no solo su legitimidad sino también su factibilidad permite darle esa función movilizadora. Por esto es importante contar con estos argumentos; porque, aun cuando no ocurra en dos ni en cinco años, algún día las fuerzas populares habrán logrado el impulso necesario para revertir décadas de postergación. Como dijera Sieyès en una coyuntura similar, hace doscientos veinticuatro años, el pueblo “debe ser consciente, en medio de la evolución de mentalidades y de asuntos políticos, de que solo puede contar con su razón y su valor. La lógica y la justicia están de su lado; tiene que asegurarse de todas sus fuerzas”.⁷⁴

74 Sieyès, op. cit., p. 159.

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

LOS JUECES AL ACECHO¹

Andrés Bordalí Salamanca²

Resumen

El presente trabajo analiza críticamente el proyecto de ley actualmente en tramitación en el Congreso Nacional (Boletín N° 8515-07) que modifica el Código Orgánico de Tribunales en lo referente al sistema de calificación de los jueces. Se postula que el referido proyecto afecta la estructura desconcentrada o difusa del poder judicial tal como aparece configurada en la Constitución Política de la República. Se critica que el proyecto de ley intenta, por vías autoritarias, lograr una mayor coordinación de las decisiones de los distintos tribunales de justicia, todo lo cual redundaría en menor independencia de los jueces para conocer y fallar los asuntos entregados a su decisión.

Introducción

A mediados de 2012, un grupo de diputados de la Alianza por Chile, más un diputado demócrata cristiano, presentaron un proyecto de ley que modifica algunos artículos del Código Orgánico de Tribunales (Boletín N° 8515-07). El proyecto, en sus fundamentos, expresa varios objetivos a lograr, los que se pueden resumir en mejorar la gestión y la transparencia del trabajo que realizan los jueces y funcionarios de los tribunales de justicia.

Es destacable la preocupación de estos parlamentarios por intentar mejorar la gestión ante los tribunales de justicia, pues de esa mejor gestión se verán beneficiados los ciudadanos que comparecen ante esos tribunales, defendiendo

¹ Este trabajo forma parte de (y ha sido financiado por) el proyecto de investigación del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt) “El gobierno de un Poder Judicial difuso”, N° 1120232, del que el autor de este trabajo es investigador responsable.

² Abogado, Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.

sus derechos e intereses. Sin embargo, el referido proyecto incluye varios aspectos que afectarían la independencia tanto externa como interna de los jueces. En tal sentido, la pretendida mejor gestión judicial se lograría a costa de un valor constitucional fundamental como lo es el de independencia judicial, por lo que cabe rechazar el proyecto en los términos actualmente propuestos.

Desde el punto de vista externo, se afecta la independencia judicial al conferir potestades al Ministerio de Justicia para fijar los criterios por los cuales van a ser evaluados los jueces. La Corte Suprema, al informar el proyecto, con justa razón se opuso a él al ver amenazada la independencia de los jueces y tribunales. Al efecto señaló que “esta injerencia del poder político resulta gravemente peligrosa para la independencia de los jueces, puesto que aparte del escrutinio a que deberán someterse en el período calificadorio, deberán también adaptar sus conductas funcionarias a los criterios que fije el Ministerio de Justicia, produciéndose una intromisión política en la actuación de los jueces en sus tareas jurisdiccionales y afectándose con ello la superintendencia correccional que la Constitución Política entrega a la Corte Suprema”.

La crítica de la Corte Suprema es enteramente compartible.

Desde el punto de vista interno, se afecta la independencia judicial, toda vez que entre los criterios por los que van a ser calificados los jueces está el número de sentencias confirmadas o revocadas por los tribunales superiores. Ello implica que un juez que figure con muchos fallos revocados (habría que definir si se incluyen los anulados también) dentro del año por un tribunal superior (Corte de Apelaciones o Corte Suprema), será calificado de peor manera que uno que aparezca con más sentencias confirmadas.

Esta parte del proyecto acrecienta aun más la dependencia de los tribunales inferiores respecto de los superiores, especialmente de la Corte Suprema, lo cual no es deseable en una república democrática. La propuesta del proyecto de ley atenta contra la concepción difusa del poder judicial recogida en nuestra Constitución. Poder judicial difuso significa una opción por una desconcentración de este poder del Estado en aras de un mayor respeto de la voluntad democrática expresada en la ley que debe aplicar todo juez o tribunal en un proceso judicial determinado.

Un poder judicial desconcentrado no es amenazador para el imperio de la ley e impide la formación de un poder corporativo que pueda promover sus propios intereses, ajenos a los de la ciudadanía.

En las páginas que siguen quiero detenerme exclusivamente en la propuesta de establecer el número de sentencias confirmadas o revocadas por los

tribunales superiores de justicia como criterio de calificación de los jueces. Postularé que tal propuesta afecta la independencia de los jueces y contraría la concepción difusa del poder judicial establecida en la Constitución. Postulo también que ello supone intentar, por una vía autoritaria e ilegítima, una mayor coordinación del trabajo judicial.

1. El judicial como poder difuso

La concepción difusa del poder judicial en nuestro ordenamiento jurídico está reconocida en la fórmula relativa a la función judicial del artículo 76 CPR: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Dicha fórmula constitucional opta por conferir el trabajo jurisdiccional a cada juez o tribunal que decide un asunto. Significa por lo tanto que ningún tribunal puede detentar todo el poder jurisdiccional del Estado. Ningún tribunal tiene más poder jurisdiccional que otro ni ningún tribunal desarrolla per se un mayor y mejor trabajo jurisdiccional que otro.

La razón de ser de la concepción difusa del poder judicial dice relación con el intento de evitar una posible configuración de este que sea capaz de alterar la voluntad soberana expresada en la ley. Para que rijan la ley creada democráticamente por los poderes a los que la Constitución ha entregado tal competencia, es indispensable configurar al judicial como un poder tenue o casi invisible, como propugnó Montesquieu. Un poder difuso supone una profunda desconcentración de poder.

Si se supone que la ley expresa una exigencia popular que vive en la conciencia de todos los integrantes de la sociedad, es labor de cada juez encontrar esa conciencia social al momento de interpretar y aplicar dicha ley. Para poder lograr tal misión, ese juez no puede ser objeto de presiones de ningún tipo, sea que provengan del poder político, de determinados sectores de la sociedad o de sus superiores jerárquicos.

Los efectos prácticos de una concepción difusa del poder judicial dicen relación con que ningún tribunal puede dar instrucciones u órdenes ni ejercer presiones respecto de otro sobre cómo debe resolver un asunto sometido a su decisión. La única manera en que un tribunal puede corregir o revisar lo que ha resuelto otro es a través del sistema de recursos procesales que haya dispuesto el legislador (art. 8° COT). Cuando un tribunal superior revisa o corrige lo que ha fallado un tribunal inferior, ello no implica una “función

superior” a la ejercitada por el *juez a quo*, sino que simplemente se trata de una función diversa.

Históricamente esto no siempre ha sido así. En el Estado absoluto, donde la jurisdicción se concentraba en la persona del Rey, este tenía libre avocación de las causas pendientes para fallarlas según su interés. Asimismo, vía consulta, es decir, un trámite obligatorio de apelación por un tribunal superior o por el Rey donde se revisaba lo resuelto por el juez de primera instancia, también se expresaba esta lógica de concentración del poder. Y se puede decir que el propio recurso de apelación, en sus orígenes históricos, aun activado a petición de parte y no como etapa obligatoria del proceso, se inscribe en estas coordenadas de un poder concentrado y autoritario.³

En el Estado absoluto la revisión de los fallos por otro tribunal comportaba por definición una función superior. En un Estado democrático, ello no es así ni es deseable que ocurra.

Volviendo al proyecto de ley, cuando este, siguiendo la terminología del Código Orgánico de Tribunales, se refiere a tribunales superiores de justicia, ello no debe entenderse en el sentido que existen tribunales que desarrollan funciones jurisdiccionales superiores a otros. Los tribunales podrán tener diversos tratamientos y prerrogativas, podrán tener diferentes remuneraciones, podrán responder jurídicamente ante órganos diversos, pero la función que desarrollan jurisdiccionalmente es jerárquicamente de la misma entidad que la de los demás tribunales de justicia. Eso es lo que consagra nuestro texto constitucional.

De este modo, cuando se dice que el judicial es un poder difuso se quiere significar que el poder de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado pertenece a cada tribunal de justicia al que la ley ha confiado la respectiva función y competencia. Ese tribunal, conociendo, resolviendo o haciendo ejecutar lo juzgado “es el poder judicial”.

Esta configuración del poder judicial trae como consecuencia la necesidad de comprender adecuadamente la importancia de todo trabajo jurisdiccional y de cada instancia o momento procesal. Las distintas instancias o momentos procesales, por ejemplo, del proceso civil ordinario –primera instancia, apelación y casación–, son autónomas respecto de las demás. Y cada tribunal que lleva a cabo esa fase realiza contribuciones que en general son irrepetibles.

3 Ver Mortara, Lodovico, *Lo stato moderno e la giustizia*, (Edizioni scientifiche italiane) 1992, p. 102 y ss.

Esta situación se relaciona con el hecho que el ejercicio jurisdiccional es y sigue siendo, en nuestra tradición legal, esencialmente cognoscitivo. Si la función de juzgar se basa en conocer y dar por establecidos unos hechos introducidos por las partes al proceso judicial –lo que se determina con las alegaciones y pruebas aportadas al proceso– y luego ese juez debe subsumir esos hechos en determinados supuestos fácticos normativos, esa función solo la puede desarrollar el juez que conoce de tales hechos, pruebas y el derecho. Ningún otro juez o tribunal está en mejor pie para desarrollar tal función. El juez de la instancia es el mejor capacitado para determinar los hechos de la causa y qué preceptos jurídicos deben aplicarse y cuál interpretación de ellos debe hacerse.

La mejor posición del juez de la instancia para determinar los hechos y el derecho aplicable a ellos no solo se explica porque en los procesos orales ha podido escuchar los planteamientos de las partes, así como presenciar y, en algunos casos, participar directamente en las pruebas que estas rinden ante él, sino que se justifica también porque ha podido conocer de todas las alegaciones fácticas introducidas por las partes y de las pruebas que las justifican, así como de las alegaciones jurídicas. En este sentido, la mejor posición del juez de la instancia para fallar un caso no solo es aplicable a los procesos orales sino también a los regidos por el principio de la escrituración. Se trata de dos cualidades que concurren ante los jueces de base: la completitud de la cognición y, eventualmente, la inmediatez de esta. Una cualidad necesaria y la otra accidental, dependiendo si existe o no oralidad.

La concepción difusa de la potestad jurisdiccional excluye las órdenes e instrucciones de otros tribunales. Ahora bien, sin perjuicio de que a veces se dan llamados telefónicos o instrucciones escritas entre distintos jueces, ellos no son la vía común de vulneración de la concepción difusa y de la independencia judicial. No es necesario, dentro de la estructura judicial, recurrir a vías tan burdas y expresas de ejercer presión sobre jueces de estructuras inferiores. Las indicaciones o sugerencias están ya impresas con suficiente precisión en el mismo complejo organizativo y su dinámica. Como lo señala Perfecto Andrés Ibáñez, esta es la principal virtud del modelo: hace innecesarias las órdenes explícitas.⁴

4 Ibáñez, Perfecto Andrés, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, (Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT) 2011, p. 114.

2. El gobierno judicial en manos de un tribunal superior suprime la concepción difusa de la judicatura y afecta la independencia de los jueces y tribunales inferiores

Si bien, como se ha dicho, el poder y la función jurisdiccional recaen, según el mandato constitucional, en cada tribunal de justicia de la Nación, el hecho que la Corte Suprema tenga el gobierno o administración judicial provoca que los jueces se comporten, en palabras de Fernando Atria, como comisarios o mandatarios de la Corte Suprema, es decir, que desaparezca la concepción difusa del poder judicial. ¿Cómo se produce ello? Atria pone de relieve la facultad de la Corte Suprema para remover a los jueces cuando ella determina que estos no han tenido buen comportamiento. Esta facultad, que le reconoce a la Corte Suprema el artículo 80 inciso 3° CPR, determina que al interior del poder judicial los jueces no sean inamovibles. Cuando la Corte Suprema hace uso de esa facultad, envía un mensaje a los demás jueces: que no tienen inamovilidad respecto de la Corte. Y si no tienen inamovilidad respecto de la Corte Suprema, es improbable que no tiendan a comprenderse como mandatarios de ella.⁵

Los tribunales sometidos al poder de administración y disciplinario de la Corte Suprema pueden sentirse inclinados a resolver los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión según como fallaría o ha fallado casos similares la Corte Suprema. Esta vinculación del juez inferior a la Corte Suprema se explica por dos instituciones íntimamente vinculadas: el sistema de carrera judicial y el sistema de responsabilidad disciplinaria.

Como se verá más adelante, con el proyecto de ley esa inclinación de los jueces a fallar de la manera como haya resuelto la Corte Suprema sería impulsada de un modo expreso por el legislador.

La carrera judicial ha sido considerada en el contexto externo e histórico como el principal factor de interferencia interna en la judicatura.⁶ La carrera judicial regulada en el Código Orgánico de Tribunales chileno deja a los jueces que pertenecen a la estructura burocrática denominada poder judicial sujetos a la calificación de su trabajo y de su comportamiento que haga en último término la Corte Suprema. Esa calificación se realiza bajo un sistema de notas de 1 a 7, que debe fundarse en antecedentes objetivos. Debe considerar,

5 Atria, Fernando, "La improbabilidad de la jurisdicción", en Couso, Javier y Atria, Fernando (eds.), *La judicatura como organización*, (Expansiva - IEJ) p. 45.

6 Ver Pizzorusso, Alessandro, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, (Einaudi) 1990, p. 49.s

además de la hoja de vida del juez calificado, el informe de calificación y el desempeño en los siguientes ítems: responsabilidad, capacidad, conocimientos, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público, en consideración a la función o labor que corresponda realizar y magnitud de la misma (art. 277 bis COT).

El asunto aquí planteado puede ser referido como una tensión entre la estructura vertical y jerarquizada del poder judicial y la independencia de cada juez. Esta estructura jerárquica, que tiene a la Corte Suprema en su cúspide, impide al juez “ser independiente funcionalmente, pues cualquier apartamiento de las reglas, rutinas, formas o instrucciones planteadas por los superiores puede ser vista como un acto de insubordinación, un gesto de soberbia o de rebeldía”.⁷ En esta misma lógica, el proyecto impide ahora expresamente a los jueces apartarse de la manera como los tribunales superiores interpretan el derecho. La pregunta que formulamos en lo que sigue es si es deseable que los jueces inferiores sigan o se coordinen con la jurisprudencia de los tribunales superiores.

3. ¿Es deseable una coordinación de las decisiones de los diferentes tribunales de justicia del país?

La idea de una judicatura de carácter difuso no se opone a los valores de igualdad y predictibilidad del derecho. Es decir, junto al valor de la independencia judicial se pueden poner en la balanza otros valores, como los referidos a coordinar las decisiones de los tribunales de justicia a fin de hacer del trabajo jurisdiccional respetuoso de la igualdad de las personas y previsible por estas en el futuro.

En este sentido, contestando la pregunta que se formula en este encabezado, sostengo que sí es deseable una coordinación o alineamiento de las decisiones del conjunto de los tribunales de justicia del país. El tema estriba en cómo debe generarse esa deseable coordinación o alineamiento.

En esta labor de coordinación del trabajo jurisdiccional de los tribunales de justicia se deben garantizar dos valores constitucionales. Por un lado, la independencia judicial, lo que garantiza que los jueces solo tengan por función dar aplicación práctica a los mandatos del legislador expresados en la ley. Al mismo tiempo es necesario que las personas –los justiciables– sean tratadas con igualdad por los tribunales. El ejercicio jurisdiccional debe ser un instrumento que contribuya a la seguridad jurídica. Las personas estarán

⁷ Horvitz, María Inés, “Independencia de los jueces y estructura judicial”, en Couso y Atria (eds.), op. cit., p. 130.

más seguras si, con antelación a recurrir a un tribunal de justicia, saben cómo debería ser aplicada e interpretada una ley frente a determinados hechos. Eso contribuye, por lo demás, a racionalizar las decisiones de los sujetos respecto a sus expectativas jurídicas.

En sistemas jurídicos de civil law, como el chileno, es evidente que los jueces inferiores no están obligados a aplicar las leyes según la interpretación que de estas ha hecho la Corte Suprema o corte de casación. Si fuese absolutamente obligatorio para los jueces fallar según las directrices que ha dado la corte de casación, la jurisprudencia de esta sería fuente directa del derecho. Si fuese fuente directa del derecho, sería coherente con ello facultar a la corte de casación para anular aquellas sentencias judiciales de los tribunales inferiores que se oponen a su jurisprudencia. Pero el sistema de fuentes del derecho chileno no opera de esa manera.

Descartada como fuente directa del derecho, la jurisprudencia tiene dos posibles efectos: una eficacia meramente persuasiva o bien una eficacia con algún grado de efectos jurídicos vinculantes.

Cuando se expresa que la jurisprudencia tiene una eficacia meramente persuasiva, se hace referencia a que los posicionamientos de la corte de casación serán seguidos por el resto de los tribunales solo si estos consideran que dicha corte ha realizado una argumentación sólida capaz de persuadirlos. Que se siga la jurisprudencia dependerá de la auctoritas del colegio juzgador.

Desde esta perspectiva, los jueces y tribunales tienen absoluta libertad en el momento de conocer y de juzgar. Esto significa que el juez inferior puede no sentirse vinculado por el razonamiento de la corte de casación y fallar de un modo diferente a como lo ha hecho ella. El juez que falla contra la jurisprudencia de la corte de casación no realiza un acto contrario a derecho. El juez sigue siendo libre para decidir según “ciencia y conciencia” los casos a él sometidos.

Esta situación se vincula con una concepción horizontal de la jurisprudencia. La función de decir el derecho se practica a muchas voces y no es exigible seguir obligatoriamente los dictámenes de la Corte Suprema. Como hemos sostenido, cada núcleo decisional es por imperativo constitucional autónomo y cada tribunal en el respectivo momento procesal realiza contribuciones únicas e irrepetibles.

Si la corte de casación termina por imponer sus criterios jurisprudenciales a los demás tribunales, ello solo podría obedecer a la calidad de las sentencias de esta corte, que impulsa libremente a los demás jueces a seguirlas.

Se podría cuestionar esta concepción horizontal de la función judicial sos-

teniendo que los jueces no deben quedar solo facultados para seguir los criterios dados por la corte de casación sino que deben hacerlo obligatoriamente. Solo una vinculación obligatoria con los precedentes vendría a ser respetuosa del principio constitucional de igualdad.

¿Debe haber libertad u obligatoriedad en el seguimiento de los precedentes de la corte de casación? Un camino intermedio se sostiene en una opción por la obligatoriedad, pero matizada.

Según esta tesis, el precedente de la Corte Suprema aportaría un criterio de decisión que, ya experimentado como regla de casos concretos, puede atribuir a su favor una presunción de justicia y razonabilidad. La importancia de esta presunción es que comportaría en principio una obligación para los jueces de fallar en los términos del precedente fijado por la corte de casación. Sin embargo, habría que aclarar que no se trata de una obligación completa, pues el tribunal inferior, bajo ciertas premisas, podría distanciarse de ese precedente.

Todo juez podría separarse del criterio fijado por la Corte Suprema, pero pesando sobre él la carga de la argumentación. Ello significa que el juez que se aparta del precedente tiene el deber de hacerse cargo argumentalmente de por qué no lo sigue y resuelve de una manera diferente. Si así lo hace, su actuar se ajustaría plenamente a derecho.

De este modo, como propuesta de *lege ferenda*, soy del parecer que los jueces deben seguir en principio las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema. Pero el juez inferior debe continuar siendo libre de apartarse de esas líneas. El juez debe consignar claramente la línea que ha sustentado la Corte Suprema –si es que dicha corte ha sustentado una línea jurisprudencial suficientemente clara– y argumentar por qué considera que no corresponde en el caso que está resolviendo seguir ese parecer jurisprudencial. Solo así se produce un diálogo racional y horizontal entre tribunales.

Para que el diálogo entre tribunales pueda llevarse a cabo de esa manera, es requisito esencial que los tribunales de justicia solo sean eso y desarrollen exclusivamente la función jurisdiccional, no la de órganos de gobierno o administración de los demás tribunales.

La sujeción del juez al derecho y un trato más igualitario entre las personas se pueden lograr coordinadamente si se asegura la independencia de cada juez respecto a los tribunales superiores, con especial mención de la Corte Suprema, si se prevé que esta corte sea un punto de referencia autorizado que ilumine el trabajo de todos los jueces. Para eso se necesita una Corte Suprema que mire a los demás tribunales con los ojos de un par, aunque más expe-

rimentado y sabio. Por tal motivo, es indispensable que el sistema jurídico asegure que lleguen a ella los mejores jueces y abogados del país.

Lo anterior me lleva a expresar la necesidad de una futura reforma constitucional y legal para convertir a la Corte Suprema en exclusiva corte de casación. No debe ella realizar labores de gobierno o administración judicial. Todos pierden con ello. Quién deba realizar esas labores será materia de discusión, pero a estas alturas es claro que no debe ser un tribunal de justicia.

Por último, solo que queda poner énfasis en que, sin perjuicio del grado de vinculación jurídica que pueda tener el respeto del precedente de la corte de casación, en el ejercicio de la función judicial nunca se debe llevar el tema de la dispersión jurisprudencial al ámbito disciplinario. Sancionar a los jueces que se han apartado del precedente judicial corresponde a una solución autoritaria para la obtención de la seguridad jurídica, que debe ser descartada de plano.

4. ¿Cómo afecta el proyecto de ley la independencia de los jueces?

Las aprehensiones que formulaba Perfecto Andrés Ibáñez se reforzarían aun más con este proyecto de ley. El mensaje es claro para los jueces inferiores: debes fallar de un modo tal que sea del agrado de tu superior jerárquico y de la Corte Suprema, pues de lo contrario tus sentencias pueden ser revocadas y anuladas por dichos tribunales y, en definitiva, puedes ser mal calificado por esos mismos tribunales.

La propuesta legislativa muestra una concepción errónea del poder judicial y de la función judicial. Un juez al que otro tribunal de justicia revoca o anula el fallo no ha realizado, en principio, un acto ilícito. Ahora bien, no es descartable que pueda existir un ilícito en el trabajo jurisdiccional de un juez o tribunal, pero para que ello se establezca así debe iniciarse el respectivo procedimiento que determine esa responsabilidad.

En nuestro sistema jurídico, la responsabilidad de los jueces puede ser hecha valer: (a) vía recurso de queja cuando en la sentencia se observa una falta o abuso grave (art. 545 COT); (b) vía denuncia penal cuando se considere que el juez en su sentencia ha incurrido en una conducta calificada por la ley como delito (art. 324 COT), lo que da lugar también a la respectiva responsabilidad civil; (c) vía procedimiento de indemnización de perjuicios por error judicial, en el caso de sentencias penales calificadas por la Corte Suprema como manifiestamente erróneas o arbitrarias, con la precisión que en este caso el primer responsable es el Estado y no el juez (art. 19 n° 7 letra i) CPR); y (d) vía res-

ponsabilidad política de los ministros de los tribunales superiores de justicia ante las cámaras legislativas, cuando han incurrido en notable abandono de sus deberes (art. 52 n° 2 letra c) CPR). A este conjunto de diferentes responsabilidades, en que las conductas sancionadas aparecen descritas en algunos casos de manera más precisa y detallada que en otros, se debe agregar la más amplia y menos clara que controla la Corte Suprema: la calificación del juez como una persona que no ha tenido buen comportamiento (art. 8o inc. 3° CPR), entre otras situaciones previstas en la ley.

Fuera de estos casos donde se puede hacer valer una responsabilidad, el trabajo de los jueces y tribunales manifestado en sus sentencias judiciales constituye una actividad que debe ser considerada lícita y, como tal, no puede aparejar ningún tipo de consecuencia negativa, ya sea por otros poderes del Estado o dentro la propia estructura judicial.

La propuesta legislativa, además de autoritaria, desconoce el sentido de la función jurisdiccional. No mediando una actividad ilícita, los jueces inferiores no solo están capacitados, sino que además lo están de la mejor manera, para dar por probados los hechos e interpretar las reglas y principios jurídicos aplicables a dichos hechos. Los tribunales superiores se encuentran en una situación de desventaja frente al juez de base para desarrollar la función jurisdiccional, pues su conocimiento de los hechos y del derecho aplicable a ellos será siempre menos incisivo.

En relación a este punto, se pueden señalar tres niveles de corrección de las sentencias judiciales por otro tribunal: (a) por diversidad de criterios en la apreciación de las pruebas y en la interpretación del derecho; (b) por error por parte del tribunal en el establecimiento de los hechos y en la interpretación del derecho; y (c) por error grave por parte de un tribunal en el establecimiento de los hechos y en la interpretación del derecho. En este último caso, estamos frente a una hipótesis en que tal error debe o puede dar lugar a una responsabilidad por parte del o los jueces. Además, en este caso aparece plausible que se califique con menor nota al juez o los jueces que han sido considerados responsables de una conducta dolosa o negligente. Por el contrario, las dos primeras situaciones no deberían traer aparejada sanción o consecuencia negativa alguna para el juez o los jueces, pues, de lo contrario, desaparecería radicalmente la independencia de los jueces.

El proyecto de ley en cuestión aborda de una manera equivocada los propósitos fijados en su fundamentación, que, como se ha señalado, se refieren a mejorar la gestión y la transparencia del trabajo que realizan los jueces y fun-

cionarios de los tribunales de justicia. El único camino lícito y respetuoso para con la independencia judicial que se dirija a mejorar la gestión del trabajo judicial, en su faceta estrictamente jurisdiccional, se circunscribe a modificar el sistema de responsabilidad de los jueces. Ello, se entiende, sin perjuicio de las políticas públicas referidas a la formación y capacitación de los jueces y organización del trabajo jurisdiccional.

Señalado lo anterior, me parece positivo realizar una eventual reforma al sistema de calificación de los jueces, pero dicha reforma debe realizarse en un sentido radicalmente diferente del que propone el proyecto de ley que aquí se analiza. Ella debe entenderse sin perjuicio de que existan argumentos suficientes para una abolición total de la carrera judicial.

Junto a esa modificación o extinción de la carrera judicial, es necesario también reformar el sistema de responsabilidad disciplinaria de los jueces. Hay varios aspectos a mejorar en esta materia. En primer lugar, se debe tipificar de mejor modo las conductas que traen aparejada una sanción disciplinaria. En segundo lugar, se debe asegurar de un mejor modo la defensa y el enjuiciamiento del juez acusado de infracción.

Desde luego, el poder del legislador para tipificar conductas de los jueces merecedoras de un reproche de tipo disciplinario tiene como límite la Constitución Política de la República. Uno de los límites constitucionales está representado por la configuración difusa del poder judicial, de la que a su vez se desprende el principio de independencia interna de cada juez o tribunal. El intento de incluir la contabilización de los fallos revocados o anulados como hipótesis de responsabilidad disciplinaria es contrario a nuestra Constitución y a una concepción del poder judicial propia de una república democrática.

Una posibilidad a considerar por nuestro legislador, siguiendo a países como Italia, sería que se establezcan casos de responsabilidad disciplinaria de los jueces por revocación o anulación de sentencias por los tribunales superiores, cuando dichas sentencias carezcan de motivación o no haya ninguna ilación lógica entre los hechos establecidos en la sentencia y la fundamentación jurídica, o entre la parte expositiva de la sentencia y la resolutive. Ello resulta muy distinto a sancionar a un juez por cómo ha dado por establecidos unos hechos en el proceso judicial o ha interpretado el derecho aplicable en un determinado proceso judicial. En estas materias el juez de la instancia es soberano absoluto.

Según un criterio general, los jueces solo podrían ser sancionados disciplinariamente por aquellos actos jurídicos procesales que no estén referidos

al acto decisorio en su mérito. Se podría volver a la antigua distinción entre el error *in iudicando* y el *in procedendo*, con la aclaración que las cuestiones referidas a la falta de motivación de la sentencia o motivaciones incompletas o incorrectas se relacionan con el procedimiento (*in iudicando*) y no el mérito, siendo posibles de sancionar disciplinariamente. El acto decisorio del juez relativo a la valoración de las pruebas rendidas en el proceso y la interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables a esos hechos no sería sancionable disciplinariamente.

No creo que sean muchos los casos de sentencias judiciales de jueces chilenos que incurran con total negligencia en actos formales como las recientemente descritos (no hay motivación, o no hay ilación lógica entre los hechos dados por acreditados y la fundamentación jurídica o entre la parte expositiva y resolutive de la sentencia), pero tipificarlas en el Código Orgánico de Tribunales y atribuirles sanción disciplinaria puede contribuir, en abstracto, a una mejor gestión del trabajo judicial, sin afectar el principio de independencia judicial.

Para concluir, quiero señalar que es necesario introducir en nuestro país reformas legales que permitan incrementar los grados de independencia de los jueces dentro de la estructura judicial. Para ello se requiere corregir el sistema de responsabilidad disciplinaria y de calificación de los jueces.

Necesitamos, por tanto, reformas legislativas que apunten en un sentido radicalmente opuesto al que propone el proyecto de ley analizado en estas páginas.

Este tiene una marcada impronta autoritaria y, de aprobarse, significaría una afectación neta de la independencia de nuestros jueces.

LA “REFORMA A LA REFORMA PROCESAL PENAL”: ANÁLISIS DE LA GESTACIÓN Y CONTENIDOS DE UN PROYECTO DE LEY

*Mauricio Duce J.*¹

Síntesis

Este trabajo analiza el proceso de gestación y describe los objetivos y contenidos principales del denominado proyecto de “Reforma a la Reforma Procesal Penal” anunciado por el Presidente de la República en octubre de 2012 y presentado al Senado en enero de 2013. Se sostiene que el proyecto no constituye un ataque a la lógica y principios básicos del sistema procesal penal, por lo que los temores iniciales que se trataría de una propuesta de “contrarreforma” debieran descartarse. Sin embargo, se critica que el proyecto no incluya cambios necesarios para el logro de sus objetivos declarados. Además, se critica que se haya desaprovechado la oportunidad para realizar un diagnóstico que permita introducir cambios de alto impacto en el funcionamiento del sistema en áreas en donde la información disponible es escasa. Estas dos cuestiones dan cuenta de un proceso de elaboración poco sistemático y profundo. En cuanto a los contenidos, se constata una brecha entre los objetivos declarados por las autoridades y los que el proyecto pareciera cumplir, lo que puede generar un problema importante en relación a las expectativas cifradas y, en especial, a la capacidad de las reformas propuestas para instalar prácticas en el sistema que permitan satisfacer los objetivos que las han justificado. El trabajo concluye con una reflexión que identifica aspectos positivos y negativos del proceso hasta el momento de presentación del proyecto de ley al Congreso.

¹ Abogado de la Universidad Diego Portales, Magíster en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford, Profesor Titular Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Correo electrónico: mauricio.duce@udp.cl. Quiero agradecer especialmente a mis colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales que participaron en un taller de discusión del borrador de este texto el 19 de marzo de 2013. Sus comentarios y opiniones fueron muy valiosas para la mejora del trabajo.

Introducción

El 3 de octubre de 2012 el Presidente de la República dio a conocer al país su intención de enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley que denominó como “Reforma a la Reforma Procesal Penal”, destinado, como su nombre indica, a introducir diversas modificaciones al sistema procesal penal vigente.² El anuncio generó mucha atención de los medios de comunicación y una importante polémica en torno de los contenidos posibles de los cambios sugeridos por el presidente. Este se produjo, además, en un período en el que se había dado un fuerte debate entre el Ejecutivo y los jueces (en menor medida también con los fiscales del Ministerio Público), a partir de la forma en que se habían resuelto varios casos de alta connotación pública, lo que contribuyó a generar muchas expectativas en el área.

Por una parte, debido a que el anuncio del presidente se formuló en un lenguaje muy crítico acerca del funcionamiento del sistema, se abrió el enorme riesgo que se tratara de una propuesta de “desmantelamiento” del nuevo proceso penal, es decir, una “contrarreforma” que modificara las bases y principios fundamentales de su diseño, poniendo en juego garantías mínimas del debido proceso que hoy día son reconocidas como pilares del Estado de Derecho (por ejemplo, en materia de regulación de la prisión preventiva). Por otra, los anuncios constituían una oportunidad interesante para mejorar aspectos de funcionamiento del sistema que hace tiempo necesitan cambios legales y que habían sido detectados como deficitarios por distintos actores, o que requieren un proceso de actualización natural por el transcurso del tiempo. Además, el proyecto constituía una oportunidad para abordar una evaluación del sistema que permitiera examinar de manera sistemática su trabajo, a doce años de su puesta en marcha, y aportara insumos para generar correcciones en varias áreas, en las que se requería más información para afinar cambios.

El proceso desatado por el anuncio del presidente concluyó en una primera fase prelegislativa el 29 de enero de 2013 con la presentación ante el Senado del “Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema de Justicia Penal” (en adelante, el “proyecto de ley”).³ El presente trabajo tiene por objeto describir

2 Véase, *La Tercera*, “Piñera anuncia reforma al sistema procesal tras libertad del imputado”, 4 de octubre de 2012, p. 2.; *EMOL*, “Piñera anuncia reformas en sistema procesal penal tras libertad de hinchas que mató a barrista”, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/03/562943/pinera-anuncia-reformas-en-sistema-procesal-tras-libertad-de-hincha-que-mato-a-barrista.html>, 3 de octubre de 2012 (última visita, 15 de enero 2013).

3 Véase Mensaje N° 502-360, Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que Inicia un Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema de Justicia Penal, 29 de enero de 2013.

la gestación de este proyecto de ley, revisar de manera general sus objetivos y principales contenidos, y realizar un análisis evaluativo de los mismos y del proceso llevado adelante por el Ejecutivo hasta su fecha de presentación al Congreso Nacional. En términos gruesos, sostendré que el proyecto de ley en análisis no constituye un ataque a la lógica y principios de nuestro sistema procesal penal, por lo que los temores de “desmantelamiento” o “contrarreforma” debieran descartarse. Entre otras cosas, el debido proceso pareciera estar seguro con estos cambios. Con todo, tampoco me parece que el Proyecto se haga cargo de los cambios que era necesario implementar para el logro de sus objetivos declarados, a la luz de la información hoy día disponible en varias áreas. Además, argumentaré que se desaprovechó la oportunidad para hacer un diagnóstico que permita introducir cambios de alto impacto en el funcionamiento del sistema en áreas en donde la información disponible es escasa. Estas dos cuestiones críticas dan cuenta de un proceso de elaboración poco sistemático y profundo. Finalmente, identificaré una diferencia muy significativa entre los discursos y objetivos planteados por las autoridades a nivel público como fundamentos de esta propuesta y los contenidos de la misma. En definitiva, se trata de un proyecto de ley que, en su aspecto positivo, introduce diversas mejoras que no representan un cambio radical de un sistema que, en términos generales, ha operado con estándares razonables,⁴ pero que tampoco constituye –a pesar de la correcta orientación de la muchas de las propuestas– un cambio que logre perfeccionar al sistema en las áreas que era esperable y necesario. En mi opinión, se pudo avanzar mucho más en mejoras sin cuestionar los principios del sistema.

Para cumplir con el objetivo propuesto, el trabajo se dividirá en tres secciones, además de esta introducción. En la primera, se presentará información que permita comprender el surgimiento de esta iniciativa: el contexto y los objetivos que se plantearon públicamente para justificarlo. En la segunda parte, explicaré el trabajo realizado para su elaboración y realizaré una presentación breve de los principales contenidos de la propuesta de cambio legal, haciendo una evaluación general de los mismos. Finalizaré el trabajo presentando algunas reflexiones sobre este proceso de cambio.

Antes de iniciar el desarrollo del trabajo, es necesario enfatizar que se está

4 No me puedo hacer cargo en este trabajo de argumentar en detalle sobre los logros del sistema y la evidencia que da cuenta de ellos. Para una visión resumida en que analizo los resultados del sistema en sus primeros diez años de funcionamiento véase Duce, Mauricio, “Diez años de la Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”, en *Diez años de la Reforma Procesal Penal en Chile*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2011, pp. 23-73.

en presencia de un proyecto de ley que podría tener muchas variaciones durante su tramitación legislativa. Se trata de un proceso de cambio en curso, todo lo cual hace que las descripciones y opiniones de este trabajo tengan un grado de provisionalidad significativo en materia de los contenidos de cambio propuestos. Por lo mismo, no me ha parecido relevante el análisis específico o detallado de cada una de las propuestas incluidas en el proyecto de ley (de hecho, no analizaré de manera sistemática todos sus contenidos) y he optado por enfatizar los aspectos más generales de este proceso que pueden servir como lecciones a futuro para otros similares. Asimismo, debo advertir que el propósito central de este trabajo es informar a la comunidad jurídica general acerca de este Proyecto, por lo que intento evitar los análisis más específicos de temas técnicos que son de interés de los especialistas en el área procesal penal.

1. El surgimiento del proyecto de ley y sus objetivos

1.1. El contexto inicial y los riesgos de desmantelamiento de los principios del sistema

Como ya señalaba, el 3 de octubre de 2012 el Presidente de la República dio a conocer que su gobierno encabezaría una propuesta legal significativa de cambios al sistema procesal penal que denominó “La Reforma a la Reforma Procesal Penal”. El nombre que le dio a la propuesta de cambio, sumado al contexto y el tono de sus declaraciones, llevaron a pensar que se estaba trabajando en un proyecto con transformaciones de magnitud al sistema o de cambios fundamentales al mismo.

El anuncio del presidente se efectuó en una conferencia de prensa realizada en la Feria Los Olivos de la ciudad de Arica, en el contexto de diversas actividades que llevó adelante en la región ese día. Este se produjo solo unos días después que una juez de garantía había dejado en libertad al imputado por el delito de homicidio de un hinchista de Colo Colo, conocido por la opinión pública como el “Caso del Barrista”.⁵ El caso había generado una enorme polémica pública en la cual el gobierno había tenido un rol muy activo. Diversas autoridades se habían manifestado críticas frente a la decisión de los jueces de garantía, lo que fue recogido por varios medios. Así, por ejemplo, el Subsecre-

⁵ Se trata del caso en que se imputó a don Pablo Ávila M. como autor del homicidio de Claudio Lincaqueo ocurrido la noche del 30 de septiembre de 2012. El imputado habría confesado el delito en una declaración prestada ante la PDI en confusas circunstancias, que fueron un elemento decisivo sobre la base del cual distintos jueces de garantía denegaron una orden de detención en contra del imputado y, luego, su prisión preventiva en la audiencia de formalización de la investigación.

tario para la Prevención del Delito señaló, respecto a la resolución que negó la prisión preventiva en el mismo, que “...esta es una decisión impresentable y violenta el sentido común y el sentido de justicia”.⁶

Este tono crítico también se pudo apreciar en las declaraciones del presidente al hacer su anuncio. Así, este señaló, aludiendo al caso, que “Ayer supimos que por segunda vez un juez de garantía le había entregado el derecho a la libertad a un presunto homicida que estaba confeso de haber asesinado a un barrista de un gran equipo de fútbol. Yo quiero decirle a mis compatriotas: la lucha contra la delincuencia es una lucha dura y difícil. Al frente tenemos un enemigo poderoso, cruel, que no trepida ante nada y no respeta a nadie para conseguir sus objetivos y seguir cometiendo sus delitos”.⁷ Luego precisó que “...tengo la obligación, cuando vemos que algunos eslabones no cumplen su labor en la lucha contra la delincuencia, de tomar todas las medidas que están a nuestro alcance”.⁸ En ese contexto, el presidente señaló que estas medidas incluirían el envío al Congreso Nacional de un proyecto de ley de “reforma a la reforma”.

Si bien se trató de un anuncio considerado como sorpresivo,⁹ lo cierto es que a lo largo de varios meses el gobierno y el presidente venían manifestando su disconformidad con el funcionamiento del sistema, especialmente a partir de la resolución de casos de alto impacto público en donde jueces habían fallado en contra de la postura defendida públicamente por el Ejecutivo y en que el Ministerio de Interior había actuado en calidad de querellante. Este

6 Véase *La Segunda*, “Rechazo por ‘impresentable’ decisión de jueza que dejó libre a barrista: Expertos hablan de problema con la ley”, 2 de octubre de 2012, en: <http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/10/785292/rechazo-por-impresentable-decision-de-jueza-que-dejo-libre-a-barrista-expertos-hablan-de-problema-con-la-ley> (última visita, 25 de enero de 2013). Expresiones similares también se consignan en: *TERRA*, “Gobierno critica libertad a asesino confeso de barrista”, en <http://noticias.terra.cl/nacional/gobierno-critica-libertad-a-asesino-confeso-de-barrista,bee136ecco42a310Vg nVCM4000009bcbeoRCRD.htmln> (última visita, 25 de enero 2013).

7 Véase, *El Mostrador*, “Presidente Piñera anuncia ‘Reforma a la Reforma Procesal Penal’”, 3 de octubre de 2012, en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/10/03/presidente-pinera-anuncia-reforma-a-la-reforma-procesal-penal-2/> (última visita, 15 de enero de 2013).

8 Véase, *EMOL*, “Piñera anuncia reformas”, op. cit.

9 Una de las polémicas accesorias generadas por el anuncio giró en torno a si este había sido una nueva “salida de libreto” del Presidente o si se trataba de un proyecto que ya se venía trabajando en forma previa. La versión oficial del Ejecutivo es que se trata de un trabajo que llevaba bastante tiempo de preparación (al menos cuatro meses), aun cuando el Ministro de Justicia de la época reconoció que el anuncio lo había tomado por sorpresa. Véase, *El Dinamo*, “Ministro Ribera y reforma al proceso penal: ‘Me tomó por sorpresa el anuncio presidencial’”, 19 de octubre de 2012, en <http://www.eldinamo.cl/2012/10/19/ministro-ribera-y-reforma-al-proceso-penal-me-tomo-por-sorpresa-el-anuncio-presidencial/> (última visita, 25 de enero de 2013). En algunos medios se especuló que, si bien efectivamente había un trabajo previo, este estaba en “pañales” y por lo mismo se estaba en presencia de una salida de libreto. Véase, *El Mostrador*, “La salida de libreto”, op. cit.

escenario había generado tensiones y roces entre el Ejecutivo y el Poder Judicial. Quienes habían sido más criticados por las autoridades eran los jueces de garantía. Los casos de más connotación pública en los meses previos habían sido el conocido como “Caso Bombas”¹⁰ y el “Caso Pitronello”.¹¹ Por ejemplo, tratándose del “Caso Bombas”, el presidente había declarado que “Algo está funcionando mal”, para luego criticar a los jueces de garantía señalando que “uno ve que los jueces de garantía no están aplicando la ley con el espíritu con el cual fue aprobada, y a veces están más preocupados de los derechos de los delincuentes que los derechos de las víctimas y de la inmensa mayoría de los chilenos.” Ello hacía clara alusión a la exclusión de cerca de 4.000 pruebas que había realizado el juez de garantía del caso en la audiencia de preparación del juicio oral. El presidente reconocía en la misma declaración que lo ocurrido en este caso había sido un impulso para promover la “Reforma a la reforma”.¹²

Como se puede apreciar, si bien el momento pudo haber sorprendido a muchos, la idea de proponer cambios relevantes al sistema procesal penal ya estaba dando vueltas hacía algún tiempo y obedecía a una visión crítica de las autoridades del Ejecutivo generada por una serie de casos que se habían resuelto con enorme polémica pública. En lo esencial, esta visión consiste en entender que los jueces, especialmente los de garantía, aplican la ley de una manera que favorece a los delincuentes y perjudica a las víctimas.¹³ Por lo mis-

10 En dicho caso se absolvió a cinco acusados de participar en la fabricación y colocación de varios artefactos explosivos en distintos puntos de la capital. La sentencia absolutoria fue dada a conocer por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago el 13 de julio de 2012. La referida sentencia fue impugnada por el Ministerio Público y por el Ministerio del Interior, que dedujeron sendos recursos de nulidad, los que fueron rechazados por la Corte Suprema el 10 de octubre de 2012. Véase Corte Suprema, Rol 5654-2012 sentencia de fecha 10 de octubre de 2012.

11 En dicho caso- el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago absolvió –en voto dividido– a Luciano Pitronello por delitos terroristas de la Ley 18.314 y se le condenó por delitos de la ley común a una pena privativa de libertad a ser cumplida en régimen abierto (libertad vigilada), por haber colocado un artefacto explosivo en una sucursal bancaria de Santiago el 1 de junio de 2011. 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 150-2012, 15 de agosto de 2012. Dicha sentencia fue objeto de recursos de nulidad presentados por el Ministerio Público y el Ministerio del Interior, los que fueron rechazados por la octava sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el 19 de noviembre de 2012.

12 Véase, *El Dínamo*, “Piñera critica a jueces de garantía: ‘No aplican la ley con el espíritu con el cual fue aprobada’”, 17 de octubre de 2012, en <http://www.eldinamo.cl/2012/10/17/pinera-critica-a-jueces-de-garantia-no-aplican-la-ley-con-el-espiritu-con-el-cual-fue-aprobada/> (última visita, 25 de enero de 2013).

13 Por ejemplo, en el contexto de la ceremonia de promulgación de las leyes que crearon el registro nacional de prófugos y el sistema de penas alternativas a la prisión llevada a efecto en junio de 2012, el Presidente había formulado fuertes críticas a los jueces llamándolos a que “apliquen la ley con rigurosidad”, ya que observaba que a menudo “los delincuentes salen prontamente libres”. Una editorial de *La Tercera* hace ver lo inconveniente que el Presidente repita críticas que ya habían sido representadas en varias oportunidades previas por distintos Ministros de Estado, ya que ello “amenaza con escalar de manera innecesaria un conflicto de posiciones”. Véase, *La Tercera*, “Crítica

mo, el “Caso Barrista” parece haber constituido solo una gota que rebalsó el vaso y no la única razón para promover este cambio. Se trata de un escenario importante de tener presente para comprender las aprehensiones que generó el anuncio.

Para comprender el desarrollo del proyecto de ley es necesario tener presente, junto con el contexto ya descrito, los objetivos manifestados por el presidente al momento de anunciar esta iniciativa. Así, según recogió profusamente la prensa, el presidente planteó como objetivo de esta propuesta el fortalecer la lucha contra la delincuencia y las garantías para víctimas, “especialmente para la inmensa mayoría de chilenos inocentes que quieren vivir en paz y en tranquilidad”.¹⁴ Como se puede observar, se trata de objetivos asociados a la idea de “endurecimiento” del sistema y restricción de garantías fundamentales.

No obstante los objetivos específicos descritos, el anuncio del presidente no fue explícito en relación a sus contenidos concretos ni respecto al camino que se seguiría para la presentación del proyecto de ley. Debido a las críticas formuladas a los jueces de garantía y al funcionamiento del sistema, los medios de comunicación especularon inmediatamente que el proyecto incluirá, entre otras materias, disposiciones destinadas a hacer más estricto el otorgamiento de libertades de los imputados (desde otro ángulo, a facilitar el uso de la prisión preventiva en contra de los mismos), a ampliar las facultades policiales para controlar la identidad y detener, y a someter a una mayor fiscalización las decisiones de los jueces de garantía por medio de hacer apelables diversas resoluciones judiciales (entre ellas, las de exclusión de pruebas por motivos diferentes al de la obtención con infracción de garantías fundamentales).¹⁵ Se anticipaba un proyecto que podría generar tensiones y conflictos con garantías del debido proceso y poner en juego la lógica del diseño del sistema.

El contexto en el que fue formulado el anuncio, el tono con que fue presentado (poniendo énfasis en un cambio estructural, al etiquetar el proyecto como una “reforma a la reforma”), lo sorpresivo del mismo y los objetivos invocados por el presidente para promoverlo, generaron más de una duda en quienes trabajamos en el área de la justicia penal en nuestro país respecto

contra los jueces y fiscales”, 17 de junio de 2012, en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2012/06/894-467023-9-criticas-contra-jueces-y-fiscales.shtml?media=print> (última visita, 30 de enero de 2013).

14 Véase, *La Tercera*, “Piñera anuncia reforma al sistema procesal tras libertad”, op. cit.; *EMOL*, “Piñera anuncia reformas”, op. cit.

15 Véase, *La Tercera*, “Piñera anuncia reforma”, op. cit.; véase, *El Mostrador*, “La salida de libretos”, op. cit.

al alcance y consecuencias de las modificaciones que se pretendía presentar. El principal riesgo que se vislumbró fue que se tratara de una propuesta de “contrarreforma”, es decir, un cambio legal que afectara las bases y principios fundamentales del diseño del actual sistema procesal penal, poniendo en juego principios y garantías mínimas que hoy son reconocidas como pilares del Estado de Derecho. Una reforma no bien pensada e impulsada sobre la base de objetivos unilaterales como los planteados (con foco exclusivo en el combate contra el crimen y el favorecimiento de las víctimas) podía quebrar los complejos equilibrios sobre los cuales está construido el sistema e introducir distorsiones importantes a su funcionamiento. Una de las áreas que podría correr mayores riesgos era el complejo entramado de reglas estructuradas para garantizar el debido proceso. Por ejemplo, existía el temor a nuevas propuestas sobre prisión preventiva. Sucesivas reformas han ido cambiando el paradigma original con el cual se diseñó el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) en la materia, de manera de transformar esta medida cautelar en una consecuencia automática en la persecución penal de ciertos delitos, tal como ocurría en el sistema inquisitivo. Otra área de posibles propuestas problemáticas eran las facultades policiales de detención, en donde, también por vía de cambios legales, se ha ido entregando a la policía mayores facultades para controlar la identidad y detener a personas en flagrancia (al punto que es discutible que en la regulación actual de la flagrancia se contemple solo casos de flagrancia), reduciéndose en forma paralela los controles judiciales para evitar situaciones abusivas. También existían riesgos en materia de admisibilidad de la prueba de juicio. En efecto, a partir de varios casos (entre ellos el Caso Bombas), se había generado una fuerte corriente de opinión destinada a restringir de manera significativa las facultades de los jueces de garantía para excluir pruebas.¹⁶

La historia de cambios similares en nuestro país tampoco era auspiciosa y abonaba muchas preocupaciones.¹⁷ El caso más cercano había sido el de la reforma conocida como “agenda corta” (Ley 20.253 del 14 de marzo de

16 Por ejemplo, en el mismo mes de octubre de 2012 fue presentado a la Cámara de Diputados un proyecto de ley por parte de un grupo de Diputados oficialistas (Alvarez-Salamanca, Bauer, Bobadilla, Cardemil, Cristi, Hasbún, Hernández, Letelier, Salaberry y Urrutia) destinado a eliminar la posibilidad que el juez excluyera la prueba por considerarla “manifiestamente impertinente”. Véase Boletín 8641-07. Se trata de una propuesta técnicamente equivocada, ya que la “pertinencia” de la prueba constituye un criterio universalmente admitido para la selección de prueba, que, en caso de ser eliminado, podría generar consecuencias importantes en la extensión de los juicios y la pérdida de calidad de la información para resolver los casos. El Tribunal Constitucional ha ratificado la idea que el derecho a presentar prueba supone que se trate de prueba pertinente. Véase Tribunal Constitucional, Rol 481-2006, sentencia del 4 de julio de 2006, considerando 9 y ss.

17 Un resumen de los principales cambios experimentados por la reforma procesal penal puede verse en *La Tercera*, “Los cambios que sufrió la reforma procesal penal en 12 años”, 5 de octubre de 2012, p. 10.

2008). Esta modificación se aprobó en el marco de un acuerdo político llamado “agenda corta antidelinuencia”, que también se produjo en el contexto de debate público acerca de la concesión de libertades por parte de los jueces de garantía.¹⁸ Esta ley introdujo modificaciones sustanciales a la regulación de la prisión preventiva en Chile y otras de importancia en materia de control de identidad y detención por flagrancia.¹⁹ Uno de los cambios más polémicos que introdujo en materia de prisión preventiva, el del artículo 149 del CPP, fue objeto de un fuerte debate e incluso llegó a ser cuestionado en varias ocasiones ante el Tribunal Constitucional.²⁰ El resultado de esta reforma fue la introducción de cambios que endurecieron el régimen de la prisión preventiva, los que han sido ácidamente criticados por la doctrina. Así, se ha señalado que ellos producirían un “...notorio cercenamiento a las garantías que rodeaban, inicialmente, al modelo procesal penal implementado en Chile a contar del año 2000”²¹ o que ellos produjeron “...un fortalecimiento brutal de la prisión preventiva, de un modo tal que lo único que queda por hacer en esta línea sería derechamente el establecimiento de delitos inexcusables, como en los viejos tiempos”.²² Como se puede apreciar, el fantasma de una reforma similar surgió luego del anuncio del presidente.

Durante su mandato, el gobierno había presentado otros proyectos de reforma de alcance menor, pero también muy problemáticos desde el punto de vista de su coherencia con los principios del sistema. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo había presentado a la Cámara de Diputados un proyecto de ley

18 Véase *Acuerdo político legislativo en materia de seguridad ciudadana*, de 26 de noviembre de 2007, firmado por representantes de todos los sectores políticos (documento de 13 páginas en formato electrónico en poder del autor).

19 Una visión más detallada de los cambios introducidos por esta modificación legal en materia de prisión preventiva, así como de su impacto en el funcionamiento del sistema, puede verse en Duce, Mauricio y Riego, Cristián, *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2011, pp. 179-188.

20 El Tribunal Constitucional, luego de haber rechazado algunos casos iniciales en sede de admisibilidad sin pronunciarse sobre el fondo de los mismos (véase Tribunal Constitucional, Roles 1057-08 y 1060-08, sentencias del 24 de abril de 2008), declaró admisible el requerimiento presentado por un juez de garantía (causa Rol 1065-08) y lo rechazó tanto por considerarse que no impugnaba una norma aplicable a un caso concreto –sino más bien se trataba de una impugnación en abstracto–, como por entender que dicha norma no afectaba derechos fundamentales en caso de ser aplicada. Véase Tribunal Constitucional, Rol 1065-2008, sentencia del 18 de diciembre de 2008. La sentencia cuenta con voto de minoría del magistrado Correa Sutil, quien estuvo por aprobar el requerimiento de inconstitucionalidad.

21 Véase Castro, Javier, *Introducción al derecho procesal penal chileno*, (Legal Publishing) 2008, p. 41.

22 Véase Hernández, Héctor, “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y régimen de exclusión de prueba”, en *Agenda corta antidelinuencia*, (Centro de Documentación Defensoría Penal Pública) 2010, p. 26.

el 22 de noviembre de 2010²³ con modificaciones a la prisión preventiva y a la suspensión condicional del procedimiento, destinados también a “endurecer” el sistema por vía de facilitar el uso de la prisión preventiva en ciertos casos y limitar a la suspensión en otros. En noviembre de 2011, una comisión de expertos del partido Renovación Nacional (el partido del presidente de la República) –encabezada por Miguel Otero– presentó al Ejecutivo un anteproyecto que contenía varias propuestas incompatibles con los principios del sistema, por ejemplo, en materia de prisión preventiva, facilitando su uso automático en ciertas categorías de casos.²⁴

En el contexto descrito, los temores a que el anuncio de la “reforma a la reforma” diera paso a un nuevo intento por retroceder en materias como la regulación de la prisión preventiva o en el área de la admisibilidad de la prueba eran bastante justificados. Eso explica el fuerte cuestionamiento de algunos sectores al anuncio.²⁵

1.2. De la “Reforma a la Reforma” al “Perfeccionamiento del sistema”

El paso de los días fue dejando claro que el anuncio del presidente había sido una reacción espontánea o fruto de cierto nivel de frustración frente a los resultados de los casos descritos y no obedecía necesariamente a que a esa altura el gobierno contara con un proyecto específico ya elaborado. Esto llevó a que, a pocos días del anuncio original, se comenzará a entregar más información acerca del proceso de preparación del proyecto de ley y sus contenidos. El 11 de octubre (más de una semana después del anuncio), luego de una reunión en la que participaron, entre otros, los Ministros del Interior y

23 Véase Mensaje N° 507-358 del 22 de noviembre de 2010 por el cual el Presidente de la República inicia un proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de suspensión condicional del procedimiento y prisión preventiva.

24 A modo de ejemplo, se puede mencionar la propuesta que pretende introducir un nuevo inciso al artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal, señalando que “El hecho que el imputado haya sido sometido a una medida cautelar o reconocido su responsabilidad o haya sido sometido a suspensión condicional del procedimiento o haya aceptado un acuerdo reparatorio por delitos de la misma especie o por delitos de mayor gravedad, es suficiente para ser considerado un peligro para la seguridad de la sociedad”. El documento en donde consta dicho proyecto se encuentra en formato electrónico en poder del autor.

25 Por ejemplo, el presidente de la Asociación Nacional de Magistrados señaló: “Se ha hecho un anuncio bastante genérico y no se advierte detrás de esto un trabajo serio, con intervención de todos los actores que han participado en el proceso de reforma”. Véase, *La Tercera*, “Gobierno anuncia mayor control de jueces en cambios a la Reforma Procesal Penal”, 12 de octubre 2012, p. 10. Recogiendo varias opiniones de distintos medios, puede verse, *El Dinamo*, “Reforma procesal penal: ¿A favor de las víctimas o el fin de un sistema garantista?”, 4 de octubre de 2012, en <http://www.eldinamo.cl/2012/10/04/reforma-procesal-penal-expertos-se-dividen-a-favor-de-las-victimas-o-el-fin-de-un-sistema-garantista/> (última visita, 25 de enero de 2013).

Justicia, y algunos parlamentarios oficialistas, el presidente ofreció una nueva conferencia de prensa, ahora en La Moneda, en la que dio a conocer que el proyecto de ley sería enviado en un plazo de 100 días al Congreso Nacional y explicó brevemente los seis ejes de sus contenidos (participación de víctimas, mayores facultades policiales, aumento del uso de prisión preventiva, mayores controles a los jueces de garantía, facilitar el uso de prueba, y coordinación y capacitación de actores del sistema).²⁶ Junto con ello, el presidente recalcó que “Después de 12 años, el gobierno estima que llegó el momento de hacer una evaluación e incorporar perfeccionamiento a nuestro sistema procesal penal con dos objetivos principales: hacer más eficaz la lucha contra la delincuencia y ayudar a las víctimas”.²⁷

Este nuevo anuncio marcó un cambio en el tono con que se había manejado el tema hasta el momento. Si bien el Presidente reiteró los mismos objetivos de la propuesta de reforma, ya no habló de un cambio radical al sistema (reforma a la reforma) sino de “perfeccionamientos” al mismo. Por otro lado, se refirió a la necesidad que esos perfeccionamientos fueran producto de una evaluación del sistema luego de doce años de vigencia, lo que enfatizaba que la idea de legislar no era simplemente una respuesta a un caso puntual sino que significaría un proceso más sistemático de evaluación y diagnóstico.²⁸

A partir de estas declaraciones, la idea que el anuncio no se refería cambios estructurales del sistema fue ratificada por diversos personeros. Así, el vocero de la Corte Suprema, ministro Hugo Dolmestch, al preguntársele por la materia, señaló: “Es una idea que se ha ido aclarando, que puede llamar a dudas. Lo concreto es que el Gobierno, así me lo han dicho, pretende hacer pequeños ajustes de orden procesal breve, en el sentido de acelerar algunos recursos, pero jamás tratar de alterar el fondo, porque sería fatal hacerlo”.²⁹ El Ministro de Justicia de la época señaló, por su parte, que “esto es una reforma

26 Véase, *La Tercera*, “Gobierno anuncia mayor control de jueces”, op. cit.

27 Véase, *La Segunda*, “Piñera anunció los seis ejes que tendrá ‘reforma a la reforma’: Más control a jueces”, 11 de octubre de 2012, en <http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/10/787996/pinera-anuncio-los-seis-ejes-que-tendra-reforma-a-la-reforma-mas-control-a-jueces> (última visita, 25 de enero de 2013).

28 Así, por ejemplo, lo destacaba una opinión editorial de *El Mercurio* al señalar que de las palabras del Ministro de Justicia se podía desprender que se intentaba “...poner en marcha un proceso que comenzará con un levantamiento de información y elaboración de un diagnóstico de los principales problemas”. Véase, *El Mercurio*, “¿Qué reformas a la reforma?”, 11 de octubre de 2012, p. A3.

29 Véase, *La Tercera*, “Gobierno anuncia mayor control de jueces”, op. cit.

y no una contrarreforma”.³⁰ Esta idea sería luego enfatizada por el vocero de gobierno (actual Ministro del Interior), quien señaló respecto al carácter del proyecto que “yo no lo llamaría una contrarreforma... más bien hablaría de un perfeccionamiento a la Reforma Procesal Penal”.³¹

Si bien estas aclaraciones no pusieron término a las críticas que se formulaban a los objetivos y contenidos anunciados para el proyecto de ley,³² sí comenzaron a perfilar un escenario más positivo respecto al carácter del mismo. El proyecto de ley, especialmente el debate que podía generar en su etapa de preparación, constituiría una oportunidad para avanzar en modificaciones necesarias que por largo tiempo se discutían en áreas que se habían ido detectando como deficitarias o que requerían actualización. También ofrecía la oportunidad para avanzar en evaluaciones que no se habían realizado en los últimos años, para generar correcciones basadas en evidencia sólida no disponible en algunas áreas. Ello generaba una oportunidad para consensuar una visión compartida por los distintos actores acerca de hacia dónde debiera avanzar la justicia penal chilena a futuro, en un escenario de fuerte crítica pública. Si bien el límite de 100 días para la presentación del proyecto de ley anunciado por el presidente ponía un techo a la posibilidad de hacer un trabajo de largo aliento, el hecho que se anunciara que existían evaluaciones detrás de las propuestas abría una ventana de oportunidad para un trabajo serio y un debate con altura de miras, necesario en el estado de desarrollo de nuestro sistema procesal penal.³³

30 Véase, *El Dínamo*, “Reforma a la reforma procesal penal: Piñera anuncia proyecto de ley de aquí a 100 días”, 11 de octubre de 2012, en: <http://www.eldinamo.cl/2012/10/11/reforma-a-la-reforma-procesal-pinera-anuncia-proyecto-de-ley-de-aqui-a-100-dias/> (última visita, 25 de enero de 2013).

31 *El Dínamo*, “Chadwick y ajustes a la reforma procesal penal: ‘No es contrarreforma sino perfeccionamiento’”, 17 de octubre de 2012, en <http://www.eldinamo.cl/2012/10/17/chadwick-anuncia-avances-en-reforma-a-la-reforma-procesal-penal/> (última visita, 25 de enero de 2013).

32 Especialmente activa en las críticas estuvo la Asociación Nacional de Magistrados, que reaccionó frente a los anuncios del 11 de octubre de 2012 manifestando su total desacuerdo respecto al anuncio y especialmente respecto al eje referido al aumento de control de los jueces de garantía. La Asociación manifestó, entre otras cuestiones, que “Un anuncio de esta índole puede inducir a error a la opinión pública, al instalar la idea que los jueces penales no cuentan con mecanismos adecuados para controlar sus decisiones, en circunstancias que la Constitución y la ley vigentes sí consideran medios de impugnación concretos que procuran evitar el error judicial”. Estas declaraciones se realizaron por medio de un comunicado dado a conocer al finalizar la 40 Convención Nacional. Véase, *EMOL*, “Asociación de magistrados rechaza la reforma al sistema procesal anunciada por Piñera”, 16 de octubre de 2012 en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/16/564930/asociacion-de-magistrados-rechaza-la-reforma-al-sistema-procesal-anunciada-por-pinera.html> (última visita, 25 de enero de 2013); y *El Mostrador*, “Jueces rechazan declaraciones de Piñera sobre reforma al proceso penal”, 16 de octubre de 2012, en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/10/16/jueces-rechazan-declaraciones-de-pinera-sobre-reforma-al-proceso-penal/> (última vista, 25 de enero de 2013).

33 En esta misma dirección, el diputado demócratacristiano Jorge Burgos escribía una opinión en CIPER,

En el contexto descrito, el presidente encargó al Ministerio de Justicia preparar una propuesta de cambios para cumplir con los plazos fijados. El desarrollo de esta propuesta y el proyecto que finalmente fue presentado al Congreso son objeto de análisis en la próxima sección.

2. El desarrollo y contenidos del proyecto

2.1. El trabajo de la Comisión Asesora y su informe

Como primer paso para cumplir con el encargo del presidente, el Ministerio de Justicia convocó, a mediados de octubre, a un grupo de expertos y actores políticos para pronunciarse sobre un conjunto de propuestas de modificaciones elaboradas por el propio Ministerio. A este grupo de trabajo se le llamó “Comisión Asesora Presidencial para el Perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal” (en adelante, la Comisión o Comisión de expertos). Como se puede apreciar, se dejaba de lado de manera formal la etiqueta de “reforma a la reforma” y se hablaba de “perfeccionamiento”, reforzándose así que no era la idea de este trabajo avanzar en cambios estructurales que pudieran afectar la lógica y principios del sistema.

La Comisión estuvo integrada por un grupo de siete personas (sin considerar a las autoridades) de la sociedad civil, entre los cuales había profesores universitarios, representantes del colegio de abogados³⁴ y miembros de institutos o fundaciones con experiencia en el área legislativa.³⁵ Además, la integraban dos parlamentarios oficialistas,³⁶ el Ministro de Justicia, una asesora de la presidencia y la Subsecretaria de Justicia a cargo de la Secretaría Ejecuti-

señalando: “Si la ‘reforma a la reforma’ es un camino para mejorar su funcionamiento, fruto de un trabajo riguroso, podemos converger. Pero si se convierte en un atajo a la inquisición del proceso anterior, en el Parlamento nos vamos a encontrar”. Véase *CIPER*, “‘Reforma’ a la reforma procesal penal: ¿Avance o retroceso?”, 18 de octubre de 2012 en: <http://ciperchile.cl/2012/10/18/%E2%80%99Creforma%E2%80%99D-a-la-reforma-procesal-penal-%C2%BFavance-o-retroceso/> (última visita, 25 de enero de 2013). El presidente de la Asociación Nacional de Magistrados (Rodrigo Cerda), junto con criticar duramente la intención del Gobierno, se abrió a la posibilidad de cambio señalando que “Pueden ser necesarias [las modificaciones] pero para ello estimamos que es previo hacer un análisis serio, de largo aliento, con estudios empíricos, para identificar los principales problemas que el sistema está teniendo.” Véase, *El Mostrador*, “Jueces: ‘Nos incomoda que se nos trate como chivo expiatorio’”, 18 de octubre de 2012, en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/10/18/jueces-nos-incomoda-que-se-nos-use-como-chivo-expiatorio/> (última visita, 25 de enero de 2013).

34 Se trató de: profesor Juan Domingo Acosta; profesor Cristián Maturana Miquel; profesor Julián López Masle, consejero del Colegio de Abogados; profesor Jorge Bofill Genzsch, consejero del Colegio de Abogados y profesor Raúl Tavolari Oliveros.

35 Se trató de José Francisco García, Coordinador de Políticas Públicas del Instituto Libertad y Desarrollo; Javiera Blanco, Directora de Fundación Paz Ciudadana.

36 El senador Alberto Espina y el diputado Edmundo Eluchans.

va, con el apoyo del equipo del Ministerio.³⁷ Aunque la Comisión intentó tener una participación plural, se pueden apreciar varios déficits en su composición. El más obvio se dio en la integración “política” de la Comisión, en la que no se incluyó a ningún representante de la oposición. En la parte técnica, no se incluyó a actores institucionales del sistema (jueces, fiscales, defensores o policías) y la representación de académicos estuvo fuertemente dominada por docentes con una intensa inserción en el ejercicio profesional. Tratándose de institutos o fundaciones, solo se incluyó una con experiencia relevante previa en el área procesal penal (la Fundación Paz Ciudadana).

La Comisión funcionó en siete sesiones de trabajo de dos horas y media, que fueron llevadas adelante en menos de tres semanas corridas entre el 22 de octubre y el 6 de noviembre de 2012. Al finalizar su trabajo, la Comisión se reunió con el presidente para darle a conocer sus resultados y produjo un informe final con fecha de 8 de noviembre de 2012.³⁸ En cuanto al método de trabajo, se les solicitó a los integrantes de la Comisión que se pronunciaran respecto a un conjunto de propuestas elaboradas por el Ejecutivo. También se abrió la posibilidad que los comisionados pudieran presentar ideas de propuestas de cambio para ser discutidas en la Comisión e incluidas eventualmente en el informe final de la misma.³⁹ Por lo mismo, no se trató de una instancia de verdadero análisis abierto sobre los problemas del sistema en el que se pudiera compartir informaciones ya existentes o se avanzará en identificar áreas de trabajo en donde se requerían más antecedentes. Se trató, más bien, de una discusión focalizada a aspectos previamente determinados por el Ejecutivo o en que los comisionados pudieran aportar en base a su conocimiento y experiencia personal.

En definitiva, la Comisión trabajó alrededor de 18 horas en las que tuvo que cumplir con diversos objetivos: se discutió y fijó el método de trabajo, sus integrantes se pronunciaron sobre las propuestas presentadas por el Ejecutivo, se evaluaron las propuestas presentadas por un comisionado y se acordó la redacción de un informe final. Todo ello arroja algunas luces acerca de la posibilidad real que tuvo la Comisión de abordar con profundidad el análisis de las

37 A la fecha el Ministro de Justicia era Teodoro Ribera, la asesora de la presidencia fue Fernanda Garcés y la Subsecretaría de Justicia, Patricia Pérez (actual Ministra de Justicia).

38 Véase Informe de la Comisión Asesora Presidencial para el Perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal, 8 de noviembre de 2012, 40 páginas (documento en formato electrónico en poder del autor).

39 Solo el comisionado Julián López presentó un conjunto de ideas que figuran en la sección D del informe (pp. 28-37).

necesidades de reforma del sistema, más allá de lo que el Ejecutivo le presentó.

Las propuestas del Ejecutivo presentadas a la discusión incluyeron 33 medidas organizadas en tres ejes diversos: coordinación de los actores (5 medidas), capacitación y formación de los mismos (3 medidas) y modificaciones legislativas (7 medidas para aumentar protección y participación de las víctimas, 7 para mejorar la persecución penal que realiza el Ministerio Público, 3 para fortalecer el trabajo policial y 8 para perfeccionar el funcionamiento del sistema).

Como se puede observar, el método de trabajo no permitió que la Comisión tuviera el tiempo necesario para revisar la información disponible, discutirla en profundidad, analizar debates y propuestas existentes en varios temas por fuera de las que el Ejecutivo les presentó o, más ambiciosamente, construir un diagnóstico detallado de cuáles aspectos específicos de funcionamiento del sistema pudieran haber influido en resultados negativos en el “combate contra la delincuencia” y la “protección de los derechos de las víctimas”, planteados como objetivos originales del cambio. En buena medida se descansó en el nivel de conocimiento y experticia de cada uno de sus integrantes, el que, por sus trayectorias y dedicaciones profesionales, era bastante diverso. En definitiva, la Comisión tuvo menos de tres semanas y no más de 18 horas para pronunciarse sobre una gran cantidad de propuestas, que apuntaban a áreas muy diversas, y construir un informe como resultado de tal debate. No existe información que el Ejecutivo haya elaborado un documento que sistematizara los principales debates e investigaciones disponibles que identificaban aspectos potenciales de reforma o un diagnóstico sustentado en información empírica sobre la materia, instrumentos que sirvieran de sustrato o base sobre la cual la Comisión pudiera discutir propuestas de cambio.⁴⁰ De hecho, en el informe solo existe una medida en la que se menciona un antecedente estadístico en el debate: la contenida en la sección C.a.6 referida al perfeccionamiento del control sobre el archivo provisional.

Sin abordar un análisis detallado de los contenidos finales del informe de la Comisión, me parece importante destacar algunas cuestiones generales del mismo que pueden guiar al lector acerca de sus alcances y de cómo se fue concretando el actual proyecto de ley sobre la materia.⁴¹

Una primera cuestión a destacar es que el informe puso un fuerte énfasis en la necesidad de avanzar con medidas de perfeccionamiento del sistema que

40 La falta de diagnóstico es una crítica que se formuló desde el inicio del proceso. En este sentido, véase *El Mercurio*, Alvear, Soledad, “Otra reforma a la reforma”, 7 de octubre de 2012, p. A2.

41 Un análisis más detallado puede verse en Libertad y Desarrollo, “Perfeccionamiento al sistema procesal penal: Evaluación del informe de expertos”, en *Temas Públicos*, 1088, 16 de noviembre de 2012.

no necesariamente consistían en reformas legales, sino que en mejoras en los niveles de coordinación entre las instituciones del sistema, y de capacitación y entrenamiento de los actores del mismo. De hecho, los dos primeros ejes y ocho de las medidas apuntaron en esa dirección en temas tales como facilitar los procesos de constatación de lesiones y comparecencia de peritos institucionales (en materia de coordinación) y generar jornadas interinstitucionales de capacitación a nivel regional y revisar planes de estudio y mallas curriculares de las policías (en materia de capacitación). Esto fue especialmente destacado por las autoridades al dar a conocer el informe de la Comisión⁴² y había sido parte importante también del debate de especialistas y líderes de opinión en las semanas previas.⁴³ En efecto, varias de las críticas que se habían formulado al sistema se presentaban más bien como problemas operativos de funcionamiento y desarrollo de prácticas inconvenientes que como aspectos de diseño legal. No obstante lo positivo de esta orientación, el gran desafío para una Comisión que tenía por objeto identificar propuestas de cambio legal, era precisamente abocarse a la tarea de ver qué reformas de tipo legal eran indispensables para concretar cambios relevantes en las áreas de coordinación y capacitación. En este ámbito los avances de la Comisión fueron escasos, lo que hacía correr el riesgo que esta correcta orientación general quedara como una recomendación, sin producir cambios concretos en la realidad.

Un segundo punto interesante a destacar es que en la revisión del eje de modificaciones legislativas (que incluyó propuestas de 25 medidas en cuatro áreas) se puede apreciar que, más allá de discrepancias específicas sobre algunas propuestas muy concretas, no existe una orientación a “desmantelar” los principios básicos del sistema o de avanzar en una “contrarreforma”. Por ejemplo, no hay reformas significativas en los temas sobre los que se temía se intentara legislar (prisión preventiva, control de identidad y detención, y eliminación de criterios de admisibilidad de la prueba). Es más, en el informe se puede apreciar que los comisionados cuestionaron algunas de las propuestas que entraban en mayor conflicto con principios y garantías del sistema: por ejemplo, la contenida en la sección C.c.3 que intentaba incluir la confesión del

42 Así, por ejemplo, lo destacó el Ministro de Justicia al reunirse con el Presidente y la Comisión para explicarle los resultados de su trabajo. Véase *La Tercera*, “Justicia destaca coordinación entre policías y capacitación de intervinientes como mayores cambios a reforma procesal penal”, 7 de noviembre de 2012, en: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/11/680-492157-9-justicia-destaca-coordinacion-entre-policias-y-capacitacion-de-intervinientes.shtml> (última visita, 29 de enero de 2013).

43 En esta dirección véase, entre otros, *El Mercurio*, María Inés Horvitz, “¿No al debido proceso?”, 13 de octubre de 2012, p. A2; *El Mercurio*, Soledad Alvear, “Otra...”, op. cit.; y, *El Mercurio*, “¿Qué reformas...?”, op. cit.

imputado como causal legal para proceder a la detención sin orden judicial previa o la contenida en la sección C.d.7 referida a la restricción de consecuencias que la Ley actualmente regula en caso de no presentación de acusación por parte del Ministerio Público dentro de plazo.

Un tercer elemento del informe que llama la atención, vinculado a las propuestas de reformas legislativas, es la inclusión de un conjunto de medidas que poco tienen que ver con los objetivos originales planteados por las autoridades para el proyecto, sin perjuicio que pueden contribuir a perfeccionar el funcionamiento de algunas áreas del sistema.⁴⁴ Llamam la atención propuestas que podrían reforzar ciertas garantías básicas de los imputados, lo cual pareciera ir en dirección opuesta al objetivo político detrás de la gestación de esta iniciativa. Así, por ejemplo, la medida de la sección C.c.1 referida a fijar estándares mínimos para las actividades policiales de reconocimientos de imputados en la práctica debiera elevar significativamente las garantías en ese ámbito, lo mismo que, con matices, la contenida en la sección C.d.2 referida a imponer una obligación de precisar mejor los puntos de prueba a los intervinientes.⁴⁵ Mi punto no tiene que ver con la corrección o incorrección de esas propuestas (en cuanto a los reconocimientos, me parece indispensable avanzar en la dirección que manifiesta el informe), sino más bien con constatar que las propuestas discutidas y registradas en el informe parecen obedecer a objetivos más plurales y diversos que los enfatizados por la autoridad durante el proceso.

Como contrapartida, llama la atención que las medidas propuestas por el Ejecutivo y en las que finalmente se incorporaron en el informe no incluyeran una serie de materias asociadas a los objetivos políticos del proyecto y que era razonable esperar formaran parte de él (ya sea en forma de cuestiones de coordinación o como aspectos de reforma legal), ya que sobre ellas existía información disponible o habían sido identificadas en distintos momentos por especialistas como componentes del sistema que requerían ajustes para me-

44 Dentro de estas, destacan varias propuestas de mejoras como, por ejemplo, la contenida en la sección C.a.3, destinada a modificar la regla de competencia en sede civil de las acciones civiles provenientes del delito, o la contenida en la sección C.d.4, referida a esclarecer la forma de introducir prueba pericial a juicio. Como puede observarse, no es claro el vínculo de las mismas con los objetivos planteados para el Proyecto.

45 En este caso, se trata de una propuesta que también podría tener un impacto en la eficiencia del sistema, ya que el Ministerio Público se vería beneficiado con un descubrimiento más fuerte y claro de la prueba de la defensa. Con todo, el punto que me interesa destacar es que varias propuestas tienen objetivos bastante más amplios e incluso en algún sentido contradictorios con los discursos y objetivos mencionados para justificar este trabajo de parte del Ejecutivo.

jorar su funcionamiento. La falta de esas materias tiende a limitar el potencial impacto de esta reforma.

No cabe hacer en el espacio de este trabajo un listado exhaustivo y detallado de todas las materias en que eran esperables propuestas del Ejecutivo y la Comisión para el logro de los objetivos planteados. Con todo, me parece útil mencionar, a modo de ejemplos, algunos temas de distinta índole y alcance que han sido objeto de discusión en los últimos años y en donde existía información disponible que permitía justificar un cambio, pero que parecen no haber sido considerados en este proceso.

Un primer tema respecto al cual el informe no incluye ninguna propuesta e idea es en materia del mejoramiento de la producción de información para la toma de decisiones sobre medidas cautelares personales y el establecimiento de controles para el cumplimiento de las mismas (especialmente, las previstas en el artículo 155 del CPP). Existe diversa evidencia empírica que muestra que un problema importante radica en la escasa información personal de los imputados disponibles para la toma de estas decisiones y la debilidad del sistema de controles de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.⁴⁶ Es sorprendente que el propio Gobierno haya incluido esto como un tema relevante en su política de seguridad pública al inicio de su mandato. En efecto, en el Plan de Seguridad Pública 2010-2014 (Plan Chile Seguro), el Ejecutivo planteó su compromiso de crear una Agencia de Control de Medidas Cautelares a implementarse el año 2012 y cuyas funciones centrales incluirían la evaluación de riesgo y supervisión de las personas sometidas a medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva.⁴⁷ Esta iniciativa avanzó con la instalación de un proyecto piloto en 2011 que finalmente no pudo ser implementado por la negativa de la Corte Suprema, en una etapa final del proceso, a apoyarlo.⁴⁸ Este trabajo constituía una enorme oportunidad para

46 Véase Ahumada, Alejandra, Farren, Diego y Williamson, Bernardita, *Encuesta de opinión de jueces: Evaluación de las medidas cautelares y otros temas relacionados*, (Fundación Paz Ciudadana) 2009, en www.pazciudadana.cl/docs/pub_20100310181248.pdf (última visita, 20 de marzo de 2013). Ver también Duce y Riego, op. cit., pp. 163-168.

47 Véase Plan Chile Seguro, agosto de 2010, pp. 42-44.

48 La decisión fue adoptada por la Corte Suprema el 3 de octubre de 2011; sus fundamentos pueden encontrarse en el comunicado elaborado por el Poder Judicial disponible en http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=3359&opc_menu=0&opc_menu=&opc_item= (última visita, 4 de octubre de 2011) (copia electrónica de dicho documento se encuentra en poder del autor). Con posterioridad, se intentó que el Ministerio Público asumiera la instalación de una oficina para ello, lo que tampoco ha prosperado a la fecha (alternativa, además, que es extremadamente problemática a la luz de la experiencia comparada que sugiere que este tipo de servicios no debiera instalarse en instituciones como el Ministerio Público o la Defensoría Penal Pública, que cumplen funciones específicas en el sistema, lo que podría afectar la credibilidad de la información obtenida).

volver sobre un tema en extremo delicado para el funcionamiento del sistema y que era reconocido como tal. Una reforma legal podría haber destrabado el conflicto generado al momento de implementarse el proyecto piloto.

Algunos estudios y autores habían planteado también la existencia de debilidades del sistema en el tratamiento de la criminalidad habitual, que requerían ciertas correcciones urgentes a nivel legal y de prácticas de la persecución penal;⁴⁹ por ejemplo, en materia de reglas que autorizan la utilización de la suspensión condicional del procedimiento en casos de personas con “varias pasadas” en el sistema pero legalmente “primerizos.”⁵⁰

Respecto a la misma suspensión condicional del procedimiento, se habían planteado también cuestionamientos debido a su explosivo aumento entre 2006 (cuando representó el 9,1% del total de términos del sistema) y 2011 (17% de los mismos), lo que obligaba a examinar su uso.⁵¹ El Ministerio Público había planteado la necesidad de establecer un sistema de control para asegurar el cumplimiento de las condiciones de esta salida alternativa frente a la inexistencia de un sistema que cumpliera con tal labor. Esa propuesta había sido incluida en el Plan de Fortalecimiento Institucional del Ministerio Público 2009-2012 presentada al Gobierno y que se encontraba en discusión por un tiempo.⁵²

En materia de persecución penal se venían planteado hace tiempo varios cuestionamientos y necesidades de cambio y mejoras de coordinación tanto en la persecución penal de los delitos menos graves como en materia de delitos complejos. Por ejemplo, se ha criticado la existencia de deficiencias importantes en el método de trabajo para llevar adelante la investigación (basado en la “orden de investigar”), el no aprovechamiento de los sistemas de información y la persistencia de problemas de coordinación entre policías y fiscales que van más allá del tema de los indicadores comunes abordado

49 Pásara, Luis, “Claroscuros en la reforma procesal penal chilena: El papel del Ministerio Público”, en *Crimen e Inseguridad*, (Catalonia) 2009, pp. 299-338.

50 El profesor Jean Pierre Matus argumentó públicamente por la inclusión de temas de este tipo, preparando un informe sobre la materia encargado por la Fundación Res Pública. Véase, *El Mercurio*, “Reforma a la reforma”, 11 de octubre de 2012, p. A2. También en esta línea se manifestó Juan Domingo Acosta. Véase, Acosta, Juan Domingo, “‘Reforma’ a la reforma procesal penal ¿Marcha adelante o marcha atrás?”, en *Revista del Abogado*, 56, 2012, p. 8.

51 Sobre el tema véase *El Mercurio Legal*, Duce, “Hay que prestar más atención a la suspensión condicional del procedimiento”, 31 de enero de 2012. Cabe señalar que en 2012 el porcentaje de esta salida alternativa aumentó a un 18% del total de términos.

52 Véase Plan Estratégico Ministerio Público 2009-2015, p. 43, en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/plan.jsp> (última visita, 20 de marzo de 2013).

en el informe.⁵³ Lo anterior ha llevado al Ministerio Público a plantear, por ejemplo, la necesidad de fortalecer el trabajo de sus Unidades de de Tramitación de Causas Menos Complejas (TCMC) en su proyecto de fortalecimiento presentado al Ejecutivo.⁵⁴ También existe información disponible que ha dado cuenta de las severas deficiencias del sistema para enfrentar la investigación de casos sin imputado conocido, radicadas en problemas de coordinación e incentivos para la persecución penal, que la propuesta no pareciera abordar.⁵⁵ A ello se agregan potenciales modificaciones a aspectos orgánicos y de la carrera funcionaria del Ministerio Público, que podrían estar afectando la eficacia de su trabajo.⁵⁶

Otro ejemplo que ilustra la variedad de problemas no abordados se vincula a la declaración del imputado en el cuartel policial, tema delicado en la persecución penal de la gran mayoría de delitos. En la práctica se produce un problema operativo importante, ya que no resulta del todo claro en el actual CPP si se requiere o no la presencia del abogado defensor para su procedencia, especialmente a partir de la reforma constitucional publicada el 11 de julio de 2011 por la Ley 20.516, lo que trae aparejadas consecuencias importantes,

53 Véase Duce, “Desafíos de la persecución penal de delitos comunes en Chile: Reflexiones a partir de una investigación empírica”, en *Revista Sistemas Judiciales*, 15, (Centro de Estudios de Justicia de las Américas) 2011, p. 210.

54 Véase Pan Estratégico del Ministerio Público 2009-2015, p. 46.

55 Casi en forma paralela al desarrollo del Proyecto, el Centro de Estudios de la Justicia dio a conocer un estudio empírico crítico sobre el punto (el 4 de octubre). Véase, *La Tercera*, “Estudio de organismo dependiente de la OEA critica desempeño de fiscalía y policías chilena”, 5 de octubre de 2012, en <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/10/680-486802-9-estudio-de-organismo-dependiente-de-la-oea-critica-desempeno-de-fiscalias-y.shtml> (última visita, 20 de marzo de 2013). Un estudio previo publicado por la misma institución había dado a conocer problemas similares en materia de persecución de delitos complejos. Véase De La Barra, Rodrigo, “Informe de Chile”, en *Persecución de Delitos Complejos*, (Centro de Estudios de Justicia de las Américas) 2010, pp. 159-219. Más recientemente, un ex fiscal declaró a un medio de comunicación que “Donde la eficacia baja muchísimo es en el delito no flagrante. Allí el trabajo de las policías no ha ido creciendo, no se ha potenciado, no se ha actualizado conforme a las técnicas de investigación”. Véase *El Mercurio*, “Estuve 11 años en la fiscalía, vi miles de causas, y en ningún robo a una casa las policías encontraron huellas”, 8 de abril de 2013, p. C10. Las reacciones a estas declaraciones fueron negativas por parte de las diversas autoridades institucionales. El senador Alberto Espina (quien integró la Comisión) se manifestó de acuerdo con ellas y destacó que el problema se debía solucionar entregando mayores facultades legales a la policía en delitos no flagrantes. Véase *El Mercurio*, “Críticas de ex fiscal abren polémica sobre la eficacia de pesquisas policiales”, 9 de abril de 2013, p. C7.

56 El Ministerio Público y la Asociación de fiscales han planteado por largo tiempo la necesidad de avanzar en esta dirección, encontrándose pendiente la aprobación hace más de un año un proyecto de fortalecimiento institucional. Curiosamente, uno de los integrantes de la Comisión (el senador Alberto Espina), en declaraciones públicas, ha señalado que es imprescindible que dicho proyecto de ley avance rápido, no obstante lo cual aparentemente no aprovechó la oportunidad en el trabajo de la Comisión para incluir estos elementos en la propuesta. Véase *El Pulso*, *La mirada de...*, 10 de abril de 2013, p. 8.

por ejemplo, en el área de la exclusión de prueba.⁵⁷ Se trata de un tema en el que debiera haber una regulación explícita. En mi opinión, la solución óptima sería autorizar que la persona que se encuentra en el cuartel policial pueda declarar frente a los policías sin necesidad de su abogado defensor, siempre y cuando dicha declaración sea voluntaria. Desde el momento en que la persona solicite un abogado defensor, cualquier interrogatorio debiera detenerse para esperar la llegada del abogado. Debiera también regularse que cuando un ciudadano desee declarar voluntariamente es vital, para evitar abusos policiales, que esas declaraciones sean completamente filmadas, sin interrupciones. En caso de que hubiera cuestionamientos a la voluntariedad de la declaración, la carga de acreditarla debiera estar en manos de la persecución penal. Una regulación de este tipo podría equilibrar la vigencia de garantías básicas a la vez que permitir a la persecución penal un espacio relevante para la investigación.

Como señalé, no puedo detenerme en todas las áreas posibles en las que ha existido debate acerca de la necesidad de introducir mejoras al sistema. Ello demandaría otro tipo de trabajo. Reitero que estos ejemplos ha tenido por objeto demostrar la existencia de muchos problemas no abordados por la propuesta del Ejecutivo que están estrechamente vinculados con los objetivos planteados para el proyecto, pero que no parecen haber sido considerados debido a la premura del trabajo que impidió un estudio más profundo de problemas que ya eran conocidos.

Un último aspecto del informe que quisiera destacar se refiere a la generalidad del contenido de las propuestas de cambio. En materia de modificaciones legales esto es explicable ya que el informe no pretendía constituirse en un proyecto de ley, sino en la base sobre la cual debiera prepararse uno, por lo que, más que propuestas redactadas en términos específicos, lo que se intentaba era plasmar ideas generales de cambio. Sin embargo, en materia de los dos primeros ejes, especialmente en el ámbito de la capacitación, me parece que varias de las medidas quedaron formuladas de manera demasiado preliminar, no siendo claro cómo se podría avanzar en ellas, ya que no dependen de la aprobación de un texto legal sino de un fuerte compromiso de las instituciones involucradas y, sobretudo, de un liderazgo político fuerte del Ejecuti-

⁵⁷ Un ejemplo de los problemas interpretativos en la materia puede verse en: Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1108-2011, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2011. Para un trabajo que discute este problema y cita más jurisprudencia, ver Salas, Jaime, "Derecho irrenunciable a la defensa en el proceso penal. Marco regulatorio y jurisprudencia", 2012, en: <http://jaimesalasastrain.blogspot.com/2012/08/el-derecho-irrenunciable-la-defensa-en.html> (última visita, 20 de marzo de 2013).

vo. Por lo tanto, la posibilidad que se transformen en cambios reales supone la elaboración de proyectos muy específicos (con objetivos, plazos, recursos, etc.) y, antes que ello, la obtención de compromisos institucionales necesarios para hacer partícipes de los cambios a los actores relevantes. Como ya señalé, hubiera sido deseable que la Comisión avanzara más sistemáticamente en identificar cambios legales que contribuyeran al logro del objetivo planteado.

En conclusión, el informe presenta varias propuestas de cambio que podrían mejorar algunos aspectos del sistema. Sin embargo, no me parece que ellas se hagan cargo en forma consistente con los objetivos planteados para este proyecto ni aborden las áreas de reforma potencial que podría producir mejoramientos importantes al sistema sin alterar sus principios básicos. El trabajo de elaboración tampoco permitió el desarrollo de un debate amplio en la comunidad jurídica o entre los actores del sistema acerca de los desafíos a futuro en el mismo. En definitiva, en varios aspectos de la propuesta es posible reconocer algunos avances, pero estos son bastante limitados.⁵⁸

2.2. El proyecto de ley

Una vez que el informe de la Comisión fue dado a conocer públicamente, el paso siguiente en la preparación del proyecto de ley fue la entrega de aquel a la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal (en adelante la Comisión Permanente) para efectos de obtener sus opiniones.⁵⁹ La Comisión Permanente determinó examinar las propuestas del Ejecutivo en mesas de trabajo en las que también se dio la posibilidad a sus integrantes de

⁵⁸ Jean Pierre Matus, en un trabajo en que analiza los desafíos para 2013, plantea sobre esta propuesta que “Jurídicamente, la llamada ‘reforma a la reforma’ podría llegar a significar algún cambio menor en ciertos aspectos puntuales de la tramitación de las causas criminales, pero su poco ambiciosa agenda legislativa, según los aspectos que hasta ahora se conocen, no significará un cambio importante ni afectarán de manera significativa el comportamiento de los operadores del sistema”. Véase *El Mercurio Legal*, Matus, Jean Pierre, “Desafíos para el sistema de justicia criminal en 2013”, 28 de enero de 2013. En un tono más optimista, el Instituto Libertad y Desarrollo califica el informe de la siguiente manera: “no se trata de hacer cambios profundos a la reforma ni los principios que la inspiran. Se trata de un informe sensato, incremental y que intenta hacerse cargo de buena parte de los nudos críticos y problemas prácticos del sistema penal, donde hay consenso en el diagnóstico y en las propuestas entre los expertos en cuestiones relevantes vinculadas a mejorar la protección y aumentar la participación de las víctimas en el proceso penal, mejorar la persecución penal por parte de las víctimas y fortalecer el trabajo policial”. Véase, Instituto Libertad y Desarrollo, “Perfeccionamiento al sistema procesal penal: Evaluación del Informe de Expertos”, en *Temas Públicos*, 1088, 16 de noviembre de 2012, p. 1.

⁵⁹ La Comisión Permanente fue creada por medio de la Ley 20.534 publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 2011. Su objetivo es “procurar el fortalecimiento y buen funcionamiento del sistema procesal penal, a través de proposiciones técnicas que faciliten su desarrollo, seguimiento y evaluación, así como la acción mancomunada de las instituciones en ella representadas” (art. 12 ter). Está integrada por el Ministro de Justicia, quien la preside, el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, el Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública, el Presidente del Colegio de Abogados con mayor número de afiliados, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile y el Subsecretario de Justicia.

presentar propuestas de modificaciones legislativas para mejorar la eficiencia en la marcha del sistema.

Desconozco con precisión la labor específica llevada adelante en esas mesas de trabajo, pero los plazos de elaboración del proyecto indican que los tiempos de trabajo reales no deben haber sido muy extensos. Tampoco se conoce la existencia de un diagnóstico o evaluación sistemática del sistema que haya estado disponible para este trabajo, más allá de la experticia de quienes intervinieron en esta etapa.

A partir de las opiniones recabadas en la Comisión Permanente y los contenidos del informe elaborado por la Comisión de expertos, el Ejecutivo preparó el proyecto de ley definitivo que fue presentado públicamente el 29 de enero de 2013 con urgencia simple al Senado de la República.⁶⁰

En la presentación pública del proyecto de ley realizada en La Moneda, el presidente insistió en ideas similares a las expresadas en sus anuncios previos, afirmando que con el Proyecto “los delincuentes ya no van a poder reírse en la cara de sus víctimas”, agregando que “los vamos a perseguir hasta el fin del mundo para que paguen por sus delitos. Lo que queremos es que estén donde tienen que estar: en la cárcel. Y que los ciudadanos estén tranquilos”. Concluyó sosteniendo que, “Si la ley es blanda, la vamos a modificar todas las veces que sea necesario”.⁶¹ Sin perjuicio que las palabras del presidente parecían poner fuerte énfasis en ciertos objetivos, la verdad es que su mensaje resultó bastante escueto, dedicándose centralmente a explicar los principales contenidos de las modificaciones propuestas. En la parte destinada a relatar los antecedentes de su elaboración, aludió a los objetivos del proyecto al señalar que “...las enmiendas legislativas debían orientarse a corregir sus falencias (las del sistema procesal penal), sin afectar los principios del proceso penal que sirven de base al sistema de enjuiciamiento”. Llama poderosamente la atención la distancia enorme entre el discurso del presidente sostenido durante todo el período de preparación de esta propuesta y el contenido final del proyecto de ley que manifiesta una finalidad mucho más neutra que la que originalmente justificó la iniciativa: su objetivo general en el mensaje fue “corregir falencias” del sistema.

Este objetivo más neutro del proyecto de ley se plasma en sus propuestas específicas de modificaciones legislativas. Sus contenidos están bastante ale-

⁶⁰ Véase Mensaje N° 502-360 del 29 de enero de 2013.

⁶¹ Véase, *La Tercera*, “Presidente envía cambios a la Reforma Procesal Penal al Congreso”, 30 de enero de 2013, p. 6.

gados de lo que se podría esperar a partir de las palabras del presidente. Se trata de 36 modificaciones organizadas en cuatro ejes (los mismos del Informe de la Comisión): medidas para aumentar la protección y participación de las víctimas, medidas para mejorar la persecución penal que realiza el Ministerio Público, medidas para fortalecer el trabajo policial y medidas para mejorar el perfeccionamiento del sistema en su conjunto. No obstante esta organización, su presentación en el proyecto de ley sigue el orden de modificación de los artículos concretos del CPP, lo que dificulta en algunos casos identificar bajo cuál de los ejes se ubican algunas de las propuestas. Por ejemplo, en mi análisis de las distintas propuestas, no identifiqué con claridad alguna medida que efectivamente fortalezca el trabajo policial (hay algunas referidas a este pero que no necesariamente amplían sus facultades). En general, pareciera que la mayor cantidad de modificaciones se concentra en perfeccionamientos generales del sistema en una amplia gama de materias, muchas de las cuales no tienen una clara conexión entre sí. Además, hay varias propuestas que no formaron parte del debate sostenido por la Comisión de Expertos y cuyo origen, en consecuencia, me es desconocido.

Sin entrar a una descripción detallada, esquematizaré los contenidos principales del proyecto de ley en cada uno de sus ejes, indicando algunas cuestiones relevantes para evaluar su pertinencia y corrección.

En el ámbito de las medidas para aumentar la protección y participación de las víctimas, las principales propuestas tienden a facilitar la protección de sus intereses patrimoniales en el proceso penal por medio de incluir expresamente su patrimonio como un objeto de protección, cuestión que no era clara en la legislación vigente (propuestas 4 y 6). Asimismo, el proyecto busca ampliar las posibilidades de controlar al Ministerio Público (tanto en actuaciones jurisdiccionales como en sede administrativa). En este ítem se establecen, por ejemplo, mayores deberes de fundamentación del fiscal de decisiones como el archivo provisional de casos en que existe un imputado identificado (propuesta 14) y del uso de la decisión de no perseverar cuando la víctima o querellante estén presentes en la audiencia respectiva (propuesta 24). En materia administrativa se establece la posibilidad de que la víctima o querellante reclamen ante las autoridades del Ministerio Público la negativa arbitraria de un fiscal a la solicitud de formalizar la investigación en contra de un imputado (propuesta 20). Se trata de propuestas que efectivamente introducen mejoras en los derechos de las víctimas y querellantes, pero que no producen cambios sustanciales en su situación actual. Ninguna de ellas altera significativamente

la posición jurídica de la víctima en el proceso ni le da mayores poderes de persecución autónomos a los del Ministerio Público. Por otra parte, hay aspectos de redacción de las mismas que podrían generar, en caso de aprobarse tal como aparecen en el proyecto de ley, problemas interpretativos importantes debido a una regulación incompleta. Por ejemplo, en la propuesta 21 a) se plantea agregar la posibilidad que la víctima solicite al juez de garantía que deniegue una suspensión condicional del procedimiento si es que existe interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se intenta así ampliar el margen de oposición de las víctimas al uso de estas salidas alternativas, para lo cual se copia la fórmula prevista para los acuerdos reparatorios, pero con la diferencia que en dicha institución ese criterio está explícitamente regulado como una causal que habilita al juez a denegar tal salida alternativa. Al no estar regulada como una causal que permite al juez negar la suspensión condicional, podría tratarse de una norma que quede sin aplicación si se considera que la solicitud de la víctima no le entrega facultades al juez, esto sin considerar lo ambiguo de la cláusula, que ha sido objeto de un nutrido debate jurisprudencial para intentar precisar su alcance.⁶²

Finalmente, en este primer eje, sorprende, dentro de medidas cuyo objetivo es aumentar los derechos de las víctimas y querellantes, una propuesta que tiende a clausurar una posibilidad de actuación que hoy día forma parte de lo que los querellantes reclaman como un límite muy significativo del sistema a su posibilidad de intervenir en el proceso. Así, en la propuesta 25 se propone un inciso final al artículo 258 del CPP que permite que el querellante presente acusación como producto de un forzamiento de la acusación solo en los casos en que el fiscal haya formalizado la investigación en forma previa. En la actualidad, se trata de una cuestión ampliamente debatida en la jurisprudencia debido a que no se encuentra regulada en el CPP. Ello ha llevado a un sector de la jurisprudencia (aparentemente minoritario) a reconocer la posibilidad que el querellante pueda acusar (forzar la acusación) aun cuando no haya habido una formalización previa del Ministerio Público. Con la reforma propuesta dicha posibilidad quedaría clausurada en todo tipo de casos, restringiéndose las hipótesis en donde el querellante podría continuar la persecución penal por su cuenta. No quiero entrar al debate técnico acerca de lo correcto o incorrecto

62 El Ministro Brito de la Corte Suprema se pronunció sobre este tema en el Informe de la Corte, indicando la inconsistencia de la propuesta: la calificación de un asunto como de interés público prevalente debiera entregarse de manera exclusiva al Ministerio Público. Véase Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 5-2013, 20 de marzo de 2013, p. 9.

de esta propuesta, ya que se trata de un problema en extremo complejo, sino solo marcar el punto que existe variedad de objetivos conviviendo al interior de un mismo eje del proyecto de ley, el que no resulta tan unilateral como se ha planteado en los discursos de las autoridades. Esto de seguro llevará a una crítica importante al proyecto, al contrastar con las expectativas generadas en la materia a partir de los discursos que las autoridades han sostenido para justificar su elaboración.⁶³

En el segundo eje, medidas para mejorar la persecución penal que realiza el Ministerio Público, el Mensaje destaca dos cuestiones de relativo menor alcance como propuestas centrales del proyecto de ley. La primera se refiere a la ampliación del catálogo de medidas cautelares personales, agregándose la posibilidad de retener la licencia de conducir y ampliando el ámbito de la caución económica (propuestas 12 y 10, respectivamente). La segunda está referida a la ampliación de la competencia del juez de garantía para conocer del control de la detención de imputados detenidos en ciudades diferentes a aquellas en que se lleva el caso (propuesta 3). En ambos asuntos se trata de claras mejoras que favorecerán el trabajo del Ministerio Público, pero que se refieren a situaciones relativamente acotadas que no afectan el funcionamiento general del sistema y que no abordan los problemas centrales asociados a la persecución penal (algunos de los cuales ya fueron mencionados en la sección previa). Algo similar ocurre con otras propuestas, como la número 23, que aumenta el plazo de 10 a 15 días para que los fiscales decidan qué camino seguir una vez cerrada su investigación. Es evidente que una norma de este tipo favorecerá el que los fiscales adopten una mejor decisión y puedan prepararse mejor, por ejemplo, si deciden acusar, pero no se trata de un cambio que subsane problemas de fondo que podrían encontrarse detrás del incumplimiento de plazos en la actualidad (por ejemplo, el que el CPP no diferencie los plazos considerando la complejidad de los casos).

En el contexto de estas modificaciones relativamente menores, debe tenerse en cuenta que es posible que los fiscales encuentren algunas limitaciones adicionales a su trabajo que surjan como consecuencia de los mayores controles establecidos en favor de las víctimas que revisé someramente respecto al eje anterior. En efecto, las normas destinadas a imponer mayores exigencias

63 Por ejemplo, en esta línea, Guillermo Piedrabuena se ha pronunciado críticamente acerca de los alcances de estas propuestas señalando que ellas son "... insuficientes y hasta contradictorias con el principio consagrado en la Constitución Política que establece que 'el ofendido por el delito y demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal'". Véase, *El Mercurio*, "Proyecto de ley que perfecciona el sistema de justicia penal", 3 de marzo de 2013, p. A2.

de fundamentación a las decisiones, lo mismo que aquellas que refuerzan los controles jurisdiccionales e internos del trabajo de los fiscales, agregarán cargas adicionales a su trabajo. A ello debiera sumarse algunas limitaciones importantes al trabajo de los fiscales que surgen de otras propuestas del proyecto de ley, que analizaré al abordar el eje siguiente sobre el trabajo policial. En definitiva, las modificaciones propuestas en este eje presentan avances que podrían efectivamente favorecer el trabajo de los fiscales, pero nada que en mi opinión altere de manera significativa el escenario actual de trabajo, especialmente considerando el impacto que podrían tener las propuestas de otros ejes limitando el impacto global del proyecto de ley en esta materia. De hecho, el presidente de la Asociación de Fiscales ha manifestado su preocupación por el hecho que “...muchos de los problemas más comunes no fueron abordados y que algunas medidas pueden generar nuevos problemas a la persecución penal”.⁶⁴ En consecuencia, nuevamente el objetivo explícito planteado en el eje podría verse frustrado por los propios contenidos del proyecto de ley.

En lo que respecta a medidas para fortalecer el trabajo policial, como ya apuntaba, no me parece que ninguna de las propuestas “facilite” el trabajo policial en forma directa, a menos que la idea de “fortalecimiento” sea entendida como la capacidad de depurar los procedimientos policiales y, por consiguiente, exigirles estándares más altos de actuación. No me parece que esta segunda posibilidad de comprensión de la idea de “fortalecimiento” sea a lo que haya querido apuntar el presidente en sus discursos sobre la materia, que sugería más bien que se propondrían cambios destinados a aumentar los poderes de actuación de las policías o a relajar exigencias actualmente existentes para permitir su trabajo investigativo.

El Mensaje menciona como principales propuestas en esta materia dos cambios. El primero de ellos incluye una norma (la número 18) que aclara la regla para la solicitud de órdenes de entrada y registro. Me parece que se trata de un cambio que facilita más el trabajo del Ministerio Público que el policial. Podría concederse que esto facilitará también el trabajo policial, pero lo que se logra es aclarar un procedimiento relativamente obvio para poder obtener órdenes judiciales de entrada y registro, las que en todo caso siempre deben ser solicitadas por los fiscales a los jueces. La segunda propuesta consiste en

⁶⁴ Véase, *La Tercera*, “¿Medidas para la persecución de los delitos?”, 18 de febrero de 2013, p. 30. Dentro de los temas en que manifiesta preocupación están la regulación de los procedimientos de reconocimientos de imputados y las mayores cargas de trabajo que generarán las exigencias de fundamentación de ciertas decisiones.

la regulación detallada que se propone introducir al CPP de reglas para la realización del reconocimiento de imputados (propuesta 17). Dicha propuesta obliga a las policías a realizar cambios significativos en sus procedimientos de reconocimiento e impone un conjunto de límites y garantías nuevas a su realización, por ejemplo, de registro detallado de actuaciones y de permitir la participación del abogado defensor en los mismos, entre varias otras. Como he señalado, si bien estoy de acuerdo con la necesidad imperiosa de regular el tema (aunque con algunas discrepancias del contenido concreto de la propuesta), el efecto de un cambio de este tipo no será “fortalecer” el trabajo policial, sino más bien imponerle limitaciones y restricciones. Con las reglas propuestas, la gran mayoría de los reconocimientos que se realizan en la actualidad carecerían de validez, lo que pondría en cuestión una información muy relevante para la persecución penal en contra de los imputados.⁶⁵

Algo similar ocurrirá en mi opinión con la propuesta número 5 en la que se especifica que el único objetivo legítimo para que la policía pueda registrar las vestimentas de una persona detenida son razones de seguridad, lo que constituye una restricción importante a la cláusula vigente (artículo 89 del CPP) que lo permite con el propósito de amplio de “encontrar objetos importantes para la investigación”, en la medida que existan indicios que permitan estimar que los oculta. Una reforma de este tipo debiera generar un debate acerca de la licitud de prueba obtenida con los registros de vestimentas y aumentar potencialmente su exclusión por la causal de haber sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales.⁶⁶ En lo personal, no encuentro justificación clara a esta propuesta ni me parece razonable en el contexto actual del sistema; la pregunta clave es si ella cumple con el objetivo explícito de esta reforma o si va, según

65 El tema de los reconocimientos es en extremo delicado y su análisis requeriría varios trabajos autónomos. Para efectos de este análisis, basta con señalar que la escasa literatura disponible en nuestro país en la materia concuerda en que las prácticas actuales están muy alejadas de los estándares mínimos desarrollados a nivel comparado. Sobre el punto, véase Programa de Estudios de Responsabilidad Social, *Estudio de reconocimiento visual errado en el proceso oral*, (Universidad de Concepción) 2005 (copia electrónica en poder del autor); Merino, Alberto y Reuse, Marcelo, “Testigos presenciales y reconocimiento de imputados en Chile. Aproximación a los procedimientos utilizados y propuestas para una mejora de prácticas”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 15, (Universidad de San Sebastián- Concepción) 2010, pp. 55-83; Morales, Ana María y Welsh, Gherman, *El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado*, (Fundación Paz Ciudadana) 2011 (el texto puede ser obtenido en www.pazciudadana.cl) (última visita, 31 de enero de 2013); Sepúlveda, Verónica, “Identificación de imputados. Condiciones de legitimidad”, en *Razonamiento Penal*, 1, 2012, pp. 9-18; Libedinsky, Sofia, “Exigencias para un adecuado reconocimiento de imputados”, en *Revista* 93, 6, año 2, 2011, pp. 31-35.

66 Por ejemplo, piénsese en todos los casos en que se hacen registros de vestimentas en los que obviamente no hay elementos que pudieran afectar la seguridad del policía que practica la detención.

parece, en la dirección opuesta, sin que aparezca explicitada en el proyecto la justificación de la misma.⁶⁷

Finalmente, en el eje referido a medidas para mejorar el perfeccionamiento del sistema en su conjunto, es posible encontrar una gran cantidad de propuestas de muy variada índole y que apuntan a niveles diversos de funcionamiento del sistema. Probablemente la que ha tenido mayor difusión es la de permitir la apelación del Ministerio Público al auto de apertura del juicio oral en caso que ese excluya prueba por cualquier causal de exclusión de las mismas, ampliando así la regla en vigencia que solo lo permite en caso que la exclusión se haya fundado en que la prueba fuera obtenida con infracción de garantías fundamentales (propuesta 27). Se excluye, en todo caso, la posibilidad que sea el querellante quien pueda apelar, tema que ha sido objeto de discusión intensa en diversas decisiones del Tribunal Constitucional⁶⁸ y que podía esperarse que este proyecto recogiera a la luz de la justificación que las autoridades hicieron para elaborarlo.⁶⁹ Otra propuesta relevante en mi opinión es la número 26 a), que eleva los estándares en que los intervinientes deben formular los puntos de prueba sobre los que recaerán las declaraciones de testigos en juicio oral. De aprobarse, significaría tanto para el fiscal, como para el querellante y el acusado el deber de explicar con mucha mayor precisión que lo que realizan en la actualidad los hechos sobre los cuales solicitan declaren los testigos que intentan introducir a juicio. Si se comparan ambas propuestas, se verá que el impacto de las mismas puede ser muy diferente. La primera facilitará el trabajo del Ministerio Público al dar una oportunidad temprana para reclamar de la exclusión de prueba, pudiendo beneficiar su posición en juicio. La segunda, en cambio, le pondrá mayores exigencias que las existentes en la práctica actual, con la posible consecuencia de aumentar el control judicial sobre la prueba testimonial que se pretende incluir.

A estos ejes, se agregan dos artículos finales en el proyecto de ley (cuarto y quinto) destinados a establecer la obligación a las distintas instituciones del sistema de enviar informes anuales de diagnóstico de gestión institucional y

67 La Corte Suprema también ha manifestado reservas respecto de esta norma en su informe al Proyecto de Ley, aunque por razones diversas. Véase, Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 5-2013, 20 de marzo 2013, p. 5.

68 Respecto al debate en el Tribunal Constitucional, véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Rol 1535-2009, sentencia del 28 de enero de 2010; y Tribunal Constitucional, Rol 2330-2012, sentencia del 29 de enero de 2013.

69 En esta misma dirección, la Corte Suprema observó que "...parece de justicia, dentro de la igualdad de armas, que el mismo recurso se otorgue a todos los intervinientes que se sientan agraviados..." Véase Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 5-2013, 20 de marzo de 2013, p. 11.

una propuesta conjunta de metas e indicadores comunes de gestión a la Comisión Permanente, con el objeto de mejorar el funcionamiento del sistema. A su vez, se regula el deber de la Comisión Permanente de elaborar planes anuales de capacitación interinstitucional. Con estas reglas se pretende dar una base normativa que sustente las propuestas formuladas en materia de coordinación interinstitucional y capacitación que no suponían reformas legales y que fueron presentadas por el Ministerio de Justicia a la Comisión de Expertos. La propuesta de metas e indicadores comunes de gestión presenta una de las mayores potencialidades para contribuir en la solución de varios de los problemas que hemos identificado. Con todo, en su conjunto, estas medidas no parecen suficientes para generar una voluntad concreta de cambio, lo que me parece es muy claro respecto a los programas de capacitación de las policías que proponía el Informe de la Comisión de Expertos.

Como ya señalaba, analizar en detalle cada una de las 36 propuestas es algo que excede los objetivos de este trabajo. Con todo, al igual que respecto a las propuestas del Informe de la Comisión de Expertos, me interesa sentar algunos puntos generales de evaluación del proyecto de ley.

La primera cuestión que me interesa destacar es que el Proyecto propone mejoras o perfeccionamientos en diversas áreas específicas sin realizar cambios de carácter radical o estructural. En lo positivo, no es una propuesta de “contrarreforma” o que intente “desmantelar” los principios básicos del sistema, lo que aleja los temores iniciales a propósito de los anuncios y declaraciones de las autoridades. Los cambios propuestos, sin perjuicio de mi discrepancia con varios de ellos o la necesidad de perfeccionar otros, en su gran mayoría son razonables y efectivamente podrían producir mejoras en el funcionamiento del sistema o reforzar garantías necesarias. Con todo, por sus limitados alcances, no parece realista esperar que a partir de su aprobación se produzcan cambios significativos en las prácticas de los actores y resultados generales del sistema que generaron la disconformidad que ha llevado a proponer este cambio.

Sostengo una visión más crítica sobre algunas cuestiones. La primera es que en el proyecto de ley aparecen propuestas de cambio que no fueron discutidas en la Comisión de expertos y que tampoco aparecen explicadas o justificadas en su Mensaje; por ejemplo, la propuesta número 5 que intenta reformar el artículo 89 del CPP en materia de registros policiales de vestimentas a los detenidos. Se trata de un cambio con un impacto potencial relevante en materia de detenciones, sin que exista ninguna justificación acerca de su ne-

cesidad. Esto se repite con varias otras medidas, como, por ejemplo, los cambios propuestos a los artículos 343 y 344 del CPP en materia de procedimiento para la determinación de penas en caso que la persona haya sido condenada (propuestas 30 y 31).

Me parece aun más relevante la falta de un mayor espacio para análisis y debate sobre las áreas en donde era necesario avanzar con cambios al sistema. De otra forma no se explica por qué el proyecto de ley deja fuera temas relevantes como los que ya mencioné. Y varios de los temas abordados lo están de manera incompleta. La propuesta 21, por ejemplo, contiene varias modificaciones a la suspensión condicional del procedimiento, dentro de las cuales no se incluye, además de los aspectos mencionados en el capítulo anterior, el que ha sido uno de los problemas prácticos más polémicos en la jurisprudencia: el referido al momento en que se producen el efecto de extinción de la responsabilidad penal del imputado en casos en que se haya solicitado la revocación de la medida y no se haya podido realizar la audiencia antes del vencimiento del plazo de observación.⁷⁰ Como se puede apreciar con este ejemplo, lo que se podría replicar en otras materias, el proyecto de ley parece “quedarse corto” en varias áreas que, a 12 años de funcionamiento del sistema, se sabe podían ser objeto de perfeccionamiento. Su no inclusión solo puede obedecer, en mi opinión, a que el método con que se llevó adelante su elaboración no permitió elaborar un análisis fino del funcionamiento global del sistema y dejó fuera muchos temas de importancia. Por ello llama la atención que la autoridad intente presentar este proyecto de ley como un producto acabado de un “diagnóstico actualizado” del sistema.⁷¹

70 El artículo 240 inciso segundo del CPP señala que, transcurrido el plazo de observación de la suspensión sin que esta haya sido revocada, produce el efecto de extinguir la acción penal en contra del imputado. El problema se ha presentado en varios casos en que los imputados incurrían en causales de revocación de la medida al finalizar el período de observación, y la solicitud del fiscal o víctima al juez de garantía para que cite a una audiencia para discutir la revocación se resolvía concediendo audiencia después de concluido el período de observación. La Corte Suprema y Cortes de Apelaciones han resuelto que igual se ha extinguido la acción penal. Véase Corte Suprema, Rol 1347-2007, sentencia del 4 de junio de 2007; y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 334-2005, sentencial de 11 de octubre de 2005.

71 Sorprende que el mensaje del proyecto plantee que su elaboración se basó en un “completo análisis del funcionamiento del sistema” y que el Jefe de la División Reinserción Social del Ministerio de Justicia señale que la Comisión de expertos ha elaborado “un diagnóstico actualizado del sistema”. Véase *La Tercera*, “Medidas para la persecución penal”, 22 de febrero de 2013, p. 44 (sección correo, carta en respuesta a las opiniones del Presidente de la Asociación de Fiscales ya citada). Se parece confundir el hecho que la elaboración haya considerado la participación de diversos expertos y actores del sistema dotados de conocimiento del mismo con la existencia de un trabajo sistemático de identificación de los diagnósticos disponibles en diversas áreas y de evaluación de aspectos del sistema basado en evidencia.

3. Algunas reflexiones finales sobre este proceso de cambio

Con la presentación del proyecto de ley al Senado ha concluido la etapa prelegislativa. El gobierno ha manifestado su intención que este sea aprobado con rapidez y, de hecho, lo ha incluido como uno de los temas que forman parte de las cuatro áreas prioritarias para el último año de su mandato. Resulta difícil predecir si se logrará tal objetivo en un año en que la agenda parlamentaria seguramente será muy apretada por el contexto eleccionario. Un proyecto similar como fue el denominado “agenda corta” –no obstante el acuerdo político en torno a él y la urgencia con que se presentó– tardó casi dos años entre su presentación y publicación en el Diario Oficial.⁷² Asimismo, varios parlamentarios de oposición han manifestado su buena disposición para la tramitación, pero asegurando que se requiere estudiar en concreto cada propuesta.⁷³ Mi impresión es que el debate en el Congreso debiera abrir un espacio importante de discusión, complemento y mejora de las propuestas, por lo que no sería deseable apurar demasiado el trámite del proyecto de ley con el objetivo de cumplir un plazo o una meta. Menos aun en el contexto que he descrito de un Proyecto que se presenta como bastante incompleto. También se debe reconocer que en el debate legislativo se abre un espacio en el que podrían plantearse cambios que signifiquen alteraciones relevantes del sistema, especialmente en materia de vigencia de derechos fundamentales de los imputados. Considero que eso sería muy problemático o derechamente un retroceso.

A esta altura del análisis, debiera ser evidente que uno de los elementos que han caracterizado al proceso de cambio conocido como “la reforma a la reforma” es la clara distancia que ha existido entre el discurso de las autoridades en la justificación pública de este proyecto de ley y lo que efectivamente es. El proyecto de ley ha sido presentado como una medida de endurecimiento del sistema,⁷⁴ cuando en realidad constituye una propuesta bastante alejada de aquello (en la que, incluso, se plantean reforzamientos de garantías de los imputados, como, por ejemplo, en la regulación de los reconocimientos policia-

72 El Mensaje de dicho proyecto fue enviado por el ejecutivo a la Cámara de Diputados día 7 de julio de 2006 (Mensaje N° 188-354) y la Ley fue publicada el 14 de marzo de 2008.

73 Ver, por ejemplo, las opiniones de Jorge Burgos expresadas en la columna de CIPER ya citada. El Senador DC Patricio Walker señaló el día de la presentación del Proyecto de Ley que “estamos pensando en el país y, si la reforma es buena, la vamos apoyar”. Véase, *La Tercera*, “Presidente envía cambios...”, op. cit.

74 Basta recordar las palabras del Presidente tanto en el anuncio original del mismo como en el acto de su presentación. A ello pueden agregarse la palabras del Ministro del Interior en el mismo acto quien señaló que con el proyecto “Buscamos avanzar e ir colocándole más trabas a la puerta giratoria”. Véase, *La Tercera*, “Presidente envía cambios”, op. cit.

les). Esta brecha parece indicar que no hay una voluntad real de “desmantelar” nuestro sistema procesal penal, sino que, por el contrario, se ha reafirmado la vigencia de los valores que lo inspiran, lo cual es positivo. Desde este punto de vista, todos quienes manifestamos nuestras aprehensiones al anuncio original del presidente, debiéramos valorar el resultado de este proceso.

Con todo, esto representa solo un aspecto de la propuesta de cambio. Como he señalado, si bien el proyecto no “daña” al sistema, tampoco parece avanzar de manera importante en mejorar varias falencias que se pudieron corregir sin afectar a sus principios. Esto es quizás uno de los principales aspectos criticables del proceso. La autoridad ha fijado enormes expectativas en este proyecto como una forma de superar problemas en varias áreas, pero se ha terminado proponiendo una reforma relativamente modesta y con poca capacidad de producir cambios importantes en áreas sensibles de trabajo del sistema que se pudieron haber ajustado.

Hay dos cuestiones adicionales del proceso de cambio que me parecen particularmente negativas y que debiéramos examinar con más cuidado para procesos futuros y cuyo análisis incluso podría ayudar a corregir el actual proyecto de ley durante su tramitación. La primera de ellas radica en que la preparación del proyecto de ley consolida una práctica de elaborar reformas legislativas sin apoyo en evidencia sólida. Como he señalado, el anuncio del proyecto estuvo acompañado de una oferta de evaluar el funcionamiento del sistema a doce años de su puesta en marcha y plantear correcciones basadas en dicha evaluación. Conocer el funcionamiento del sistema sobre la base de evidencia empírica era indispensable para darle un sustento técnico a las propuestas y aspirar a que ellas tocaran temas de relevancia práctica. Esto se podía lograr por diversas vías: considerando las diversas investigaciones que existen en varias áreas, accediendo a la enorme cantidad de datos que producen las instituciones del sistema y encarando la labor de complementar ello con la elaboración de estudios o diagnósticos en áreas deficitarias de información. Con todo, no hay datos que muestren que se haya avanzado seriamente en esa dirección y menos que las propuestas originales del Ejecutivo sobre las que se estructuró el trabajo respondieran a una consideración profunda de algún tipo de evidencia. En muchos casos, los proyectos se terminan elaborando sobre la base de conocimientos parciales de las personas que intervienen en su elaboración o de situaciones anecdóticas que hacen que sus propuestas y, consecuentemente, sus efectos sean limitados en relación a las expectativas que con ellos se generan. En este caso, creo que ocurrirá algo así, salvo que

cambien muchas cosas en el proceso legislativo. Recordemos que la expectativa fijada por las autoridades es enorme (vgr. el presidente señalando que “los delincuentes ya no van a poder reírse en la cara de sus víctimas”) y los contenidos del Proyecto no parecen hacerse cargo de todas las dimensiones incluidas en esas expectativas.

Una segunda cuestión que me parece necesario tener presente es el impacto que los discursos que muchas de las autoridades formulan públicamente para justificar el cambio tienen en debilitar la legitimidad de nuestro sistema de justicia penal. En este caso, como también en otras ocasiones, la autoridad construye su discurso sobre la base de una crítica fuerte al sistema. Esto no es un problema en sí mismo. Me parece positivo que el sistema se vea sometido a un escrutinio público severo de parte de la ciudadanía y las autoridades. El problema surge, en mi opinión, cuando dicha crítica se realiza de manera frívola, por ejemplo, cuando se basa en casos particulares o en afirmaciones sin sustento empírico. Expresiones como las de la “puerta giratoria”, los “delincuentes riéndose en las caras de sus víctimas”, “las resoluciones de los jueces son impresentables” o “el excesivo garantismo del sistema” (todas formuladas en distintos momentos de este proceso), tienden a instalar en la opinión pública distorsiones importantes sobre cómo funciona el sistema en la realidad y producen una pérdida de credibilidad y legitimidad. Esto es grave.

Más allá de la ganancia de corto plazo que esta forma de enfrentar el tema pareciera producir, debiéramos preguntarnos en qué medida ella ayuda al mejoramiento del Estado de Derecho a futuro. Me temo que se trata de una forma de hacer las cosas que representa “pan para hoy y hambre para mañana”. Por ejemplo, en las encuestas disponibles en que se pide a la población evaluar el trabajo de fiscales y jueces respecto a la delincuencia, se aprecia una percepción muy negativa. Así, en el Índice Paz Ciudadana-Adimark de diciembre de 2012, la nota entregada a los jueces fue un 3,1 y a los fiscales, un 3,5, (de un máximo de 7,0), en ambos casos mostrando una tendencia a la baja respecto a las notas obtenidas en diciembre del año 2010 (que eran de 3,5 para los jueces y 3,8 para los fiscales).⁷⁵ Se trata de un escenario muy negativo con efectos que podrían ser desastrosos a largo plazo (por ejemplo, si las personas no confían en el sistema y no denuncian los delitos). Un sistema deslegitimado o en el que la ciudadanía no confía se transforma en un sistema débil que enfrentará dificultades para cumplir con sus objetivos y quedará expuesto a reformas

⁷⁵ Véase Índice Paz Ciudadana-Adimark, diciembre de 2012, en http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20130116145711.pdf (última visita, 1 de febrero de 2013), p. 49.

que pueden poner en cuestión la vigencia de valores constitucionales básicos. Esto, sin lugar a dudas, debilitaría el Estado de Derecho.

La clase política comprende que la crítica frívola al trabajo de las distintas autoridades del Estado resulta negativa para afianzar el desarrollo de las instituciones, y ello también es válido para el sistema de justicia criminal. Esperemos que nuestro sistema político madure y se de cuenta que en este tipo de reformas se juegan muchas más cosas que un buen titular de prensa o una simpatía contingente de la opinión pública.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DFL 850 DE 1997 DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY 15.840 DE 1964 Y DEL DFL 206 DE 1960

Francisco Zúñiga Urbina¹

Resumen

El presente artículo analiza la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del DFL 206 de 1960.² En la sentencia, el Tribunal Constitucional postula una nueva doctrina acerca de la propiedad de empresas concesionarias de servicio público: toda limitación es legítima al estar fundada en la función social del derecho –que comprende conceptos jurídicos indeterminados tales como el interés nacional–, lo que hace prácticamente imposible la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

1. El requerimiento

El requerimiento de autos fue interpuesto por la empresa Chilectra S.A. La norma impugnada dispone que se podrá decretar el traslado de las instalaciones de tendido eléctrico ubicadas en las fajas de caminos públicos, siendo el costo del traslado de cargo de la empresa propietaria de las instalaciones.

Se argumentó que la aplicación de dicha norma atenta en contra de la seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución, de los que se derivan principios de certeza jurídica y confianza legítima, ya que la normativa innova sobre la regulación existente al momento en que las instalaciones fueron emplazadas en las fajas de caminos públicos.

En segundo lugar, se argumentó que se afecta el derecho de propiedad de

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

² Tribunal Constitucional, Rol 1992-2001, sentencia de fecha 24 de julio de 2012.

Chilectra, puesto que la obligación que impone la norma de pagar el traslado de las instalaciones implica, en la práctica, la privación de los derechos de los que dicha empresa es titular, en tanto titular de una concesión que la habilita para desarrollar la actividad de distribución eléctrica en la Región Metropolitana, siendo la utilización de la faja de caminos públicos un derecho emanado directamente de esa concesión. Por tanto, la obligatoriedad de pagar por el traslado hace ilusorio el derecho emanado de la concesión, privando así de su derecho de propiedad a la requirente.

En tercer lugar, se sostuvo por parte de la requirente que la aplicación de la norma impugnada la priva de su derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, consagrado en el art. 19 N° 21 de la Constitución, ya que se afecta el patrimonio de Chilectra, que desarrolla una actividad lícita al amparo de los derechos que le otorga su calidad de concesionario de distribución eléctrica, no siendo posible el incorporar al régimen tarifario los costes de los traslados.

2. Conflicto constitucional

En cuanto al conflicto constitucional, la sentencia lo define, exponiendo las normas impugnadas y las normas constitucionales que, a juicio de la requirente, se ven afectadas por su aplicación:

2. Que el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850. Dicho artículo dispone que: “Artículo 41.

Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo

propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas o dentro de un plazo máximo de tres años.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474.

Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.

La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero llegue a su término.

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en

las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”.

3. Que, de acuerdo a la parte requirente, la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente, vulnera la Constitución por cuatro órdenes de razones.

En primer lugar, porque implica una transgresión al principio de seguridad jurídica y confianza debida, consecuencia del principio de Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución. Señala que de la confianza legítima y la seguridad jurídica, se derivan deberes de previsibilidad para las actuaciones de la autoridad, así como de consistencia de las situaciones que favorecen a ciertos sujetos. En este caso, el precepto impugnado carece de la necesaria precisión normativa, así como también de parámetros incuestionables y razonables.

En segundo término, considera conculcado el derecho de propiedad. El concesionario es propietario de su concesión, la que incorpora el derecho para utilizar el espacio público e instalar infraestructura, que es un bien incorporal. Dichos derechos se han incorporado al patrimonio de los concesionarios. La aplicación del precepto impugnado desconoce dichos derechos, infringiendo la garantía del artículo 19, en su numeral 24°.

En tercer lugar, se contraviene el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. La imposición del costo de traslados que no se han originado en Chilectra S.A., y que tienen por efecto una disminución considerable del patrimonio, afectan la garantía del numeral 21° del artículo 19, que implica un “derecho a crear empresas sin restricciones y a desarrollar las mismas, esto es, a mejorarlas y acrecentarlas”.

Finalmente, se ha hecho presente que el precepto legal impugnado también infringe la igualdad ante la ley, ante las cargas públicas y la igualdad de trato, por cuanto se impone una carga a Chilectra S.A., para beneficiar la realización de obras de interés general, beneficiando al Estado y al concesionario de obras públicas. En consecuencia, se bien muchos actores se benefician del traslado, los costos los soporta únicamente Chilectra S.A.

3. Asuntos sobre los que el Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento

Luego se señalan una serie de tópicos, planteados en el requerimiento, en los que se omitirá pronunciamiento, por no ser propios de una acción de inaplicabilidad o por no estar dentro de la competencia del Tribunal, entre los que se encuentran materias propias de control abstracto o conflictos de mera legalidad, aunque la retroactividad de un precepto legal pueda ser causa de una aplicación de inconstitucional:

5. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC 480/2006; 546/2006);

6. Que este Tribunal tampoco puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes. Si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura solo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales;

7. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente. Por ello, descarta examinar una posible vulneración al artículo 19 N° 21° de la Constitución.

4. Ratio decidendi

4.1. La norma impugnada

En cuanto a la decisión del asunto, en primer lugar, se hace una referencia detallada al contenido de la norma impugnada y a las condiciones de funcionamiento del derecho de utilización de la faja de los caminos públicos por parte de los concesionarios de distribución eléctrica, definiendo la naturaleza de la autorización para la ocupación de la faja de los caminos públicos:

12. Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

En efecto, el precepto impugnado permite que la Dirección de Vialidad pueda ordenar que se cambie la ubicación de instalaciones, como tuberías o cables o postaciones, que ocupen las respectivas fajas de caminos públicos;

13. Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (“las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad”), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

14. Que, en realidad, lo que se entrega, técnicamente, es un permiso. Este es un acto administrativo favorable, mediante el cual se concede el uso privativo, con facultades de uso y goce, de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo determinado, sustrayéndolo al uso común. La doctrina lo denomina “permiso de ocupación” y lo entiende como un “acto administrativo por medio del cual se otorga un uso especial del dominio público” (Reyes Riveros, Jorge; “Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público”; Editorial Jurídica, 1960, p. 166), o como “un acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social, sobre un bien de dominio público” (Montt Oyarzún, Santiago; “El dominio público”; Editorial Conosur, Santiago, 2002, p. 308). Dicho permiso es caracterizado como discrecional, unilateral y precario (Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318).

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4, de 2006, Economía) establece que las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho de usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión (artículo 16). Esta norma, entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Di-

rección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público (STC 1669/2012). Por lo mismo, para respetar esta distribución competencial, es necesario que se invoque la concesión, otorgada por una autoridad, para obtener el permiso, concedido por quien tiene a su cargo la tutela del bien respectivo, siempre que se cumplan los requisitos propios de tal permiso.

Luego se constata que la autorización que se otorga para la utilización por parte de las empresas se encuentra sujeta a una serie de condiciones, que se refieren a la naturaleza propia de un camino público:

17. Que, sin embargo, el otorgamiento de dicho permiso está sujeto a ciertas regulaciones. Por de pronto, no se debe entorpecer el uso del camino. La ley señala que las fajas de los caminos “están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo” (artículo 41); y que la autorización para ocupar dicha faja debe negarse si se opone al uso de los caminos públicos (artículo 41, inciso cuarto).

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la autoridad no debe dar el permiso si se afecta “la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías”; debe precaverse que las instalaciones “no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es “posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas”.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas

condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N° 850, MOP, 1997, dichos derechos solo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N° 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede “mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo” (artículo 41, inciso quinto);

18. Que, de este modo, no hay libertad para ocupar las fajas de los caminos públicos, pues se requiere permiso de la Dirección de Vialidad. Dicho permiso lo puede dar la autoridad siempre que se cumplan ciertos supuestos: es onerosa; no compromete la responsabilidad de la Dirección; las instalaciones son retirables y susceptibles de cambiar de ubicación, y están entregadas, en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario.

Se consignan, asimismo, las condiciones a las que está sujeto el cambio de las instalaciones, que debe ajustarse a ciertos parámetros normativos establecidos por el precepto impugnado:

20. Que el cambio de ubicación está sujeto también a ciertas regulaciones. Desde luego, lo debe disponer la Dirección de Vialidad, fundándose en cualquier motivo que lo haga necesario, atendida la variedad de situaciones que se pueden plantear.

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras esta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

Finalmente, el traslado debe ser “hecho por cuenta exclusiva del propietario”;

21. Que el cambio de ubicación de las instalaciones está sujeto a un procedimiento regulado por el artículo 51 del D.F.L. N° 850. Este parte por la dictación de la resolución que ordena el traslado, la cual debe notificarse por oficio y por carta certificada. En dicha decisión, la Dirección de Viali-

dad debe señalar el motivo que hace necesario cambiar la ubicación. Enseguida, la autoridad fija un plazo prudencial dentro del cual deben ejecutarse los trabajos.

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a estos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N° 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N° 850);

22. Que esta facultad de la Dirección de Vialidad se encontraba en el texto legal anterior a la modificación de 1996, que introdujo la Ley N° 19.474. Dicha norma establecía: “en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado” (artículo 19, D.F.L. 206, 1960, MOP). La norma predecesora de dicho D.F.L., la Ley N° 4.851, no contemplaba una norma en este sentido;

23. Que, como se observa, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo del interesado el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del “respectivo propietario” lo anterior.

Sin embargo, la Ley N° 19.474 no introdujo un único cambio.

Por de pronto, reforzó las facultades de la Dirección de Vialidad al señalar expresamente que las fajas de los caminos son de su competencia (artículo 41, inciso primero). Enseguida, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja, salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia. A continuación, privilegió el uso de los caminos, al permitir que la Dirección pudiera rechazar los permisos “que se opongan al uso de los caminos públicos” (artículo 41, inciso cuarto);

24. Que el inciso final del artículo 41, con otra redacción, iba en el texto original del Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la Ley N° 19.474. En él se señalaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del traslado, atentaba “contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio”.

El texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que “el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica”. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de “respectivo propietario”.

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar, para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de estos el traslado de las instalaciones.

En la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar, sostuvo: “Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente –“el interesado”–, se utilice la más precisa de “el respectivo propietario”. Será al propietario de las postaciones –el que las colocó gratuitamente en la faja pública–, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre.

Una última consideración a este respecto tiene que ver con la expresa declaración que se hace en el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, respecto de la sujeción de las concesiones a las normas jurídicas vigentes y futuras:

28. Que, finalmente, al analizar el cambio de regulación, hay que considerar que las concesiones de servicio público de distribución son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro (artículo 15, Ley General de Servicios Eléctricos). Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

En todo caso, que la empresa deba asumir el costo del traslado, como se verá más adelante, no afecta la esencia de los derechos del concesionario y se ubica dentro de las limitaciones legítimas a la propiedad que permite la Constitución.

4.2. Alegaciones que se descartan

Luego del examen anterior, la sentencia descarta alegaciones formuladas por la requirente, desestimando que exista fundamento para la inaplicabilidad.

4.2.1. Derechos adquiridos

Se rechaza, en primer lugar, la alegación en torno a los derechos adquiridos, al estimarse que sería esa una discusión de mera legalidad y que, en cualquier caso, no habría derechos adquiridos en el sentido reclamado:

29. Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N° 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Solo podemos constatar que el traslado se dispuso en 2001, por la Dirección de Vialidad;

30. Que, en segundo lugar, para esta Magistratura la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC 467/2006; 1452/2010). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC 1361/2009; 1452/2010);

31. Que, en tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N° 19.474.

4.2.2. Confianza legítima

De la misma forma, se descartan los argumentos en torno a la confianza legítima, puesto que no se configuró suficientemente su fundamento constitucional:

32. Que esta Magistratura también rechaza el alegato de la requirente en torno a que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima.

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que

esta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica. Además, se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC 309/2000), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC 549/2007); por lo mismo, solo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC 309/2000). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC 309/2000).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2005, transcurrieron 5 años.

4.3. Derecho de propiedad

Por último, se examina el argumento en torno a la afectación del derecho de propiedad. En primer término, se delimitan los estándares que rigen las limitaciones a las que puede sujetarse el dominio, de acuerdo a las pautas fijadas anteriormente por el mismo Tribunal Constitucional:

33. Que esta Magistratura debe abocarse, entonces, a analizar si es efectivo que se afecte el derecho de propiedad de la requirente, privándola de facultades esenciales, pues es el único reproche que queda subsistente, después de haberse descartado todos los demás.

Al respecto, esta Magistratura considera que la facultad que tiene la

autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social;

[...]

35. Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que estas deben ser medidas y razonables (STC 56/1988; 253/1997), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC 1141/2009); o la medida sea proporcionada (STC 506/2007; 1141/2009; 1215/2009); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC 1669/2012).

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC 245/1996; 1141/2009; 1215/2009).

A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC 56/1988, 506/2007).

Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC 56/1998).

También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas (STC 253/1997) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC 1295/2009).

Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC 245/1996; 334/2001) o afectar el núcleo del derecho (STC 1298/2010);

36. Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC 146/1992; 334/2001). En segundo lugar, el que estas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC 146/1992; 370/2003).

Posteriormente, se define el concepto de limitación al dominio de la siguiente forma:

37. Que las limitaciones al dominio pueden ser definidas de dos maneras. Por una parte, pueden ser definidas positivamente. En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, “importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros” (Aylwin, Patricio; “Derecho Administrativo”; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último” (Rajevic, Enrique; “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”; en Revista Chilena de Derecho; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.” (STC 1295/2009). Las limitaciones son “la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas” (Aldunate Lizana, Eduardo; “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”; en Revista Chilena de Derecho; vol. 33 N° 2, 2006, págs. 285-303).

Por la otra, pueden ser concebidas negativamente, diferenciándolas de las privaciones. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que “un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta” (STC Rol 505/06).

Las limitaciones a la propiedad, de acuerdo a lo que expone la sentencia, derivan de la función social de aquella, cuyos elementos se contiene en el Art. 19 N° 24 de la Constitución:

38. Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucio-

nales. Así lo hacen la Constitución alemana (artículo 14), la italiana (artículo 42), la austríaca (artículo 6°), la española (artículo 33) y la portuguesa (artículo 90). En Latinoamérica, reconocen dicha función la Constitución brasileña (artículo 5° N° 22), la colombiana (artículo 58), la mexicana (artículo 27), la peruana (artículos 70 y 72), la costarricense (artículo 45), la venezolana (artículo 115) y la boliviana (artículo 56); [...]

41. Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19 N° 24°, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que esta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que solo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

42. Que dicha función no está definida por el constituyente (STC 245/1996).

Sin embargo, es posible encontrar algunos antecedentes en la etapa de elaboración de la Constitución. En el Memorandum de 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, es posible encontrar dos ideas. Por una parte, que “la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos” (STC 245/1996). Por la otra, se señala lo siguiente: “Respecto de las limitaciones al dominio, dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer.” (STC 245/1996).

Enseguida, este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad “tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad” (STC 245/1996).

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la posibilidad de disponer el traslado de las instalaciones ubicadas en la faja de los caminos públicos se funda en una de las causales contempladas en la Constitución, a saber, los intereses generales de la Nación:

45. Que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella.

En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación. En tercer lugar, porque se funda en una de las causales que la Constitución contempla como justificadoras de la función social: los intereses generales de la Nación. Estos, ha dicho este Tribunal, citando al profesor Enrique Evans, “expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden” (STC 334/2001). En el mismo sentido lo ha definido la doctrina. Así, para Cea, dichos intereses son todo “cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto, aunque pueda referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él” (ob. cit.; p. 578). Para Nogueira (ob. cit.; p. 183) es “todo cuanto beneficie y posibilite el desarrollo del país en su conjunto, aun cuando ello se concrete en determinadas zonas geográficas, actividades específicas o posibilite el desarrollo del país”;

46. Que este interés general se materializa en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos. De conformidad al artículo 107 de la Ley de Tránsito, “los conductores tienen el derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas, salvo las excepciones que establece esta ley y las medidas que, en caso contrario y en casos especiales, adopte la autoridad competente”.

Dicho derecho es la concreción de la libertad de locomoción, que implica, entre otras cosas, “el trasladarse de uno a otro lugar” dentro de la República (artículo 19 N° 7°, Constitución), sin pedir permiso o autorización, y sin trabas.

4.3.I. Limitación legítima al dominio

Finalmente, para la solución de la controversia, se decide que la posibilidad de disponer el traslado de las instalaciones es una limitación legítima al derecho de propiedad, por cuanto se cumplen con todos los estándares razonables para su establecimiento:

51. Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea mesurada y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

Enseguida, porque hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Todas las otras instalaciones que ocupen la faja, después de 1996, deben pagar por ello.

Finalmente, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por un mero traslado. No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión;

52. Que, en segundo lugar, cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía;

53. Que es tan central este uso principal, que hay una serie de sujetos que sufren restricciones para asegurar dicho libre tránsito.

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso

primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89).

En segundo lugar, sufren estas limitaciones los conductores de dichos vehículos. Estos necesitan tener licencia para conducir, la que deben llevar consigo (artículos 5° y 6°). También deben obedecer y respetar las señales de tránsito (artículo 95); respetar los límites de velocidad (artículos 117 y 144); respetar el sentido del tránsito o de la circulación (artículos 116, 120 y 122); respetar la distancia entre vehículos (artículo 126). Asimismo, no pueden conducir si no están en condiciones físicas o psíquicas suficientes (artículo 109); si se encuentran en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol (artículo 110).

En tercer lugar, sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39). También, los predios rústicos colindantes deben permitir la extracción de tierras, arena, piedras y demás materiales análogos que fueren necesarios para construir y conservar los caminos (artículo 45). Además, la que los obliga a soportar su uso para restablecer el tránsito, si este se interrumpiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

54. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, esta tiene la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos (artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o

que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

55. Que en el mismo sentido se enmarca la prohibición de ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos (artículo 35);

56. Que no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos.

A continuación, se señala que la función pública que desarrolla el concesionario implica una naturaleza especial de los derechos de uso de los bienes públicos, lo que justifica ciertas limitaciones:

57. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario. En efecto, la concesión de servicio público eléctrico implica dar suministro de energía a usuarios finales ubicados en una zona de concesión. Por lo mismo, las empresas solo pueden destinar sus instalaciones de distribución al servicio y al alumbrado público (artículo 7°, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE). Como ha dicho esta Magistratura, “se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, de enorme impacto en la industria, en el trabajo, en la oficina, en el hogar, en los centros de enseñanza, en los lugares de entretenimiento o de esparcimiento. Resulta difícil encontrar una actividad donde este insumo no se utilice. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción o suspensión del servicio (artículo 16 B, Ley N° 18.410), seguridad en su prestación (artículo 139, Ley General de Servicios Eléctricos), coordinación (artículo 138), calidad (artículos 41, 130 y 146) y no discriminación –debe dar servicio dentro del área de concesión a cualquier usuario que lo solicite– (artículo 125)” (STC 1669/2012).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

58. Que, por lo demás, los concesionarios de distribución de energía eléctrica están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la LGSE les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo,

ha dicho este Tribunal, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, LGSE); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139) (STC 1669/2012).

No es, entonces, el pago del traslado de instalaciones la única obligación que el concesionario debe soportar.

En cuarto lugar, se toma en consideración que la limitación establecida se da dentro de un contexto de privilegios que disfruta el afectado por el traslado de las instalaciones:

59. Que, en cuarto lugar, también la limitación cumple el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado.

En efecto, en primer lugar, como ya se ha indicado, el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos.

En segundo lugar, como lo ha dicho esta Magistratura, los concesionarios de servicio público tienen una serie de privilegios: “hay una suerte de monopolio natural en la zona de concesión (artículo 17, LGSE); puede disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 48, LGSE); cobra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica mínima (artículo 152, LGSE) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 151 de la misma ley)” (STC 1669/2012). Ello se justifica por la importancia que tienen los servicios básicos y en particular la electricidad, para la vida de las personas.

En tercer lugar, los concesionarios tienen una serie de facultades, que les permiten imponer obligaciones a particulares, incluso más intensas que la que se cuestiona en este requerimiento, como lo ha reconocido esta Magistratura (STC 1669/2012).

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, un aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 125), la ley les permite que puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión. La equivalencia está dada porque para el usuario no obtener el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir la energía en el hogar, la industria, el comercio, etc., es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro.

Por otra, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 51, LGSE). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 54) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 69); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 57); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 56).

Ambas figuras son semejantes al traslado de redes. En el caso sub lite, la autoridad, como consecuencia de administrar la faja adyacente a los caminos públicos y con el propósito de garantizar un mejor libre tránsito, dispone su traslado. En las facultades que tienen las empresas, estas imponen obligaciones a privados para que pueda llevarse a cabo la distribución de la energía.

Finalmente, la limitación cumpliría con no privar, en su aplicación práctica, más allá de lo formal, al titular en su derecho de dominio:

6o. Que, finalmente, se cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio.

En efecto, en la obligación de traslado, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público. Dicha obligación es trasladar las redes de modo temporal, hasta que se mejore el camino público en cuya faja se encuentran ubicadas. En esa obligación, las instalaciones siguen siendo de propiedad de las concesionarias, no pasan a dominio de la Dirección de Vialidad.

En segundo lugar, no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones.

En tercer lugar, no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad. Pero eso la sujeta a eventuales traslados y a órdenes de retiro que pueda disponer la autoridad.

En base a todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal rechaza el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto.

5. Voto concurrente de los Ministros Sres. Bertelsen Repetto y Navarro Beltrán

La sentencia cuenta con el voto concurrente de los Ministros Sres. Bertelsen Repetto y Navarro Beltrán, quienes concuerdan con la decisión pero no comparten ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente en cuanto a la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público.

Los Ministros concurrentes llaman la atención sobre el hecho que, más allá de los actos administrativos que se dicten al efecto, los derechos a usar bienes nacionales de uso público deriva de la calidad de concesionario de la empresa respectiva:

1º) Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión. Así lo hacen, por ejemplo, el Decreto Ley N° 1.939 (artículos 57 y siguientes); la Ley N° 18.695 (artículo 36); la Ley N° 18.696 (artículo 3º), y la Ley N° 19.542 (artículos 7 y 53) entre otras. También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N° 4/20.018, del Ministerio de Economía, de 2007, que fija su texto consolidado) la que en sus artículos 2º, N° 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad.

En efecto, el artículo 16 de dicho cuerpo legal, en lo pertinente, prescribe: “Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”.

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de servicio público de distribución de energía eléctrica. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para tender postaciones sobre las fajas de los caminos públicos, desde que tales bandas adyacentes son bienes nacionales de uso público, por definición del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998, artículo 24.

En tal sentido, debe tenerse presente que esta misma Magistratura ha señalado que la concesión “importa un acto esencialmente creador de derechos”, de forma tal que se le “ha reconocido siempre un carácter contractual” (Rol 467/2006).

2º) No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N° 850, cuyo inciso final se cuestiona, es-

tablezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, “para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con facilidad de la simple lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones “a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas.” (Artículo 41 del D.F.L. 850, inciso cuarto).

3°) Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, modalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aun más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el tendido de sus redes eléctricas. En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1° de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con con-

ceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de distribución de energía eléctrica que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos 58° y 59°.

4°) De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, de telecomunicaciones, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión. Esta es la noción que se expresa en lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuando establece que, en lo que ellas no prevean, las concesiones estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten el futuro sobre la materia, y en el mismo decreto que otorgó la concesión de autos, cuya copia rola a fojas 17, el cual establece, en su artículo 3°: “La presente concesión se otorga en conformidad al D.F.L N°1, de 1982, del Ministerio de Minería, y queda sometida a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia”. En concordancia con lo anterior, el artículo 16 de la misma ley eléctrica señala que “las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales

de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”.

Se hace finalmente alusión a los derechos adquiridos y a la retroactividad de la norma en comentario:

6°) Adicionalmente, en cuanto a la presunta aplicación retroactiva de la ley impugnada, es un hecho no discutido que ello no ocurre, pues consta en autos que el traslado en cuestión se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

Por otra parte, en lo relativo a la presunta afectación de derechos adquiridos, la historia del establecimiento del precepto legal demuestra que, al momento de su aprobación en el Senado, se dejó constancia de que no afectaría el derecho de los concesionarios existentes a seguir usando gratuitamente de la faja fiscal. Por ello, junto con establecerse, para las futuras concesiones, la obligación del pago de derechos por el uso de la faja fiscal, se contempló una disposición transitoria excluyendo de dicho pago a los concesionarios existentes. Con ello, mantuvieron estos concesionarios el beneficio que la ley les reconocía. En lo demás, como se ha dicho, nunca existió un pretendido derecho adquirido a la gratuidad de los traslados, pues esta posibilidad estuvo siempre incorporada en el estatuto jurídico de la concesión.

7°) Por estos motivos estimamos que el precepto legal cuestionado en estos autos no es contrario a la Constitución, reafirmando la doctrina enunciada por esta Magistratura en sentencia de 10 de febrero de 1995 (Rol 207) en cuanto, entre los elementos propios del Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas, lo cual implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Confianza que se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. De allí que, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional con-

templa, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución.

Conclusión

Al igual que otras sentencias del Tribunal Constitucional de reciente factura acerca de nuestro derecho administrativo general y especial, la decisión comentada es muy extensa, pedagógica y a ratos excesiva, explayándose sobre cuestiones no debatidas tales como el dominio público de caminos, potestades de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas o el régimen concesional.

Se trata de una sentencia desestimatoria de inaplicabilidad, que descarta la existencia de un conflicto constitucional propio del control concreto en la aplicación del inciso final del artículo 41 de la Ley de Caminos, recurriendo una vez más al comodín procesal de las cuestiones de mera legalidad de resorte competencial de los tribunales del fondo, descartando que la vigencia retroactiva de la norma legal impugnada pueda configurar una aplicación contraria a la Constitución.

Sin embargo, la sentencia es relevante por expresar de modo muy completo una nueva doctrina del Tribunal Constitucional acerca de varios tópicos que requieren un desarrollo ulterior, a saber: descarta la doctrina de los “derechos adquiridos” homologándola a la impropia propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC 467/2006, STC 1452/2010), pudiendo el legislador modificar las condiciones de ejercicio de derechos (STC 1361/2009, STC 1452/2010); afirma la presunción de constitucionalidad de la ley (STC 309/2000) como una verdadera indestructibilidad de esta; define pautas o estándares de la limitación del derecho de propiedad, que son legítimos al estar fundados en la función social del derecho y por ende no indemnizables (considerandos 33° a 38°); y redefine la propiedad especial que posee la empresa concesionaria de distribución de sus instalaciones de superficie o soterradas, propiedad afecta al servicio público material.

Esta nueva doctrina acerca de la propiedad de empresas concesionarias de servicio público importa cerrar el campo a limitaciones ablativas del derecho de propiedad, atributos o facultades, ya que toda limitación es legítima al estar fundada en la función social del derecho –la que comprende conceptos jurídicos indeterminados tales como el interés nacional–, haciendo prácticamente imposible la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. De esta

suerte, esta doctrina del Tribunal desestima la responsabilidad patrimonial del Estado (Fisco-MOP) en la medida que no es ablatoria del derecho de propiedad, atributos o facultades la aplicación retroactiva de un precepto legal que importe transferir el costo financiero del traslado de sus instalaciones del “interesado” al “propietario”, aunque el propietario de las instalaciones en ninguna de las hipótesis de vigencia temporal del precepto legal pueda incorporar a la estructura tarifaria tales costes, con lo que la empresa concesionaria debe soportar desigualmente las consecuencias patrimoniales de la decisión administrativa. Ello lesiona el principio de igualdad y los derechos de igualdad y de propiedad.

De esta manera, la doctrina del Tribunal Constitucional hace tabula rasa de la ecuación básica que preside la estructura de tarifas y sus principios (equilibrio, modicidad, estándares de servicio asegurados, etc.) en empresas concesionarias de servicio público con precios regulados; transfiriendo la decisión del Ministerio de Obras Públicas -principal de estas empresas concesionarias de servicio público- a las empresas concesionarias de caminos públicos, generando una ventaja ex post a las concesiones.

INVIOLABILIDAD DE CORREOS ELECTRÓNICOS. COMENTARIOS AL FALLO 2153-2011 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Rodolfo Figueroa G.¹

Resumen

El año 2012 el Tribunal Constitucional declaró que los correos electrónicos generados entre el Ministerio del Interior y una Gobernación Provincial, referentes a gastos de fondos públicos incurridos con ocasión de la reconstrucción debida al terremoto de 2010, son documentos privados que no cabe revelar contra la voluntad de los involucrados. El Tribunal determinó que la garantía del artículo 19 N° 5 confiere inviolabilidad a cualquier comunicación con independencia de la calidad del emisor o receptor o del contenido de la comunicación. Esto implica que la garantía señalada no se funda en el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 19 N° 4. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal citó doctrina española. El problema es que el artículo 18 de la Constitución española recoge el derecho a la intimidad en términos distintos a la Constitución chilena. Por tanto, ese contexto no es pertinente. Valga señalar que ningún autor nacional suscribe la tesis que la garantía del N° 5 no se relaciona con privacidad y es independiente del N° 4.

1. Antecedentes

Los días 9 y 17 de febrero de 2011, el alcalde de Melipilla solicitó al Ministerio del Interior acceso a la información producida y enviada entre la Gobernación Provincial de Melipilla y el Ministerio del Interior, en relación con los gastos incurridos con ocasión de la reconstrucción iniciada por el gobierno, debida al terremoto de 2010. Concretamente, la solicitud comprendía cuatro asuntos específicos: (a) fondos entregados y transferidos por el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial aludida; (b) casillas electrónicas de las personas

¹ Académico de la Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales. Director del Departamento de Derecho Público y del Magíster en Derecho Público. Doctor en Derecho.

indicadas; (c) rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación al uso de esos fondos; y (d) eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial respecto de los mismos fondos.² La solicitud del alcalde se amparó en la Ley de Acceso a la Información Pública, Ley 20.285.

El requerido entregó la información solicitada, con exclusión de los correos electrónicos relacionados con esa materia. En virtud de esa exclusión, el alcalde dedujo un recurso de amparo ante el Consejo para la Transparencia, órgano que falló en su favor, ordenando al Subsecretario la entrega de los correos. Ante esta decisión, el Subsecretario dedujo recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago y, pendiente esta gestión, interpuso un recurso de inaplicabilidad en contra del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 20.285 ante el Tribunal Constitucional. El 11 de septiembre de 2012 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia Rol N° 2153-2011 INA en la cual acoge el recurso deducido por el Subsecretario y declara la inaplicabilidad de parte del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

2. Objetivo

El objetivo de este trabajo consiste en revisar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional acerca de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que involucren a funcionarios públicos. El fallo se pronuncia sobre una serie de aspectos relacionados: si los funcionarios tienen derechos constitucionales, la extensión del mandato de publicidad contenido en el artículo 8 de la Constitución, si los correos electrónicos son actos administrativos, etc. Sin embargo, este artículo solo se referirá la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la inviolabilidad de los correos electrónicos de funcionarios públicos. Por lo mismo, este trabajo tampoco se referirá a la eventual inconstitucionalidad de la Ley 20.285.

3. El argumento del Subsecretario

Para analizar el fallo del Tribunal Constitucional es útil tener presentes los argumentos del requirente. En su requerimiento, el Subsecretario presenta los argumentos para sostener que tiene un derecho constitucional para sustentar la negativa a proporcionar los correos electrónicos que, como funcionario del Estado, intercambió con otro órgano del Estado sobre un asunto público, como es el uso de fondos públicos para la reconstrucción por el terremoto. La

² Ver Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012, considerando 25. Ver también requerimiento del Subsecretario.

argumentación está contenida en la sección 3 letra b) de su requerimiento, titulada “Infracción a los artículos 19 N° 4 y 5 de la C.P.R.”³

3.1. El derecho a la privacidad en general

El requirente señala que el artículo 19 N° 4 se refiere a la privacidad de las personas, entendida como “una manifestación jurídica de la dignidad y respeto que se debe a todo individuo de la especie humana”.⁴ Agrega que esa garantía comprende las comunicaciones privadas, es decir, que el derecho a la privacidad incluye las comunicaciones privadas.⁵ Luego, el requirente afirma que la garantía del artículo 19 N° 5 “se relaciona estrechamente con la protección de la vida privada y la privacidad del 19 N° 4...”.⁶ Citando a Alejandro Silva, señala que este precepto –el N° 5– se refiere a “todo lo relativo al santuario íntimo de la persona, como son el respecto a su propia intimidad, a su propio honor”.⁷ Más adelante, el requirente alude a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, según la cual “la protección otorgada por nuestra Carta Fundamental a las comunicaciones privadas deriva fundamentalmente de la íntima relación que estas presentan con la vida privada, constituyendo una extensión o manifestación de la misma”.⁸ Según la jurisprudencia citada, existe un ligamen entre la dignidad de la persona y el derecho a la privacidad de las comunicaciones, por el carácter personalísimo o reservado que tienen, como base de la libertad individual.⁹

3.2. Privacidad de correos electrónicos de funcionarios públicos

Habiendo aludido a la privacidad, tanto en el N° 4 como en el N° 5 del artículo 19, el requirente se refiere a continuación a los correos electrónicos de funcionarios públicos. Señala expresamente que las garantías citadas protegen la privacidad de los mensajes enviados a través de correos electrónicos de fun-

3 Requerimiento del Subsecretario del Interior señor Rodrigo Ubilla, presentado ante el Tribunal Constitucional el 26 de diciembre del 2011, pp. 40-48.

4 *Ibíd.*, p. 40.

5 *Ibíd.*, p. 41.

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 *Ibíd.*, p. 42.

9 *Ibíd.*

cionarios públicos.¹⁰ Proporciona varios antecedentes inconducentes¹¹ hasta que, en la página 47, señala que lo relevante en este punto es determinar si la protección constitucional de la privacidad depende del continente o del contenido del mensaje. Allí defiende que lo relevante es el continente y no el contenido, que lo importante es la intención de privacidad,¹² y concluye –citando a Nogueira– que la inviolabilidad de la comunicación privada no requiere que el contenido de esta pertenezca al ámbito de la privacidad o intimidad.¹³ El Subsecretario concluye su argumentación señalando que la inviolabilidad de las comunicaciones “...es parte de la privacidad de las personas, independientemente de su contenido material, por lo que la revelación a terceros ajenos a dicha comunicación, vulnera el derecho a la privacidad”.¹⁴

4. Resumen de las ideas centrales del argumento del Subsecretario

La estructura del argumento del Subsecretario se puede esquematizar en 4 puntos:

- i) El N° 4 y el N° 5 del artículo 19 se fundan en la privacidad y esta en la dignidad o santuario íntimo de las personas.
- ii) Según la jurisprudencia del TC, la inviolabilidad de las comunicaciones deriva de su relación íntima con la vida privada.
- iii) La inviolabilidad de las comunicaciones no depende del contenido de lo comunicado (no requiere que el contenido sea privado).
- iv) La inviolabilidad de las comunicaciones es parte de la privacidad de las comunicaciones.

5. Comentarios críticos sobre el argumento del Subsecretario

A continuación se presentan algunos comentarios críticos respecto del argumento del Subsecretario, los que son relevantes para comprender el fallo del Tribunal Constitucional.

- a) En primer lugar, se debe señalar que no cabe duda que los puntos iii) y iv) anteriores son contradictorios. En efecto, no se puede afirmar al mismo

¹⁰ *Ibíd.*, p. 44.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 45-46.

¹² *Ibíd.*, p. 47.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*, p. 48

tiempo que la inviolabilidad es parte de la privacidad y que la inviolabilidad no requiere que el contenido sea privado. Volveremos sobre esto más adelante.

b) El tema central de este requerimiento –en lo que atinge al derecho a la privacidad– es si la comunicación que un funcionario público envía a otro sobre asuntos públicos está protegida por la inviolabilidad del N° 5. En su argumentación, el Subsecretario señaló que el N° 4 y el N° 5 del artículo 19 se fundan en la privacidad, y cita doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el punto. Por tanto, la inviolabilidad de las comunicaciones se concede porque se protege la privacidad. Así las cosas, la protección que reclama el Subsecretario es de su derecho a la privacidad.

Esta argumentación del Subsecretario es absurda. ¿Cómo el Subsecretario puede pretender que la petición del alcalde pueda tener que ver con su vida privada? ¿Cómo es posible que información sobre el uso de fondos públicos, producida entre funcionarios públicos, pueda formar parte de la intimidad del Subsecretario? El Consejo para la Transparencia acogió el amparo solicitado por el alcalde precisamente por la idea de que los correos entre funcionarios públicos son asuntos públicos, constituyen información pública que no forma parte de la vida privada de los funcionarios. Pues bien, el Subsecretario no da ningún argumento para sostener lo contrario, salvo una frase de Nogueira que dice que la inviolabilidad de la comunicación se concede con prescindencia del contenido de esa comunicación.

Pues bien, esa idea no hace sentido. En efecto, en la misma página donde Nogueira señala que la inviolabilidad de la comunicación privada no requiere que el contenido de la comunicación pertenezca a ámbito de la privacidad,¹⁵ afirma que la inviolabilidad de las comunicaciones tiene “su fundamento en el respeto a la privacidad de las personas”.¹⁶

Aquí hay una contradicción en el texto de Nogueira: si la inviolabilidad se funda en el respeto a la privacidad, ¿cómo se puede decir luego que la inviolabilidad no requiere que lo comunicado pertenezca a la privacidad? Esta contradicción de Nogueira queda reflejada en la argumentación del Subsecretario, en los puntos iii) y iv) del resumen antes visto.

c) El Subsecretario cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que la inviolabilidad de las comunicaciones se funda en la intimidad.

¹⁵ Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, (Librotecnia) Tomo 1, 3ffi edición, 2010, p. 867.

¹⁶ *Ibíd.*

¿Cómo es posible sostener, entonces, que la inviolabilidad no requiere que la información sea parte de la vida privada?

En suma, no hay razones en el requerimiento del Subsecretario para estimar que información pública, entre funcionarios públicos, sea inviolable, y menos afirmarlo porque se funde en el derecho a la privacidad. Esta conclusión es importante porque nos conduce a poner especial atención en la base sobre la cual el Tribunal Constitucional estructuró su argumento.

6. Razonamiento del Tribunal sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas

El Tribunal Constitucional, en el voto de mayoría, sostiene que la inviolabilidad asegurada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución protege dos bienes jurídicos: la libertad de las comunicaciones y el secreto de las mismas.¹⁷ El secreto de las comunicaciones:

...precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción iuris et de iure de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad.¹⁸

Aquí el tribunal está afirmando que el secreto de las comunicaciones se protege frente a terceros porque lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas. Esto sugiere que estamos frente al derecho a la privacidad. Luego, el tribunal agrega que:

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no este al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos, etc.). Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;¹⁹

Esta declaración es la esencial en este fallo. El tribunal está sosteniendo que

17 Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, op. cit., considerando 31.

18 *Ibíd.*

19 *Ibíd.*

las comunicaciones privadas se protegen con independencia del contenido de las mismas; es decir, las comunicaciones privadas no se protegen por el hecho de que ellas contengan información relativa a la vida privada de los interlocutores, sino que se protegen porque son privadas, y privado no significa que pertenece a la vida privada. El contenido de la comunicación es irrelevante; también lo es la titularidad del interlocutor o el canal utilizado. En consecuencia, según esta doctrina, no puedo exigir acceso al correo del Subsecretario porque él sea una figura pública actuando en su calidad de tal, en vez de un ciudadano privado. Tampoco puedo exigir acceso al correo sobre la base de que se refiera a asuntos públicos (y no privados), como es la reconstrucción por el terremoto. Como dijo el tribunal, el secreto e inviolabilidad de los correos no dependen del carácter público o privado del interlocutor, del mensaje comunicado ni del canal utilizado.

Lo interesante es que esta doctrina no se funda en el derecho a la privacidad reconocido por el artículo 19 N° 4, sino en los términos del artículo 19 N° 5. Dicho de otra forma: las comunicaciones privadas están protegidas no porque están cubiertas por el derecho a la privacidad del artículo 19 N° 4 sino porque el N° 5 lo establece. *Privado* es un concepto utilizado por el N° 5 del artículo 19 de la Constitución que es independiente del concepto *vida privada utilizado* por el N° 4. Esto requiere una explicación sobre qué se quiere decir con la expresión *comunicaciones privadas*, y el tribunal la proporciona a continuación. Comunicaciones privadas:

...son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que solo él o ellos la reciban (Silva Bascañán, A.; ob. cit., p. 205). El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente ella reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de este. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público (Cea, José Luis; ob. cit., p. 205). Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público (Vivanco, Ángela; Curso de derecho constitucional; tomo 2, Editorial PUC, Santiago, 2006, p. 364).²⁰

En este considerando se puede apreciar que privado no significa *que es parte*

20 Ibid., considerando 35.

de la vida privada de alguien, sino que *privado* es aquello que es cerrado, no dirigido al público en general. El contenido de la comunicación no es relevante sino el carácter abierto o cerrado de la misma, desde el punto de vista de los destinatarios. Por ello, el tribunal explica que las comunicaciones que se llevan a efecto por la radio o la televisión no son privadas. Ellas “...tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto”.²¹

En ese sentido, el tribunal reitera que, aunque los interlocutores sean funcionarios públicos, las comunicaciones son privadas si no están destinadas a ser conocidas por terceros ajenos a la comunicación y ellas se efectúan por canales cerrados.²² Los destinatarios “...pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad”.²³ También reitera el tribunal que el carácter del mensaje es irrelevante para considerarlo público o privado:

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (Martín Morales, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*; Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 33);²⁴

Entonces, comunicación privada es aquella que tiene lugar por canales cerrados, debido a que los interlocutores tienen la intención de que solo ellos tengan acceso a ellas y no terceras personas. El carácter privado de esta comunicación carece de relación con el derecho a la privacidad. Por eso, la garantía del N° 5 es distinta de la del N° 4 del artículo 19.

7. Comentarios críticos

a) El voto de mayoría del Tribunal Constitucional está enarbolando una tesis inédita en nuestro medio: que el N° 5 del artículo 19 no se funda ni proviene

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

del N° 4, es decir, que la inviolabilidad de las comunicaciones no se funda en la privacidad. Esta tesis es necesaria para justificar la prohibición de acceso a correos de un funcionario público sobre asuntos públicos. En efecto, si no se requiere que la privacidad esté involucrada en las comunicaciones, entonces podemos utilizar el N° 5 del artículo 19 para impedir el acceso a cualquier comunicación.

Esta tesis es inédita porque:

- i) Ningún autor nacional ha sostenido que existe una independencia entre el N° 4 y el N° 5. Dicho de otro modo: nadie ha afirmado que el N° 5 no suponga privacidad.
- ii) El propio Tribunal Constitucional ha señalado, como ya vimos, que la inviolabilidad se funda en la intimidad. Por tanto, aquí hay una inconsistencia.
- iii) En el requerimiento no se sostiene esa tesis, sino la contraria: que la inviolabilidad se funda en la privacidad, para lo cual se cita doctrina y jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. La única parte del requerimiento que podría relacionarse con esta inédita tesis del tribunal es la referida a la cita de Nogueira, que presenta, según vimos, una doctrina contradictoria al decir que la inviolabilidad se funda en la privacidad y luego decir que la inviolabilidad no requiere que la comunicación se relacione con la privacidad.
- iv) No cita a ningún autor nacional que diga que el contenido del mensaje es irrelevante para concederle inviolabilidad. Es curioso que el tribunal no cite a Nogueira en este punto, como lo hace el requerimiento. En vez de ello, cita a un autor español: Ricardo Martín Morales.

Todos los autores nacionales citados por el tribunal sostienen que el N° 5 constituye una derivación del N° 4. Cuando el tribunal explica la noción de “comunicación privada” cita a Alejandro Silva, José L. Cea y Ángela Vivanco. Pues bien, Silva explica que abrir o registrar una comunicación o documento privado atenta contra el derecho a la vida privada de las personas, reconocido en el artículo 19 N° 4.²⁵ Cea señala que la inviolabilidad a que se refiere el N°5 es un atributo personalísimo, ligado a lo más íntimo de cada sujeto, a partir del cual configura y proyecta su personalidad; vinculado a la intimi-

25 Silva, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) Tomo XI, 2006, p. 208.

dad.²⁶ Vivanco afirma que “...la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una garantía de la intimidad...”.²⁷ Como se puede advertir, esos tres autores estiman que la garantía del N° 5 deriva del N° 4. Por tanto, la noción de documento privado como aquel que es cerrado y que no se relaciona con privacidad, no puede fundarse en los tres autores antes mencionados, como erradamente sostiene el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, ¿qué cabe decir del voto de mayoría? ¿Es incorrecta la tesis del voto de mayoría? No necesariamente. Es posible afirmar que el N° 5 no se funda en el N° 4, y que en la Constitución encontramos dos garantías completamente separadas: una protege la privacidad y otra se denomina lisa y llanamente “inviolabilidad de las comunicaciones”, y no dice relación con la protección de la privacidad. Es interesante esta idea. El problema es que no tiene sustento: no lo dice el propio requerimiento; no lo afirma Nogueira (al contrario, afirma que la inviolabilidad se funda en la intimidad); no lo dice ningún autor nacional, y contradice lo afirmado antes por el propio Tribunal Constitucional. De modo incomprensible, el tribunal cita tres autores nacionales para apoyarla, pero ya vimos que ellos no la suscriben.

Podría ser una tesis interesante, pero carece de fundamento y eso no parece aceptable proviniendo del Tribunal Constitucional.

La única referencia para esta tesis es la cita de Ricardo Martín Morales. Primero, el tribunal citó a José Fernández para explicar que comunicación privada es aquella que discurre por un canal cerrado y luego citó únicamente a un autor, Ricardo Martín Morales, también español, para sustentar la tesis de que la comunicación privada no se relaciona con la privacidad.

Es cierto que la doctrina española considera que la protección de las comunicaciones no requiere que el asunto forme parte de la vida privada; la garantía se aplica al continente con prescindencia del contenido.²⁸ Esta afirmación de la doctrina española se sustenta en el fallo del Tribunal Constitucional español²⁹ que interpreta el artículo 18.3 de la Constitución española. Sin embargo, es fundamental tener presente que la Constitución española es distinta a la chilena en este punto.

²⁶ Cea, José L., *Derecho constitucional chileno*, (Ediciones Pontificia Universidad Católica.) Tomo II, 2012, p. 216.

²⁷ Vivanco, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, (Ediciones Pontificia Universidad Católica) Tomo II, 2006, p. 365.

²⁸ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, (Ediciones Marcial Pons) 2003, p. 408. También: Díez-Picazo, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, (Ediciones Thomson Civitas) 2008, pp. 315-316.

²⁹ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 114/1984, Fundamento Jurídico N° 7.

Constitución española	Constitución chilena
<p>Artículo 18.</p> <p>3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.</p>	<p>Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.</p>

En resumen:

Constitución española	Constitución chilena
Se garantiza el secreto de las comunicaciones.	Se asegura la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Como se puede advertir, la Constitución española no alude a comunicaciones *privadas*, sino que asegura el secreto de todas las comunicaciones. Por eso, el Tribunal Constitucional español y la doctrina española están contestes en que la garantía es formal, sin atender al contenido. “Cualquier valoración de la comunicación para ver si está protegido su contenido o no, exigirá el levantamiento previo del secreto y, por tanto, la vulneración del derecho”³⁰ dice Pérez Royo. Pero la Constitución chilena no dice comunicaciones a secas sino que protege únicamente las que sean *privadas*. Esto hace que la garantía en Chile no sea formal, como en España, y, por lo mismo, que la referencia del voto de mayoría del Tribunal Constitucional chileno a la doctrina española sea impertinente e incomprensible. La doctrina española se refiere a un texto constitucional sustancialmente distinto al chileno: la palabra “privada”, presente en Chile y ausente en España, hace toda la diferencia. El tribunal chileno actuó como si diera lo mismo que esa palabra exista o no.

³⁰ Pérez Royo, op. cit., p. 408.

8. Voto de minoría

El razonamiento antes explicado corresponde al voto de mayoría, suscrito por los ministros Aróstica, Bertelsen, Carmona, Navarro, Peña, Venegas y Vodanovic. El voto de minoría corresponde a los ministros Fernández, García y Viera-Gallo. Dicho voto trata una serie de temas. Nos referiremos únicamente a lo atinente al derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

En primer término, el voto se refiere al asunto central antes discutido, que es la relación entre el N° 4 y el N° 5:

Que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, es una manifestación especial del derecho al respeto de la vida privada y de la libre comunicación. Por tanto, su contenido constitucionalmente está comprendido en el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N° 4, que es la regla general y residual, a la vez, de la protección de la privacidad.³¹

Luego, el voto afirma que el caso en estudio corresponde a una eventual colisión entre el derecho a la privacidad y el acceso a información pública.³² Para tal evento, debe procederse a un juicio de razonabilidad. El artículo 5° inciso 2° de la Ley, que confiere acceso a información pública, es una norma razonable.³³ Agregan los ministros disidentes que la solicitud del alcalde de Melipilla recae sobre un asunto de “evidente interés público”. En esta materia, se debe aplicar la regla de que todo lo que se refiera a gasto fiscal es público.³⁴ Más adelante, el voto de minoría aplica un juicio de proporcionalidad a la petición de acceso a la información contenida en los correos, y concluye que esa petición satisface el juicio de adecuación o idoneidad (porque para conseguir el fin, es una vía idónea el acceso a los correos);³⁵ el juicio de necesidad (pues el acceso a la información pública es la forma fijada por la ley para obtener la información)³⁶ y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (porque la petición es precisa y delimitada y la información es divisible).³⁷

31 Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, op. cit., considerando 11 del voto de minoría.

32 *Ibíd.*, considerando 15 del voto de minoría.

33 *Ibíd.*, considerando 20 del voto de minoría.

34 *Ibíd.*, considerando 27 del voto de minoría.

35 *Ibíd.*, considerando 31 del voto de minoría.

36 *Ibíd.*, considerando 32 del voto de minoría.

37 *Ibíd.*, considerando 33 del voto de minoría.

Agrega el voto de minoría que lo relevante para decidir acerca de la publicidad o reserva de la información de que se trate es su contenido y no el medio material que le sirve de soporte o formato.³⁸ Por ello, no toda información de un correo personal es reservada, como tampoco toda información de una entidad pública es pública.³⁹

Finalmente, los ministros disidentes afirman que las causales de reserva previstas en la Ley 20.285 no son aplicables al caso. La información solicitada por el alcalde no cabe en ninguna de las categorías del artículo 21 N° 2 de la Ley. Por tanto, el voto minoritario concluye que:

...no puede en ningún caso entenderse que el respeto y la protección a la vida privada del requirente puedan verse amenazados por la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, reprochado en autos, en el proceso sub lite;⁴⁰

9. Comentarios sobre el voto de minoría

El voto de minoría discrepa de la mayoría en cuanto a la relación que existe entre el N° 4 y el N° 5 del artículo 19 de la Constitución. Afirma que el N° 5 es una derivación del N° 4, tal como lo ha señalado toda la doctrina en Chile. Esto significa que las comunicaciones privadas, entendiendo por tales las que forman parte de la vida privada, son inviolables, salvo los casos previstos por la ley. La información requerida por el alcalde es información pública. Por tanto, no puede estimarse en ningún sentido que esté protegida por el N° 5 del artículo 19, ni por el N° 4. La conclusión del voto de minoría en el considerando 42 es categórica: ¿cómo la revelación de correos sobre el uso de fondos públicos para la reconstrucción va a afectar la vida privada del Subsecretario?

El voto de minoría no cita doctrina relativa a las relaciones entre el N° 4 y el N° 5, pero adhiere a la postura unánime de la doctrina nacional.

A la luz del texto de la Constitución chilena, comparado con el texto de la española, y considerando la doctrina nacional, unánime en este punto, no cabe duda de que el voto de minoría tiene la razón.

Unos meses después del fallo en comentario, el Tribunal Constitucional resolvió un caso análogo⁴¹ y en él mantuvo la misma doctrina.⁴²

38 Ibid., considerando 35 del voto de minoría.

39 Ibid., considerando 36 del voto de minoría.

40 Ibid., considerando 42 del voto de minoría.

41 Tribunal Constitucional, Rol 2246-2012, sentencia de fecha 31 de enero de 2013.

42 Ibid., considerando 47; en adelante, de modo casi literal con la sentencia que se comenta en este trabajo.

Conclusiones

A partir de lo señalado es posible individualizar las siguientes conclusiones:

i) El Tribunal Constitucional interpreta el N° 5 del artículo 19 de forma distinta a como lo entiende la unanimidad de la doctrina chilena.

ii) El Tribunal cita doctrina nacional para apoyar su interpretación, lo que es un error.

iii) El Tribunal interpreta el N° 5 del artículo 19 de mismo modo como el Tribunal Constitucional español y la doctrina española interpretan el artículo 18.3 de la carta fundamental de España. En efecto, de ese contexto, el tribunal chileno toma la idea de que las comunicaciones a que se refiere el N° 5 están protegidas de manera formal, con prescindencia de su contenido.

iv) Lo anterior significa que el derecho del N° 5 del artículo 19 no se funda en la idea de privacidad recogida en el N° 4.

v) La tesis del Tribunal no aparece tampoco en el requerimiento.

vi) El apoyo del Tribunal chileno en la doctrina española es incomprensible, debido a que el artículo 18.3 de la Constitución española y el artículo 19 N° 5 chileno son distintos. En efecto, el texto español garantiza el secreto de las comunicaciones, en tanto la carta chilena asegura la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

vii) Lo anterior significa que la palabra privada, que está presente en el texto chileno y ausente en el español, sería irrelevante.

viii) Todo esto llevó al Tribunal a concluir que la situación jurídica de un funcionario público, actuando en ejercicio de su cargo sobre un asunto de interés público, es equivalente a la de un particular, actuando como tal sobre un asunto netamente privado. Dicho de otro modo: un correo electrónico que verse sobre un aspecto de la vida privada de un particular, que sea enviado por él a otro particular, tiene el mismo tratamiento jurídico, sostiene el Tribunal Constitucional, que un correo enviado por un funcionario público a otro funcionario, sobre un asunto de interés público. Esto parece un despropósito.

LA SOMBRA Y EL RESPLANDOR DE LA DESOBEDIENCIA: SOBRE LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE EL GOBIERNO Y LA JUSTICIA EN LA ARGENTINA¹

Martín Böhmer²

Rey Lear: *¿Hay aquí alguno que me conozca? ¡Este no es Lear! ¿Anda así Lear? ¿Habla así? ¿Donde están sus ojos? O su razón se ha debilitado, o su percepción está aletargada. ¡Ha! ¿Está despierto? ¡No puede ser! ¿Quién puede decirme quien soy?*

Bufón: *La sombra de Lear.*

William Shakespeare, El Rey Lear, Acto I, Escena IV.

Resumen

La cultura jurídica argentina ha experimentado, junto con la transición a la democracia, una reconfiguración que aún está intentando articular en prácticas y discursos consistentes con ella. La tensión histórica entre autoridad ilegítima y desobediencia criminal se ha intentado superar poniendo a los derechos como centro de las nuevas prácticas, las que ahora se constitucionalizan y retiran la vieja cultura de la codificación a los márgenes. En este trabajo se propone una descripción de la forma en que esto ha sucedido, se mencionan algunos de los desafíos pendientes y se advierte sobre los peligros que aún acechan a esta frágil transición.

Introducción

Cuando el bufón responde “la sombra de Lear”, ¿está diciendo que él puede decirle al rey quien es, le está respondiendo “yo puedo decírtelo, eres la sombra de Lear”?, ¿o está diciendo que solo la sombra de Lear puede decirle quien es? Si lo primero, Lear no es sino una sombra de lo que era, un ex rey sin poder. Pero tal vez más interesante para mis propósitos sea advertir que, en la segunda lectura de su respuesta, el Bufón le responde que solo su sombra, su falta de poder, puede decirle quien es. Solo en el reconocimiento, en la aceptación de lo que hay cuando no hay poder (o se está bajo la amenaza de perderlo, o aun en el reconocimiento o en la aceptación de esa amenaza), el poder puede ser conocido

¹ Esta es una versión del texto que estoy preparando para el trabajo colectivo “Comparative Constitutional Cultures” que lideran Paul Kahn y Hugo Cyr, a quienes agradezco el permiso para publicarlo.

² Profesor de la Universidad de San Andrés, Universidad de Buenos Aires.

(mantenido) y tal vez incluso recuperado, en el caso de que se hubiera perdido.

La sombra de Lear le advierte los peligros de abandonar el poder, de la difícil hazaña de delegar poder y al mismo tiempo mantenerlo (sin importar cuán pequeña sea la porción que uno quiera mantener). “La soberanía, Lear—diría el Bufón—, no puede ser limitada, ni condicionada, ni delegada, ni siquiera cuando la entregas al declamado, o al verdadero, amor de tus hijas”.

1. Antecedentes fácticos

Solo en 2011 hubo 3.214 piquetes en Argentina, un 30% más que el año anterior. De todos ellos, 581 tuvieron lugar en la Ciudad de Buenos Aires. Los piquetes son organizados por movimientos sociales, trabajadores estatales y vecinos, y consisten en el bloqueo de caminos (avenidas principales o autopistas) y la interrupción del tráfico durante unas cuantas horas. El Estado se abstiene de ejercer cualquier tipo de represión; la policía redirige el tráfico y espera hasta que los grupos se dispersen. Los piqueteros demandan salarios, beneficios sociales, trabajo y cambios en las políticas públicas. Estos actores sociales comenzaron como grupos vagamente unidos por problemas que percibían como comunes y eventualmente fueron organizándose de manera más formal. Sus reivindicaciones son articuladas como instancias de protesta por la denegación de participación en el proceso político, no solo como demandas de recursos, sino también reclamos por derechos violados y por haber sido excluidos de la discusión política. Es como si la ocupación del espacio geográfico público fuera análoga a ocupar el espacio político público, un espacio que les había sido retaceado. Sus reclamos son (también vagamente) dirigidos al Estado, o a cualquier institución (o persona) que asuma la disrupción en cuestión como un reclamo dirigido a ella o como un problema político que debe asumir como propio, en la medida en que el reclamo la amenaza con convertirla en una autoridad ilegítima de cara a la ineficiencia de su actuar o a la total irrelevancia de su existencia como actor político.

A comienzos de 2012, la presidente argentina estaba de licencia tras una operación quirúrgica. Su vicepresidente necesitaba volar por debajo del radar y no atraer la atención si quería mantener su buena relación con la presidenta. Después de todo, ella le había advertido en un discurso que se “comportara”. Su ex vicepresidente, miembro de otro partido, en su primer mandato, fue condenado al ostracismo cuando la traicionó al dar su voto de desempate contra una ley crucial como presidente del Senado. Por lo tanto, para poder comportarse, el actual vicepresidente mantuvo sus reuniones al mínimo y no

ocupó las oficinas presidenciales. Solo estuvo en un acto público: la distribución de trece camiones de basura a los distritos (claves desde el punto de vista electoral) de la Provincia de Buenos Aires que limitan con el Riachuelo, el río que divide la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia. La institución a cargo de la adquisición y distribución de los camiones era la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), una agencia conformada por el Estado Federal, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires para administrar la cuenca del río. El plan para limpiar el río (dentro del cual se inscribe la distribución de los tractores) es el resultado de una orden librada por la Corte Suprema federal en 2008, en una decisión sin precedentes. El litigio que produjo esta decisión comenzó con una acción colectiva iniciada por un grupo de vecinos anclada en el derecho constitucional a un medioambiente sano, que fue admitido en competencia originaria por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La orden contra los Estados les mandó diseñar un plan e implementarlo bajo la supervisión de la Corte y el escrutinio cercano de ONGs y universidades sentadas alrededor de una “mesa de diálogo” también creada por la sentencia. Las audiencias públicas (también sin precedentes en una tradición de procedimientos escritos) se convocan periódicamente. En las audiencias, las preguntas de los jueces avergüenzan a los funcionarios para incrementar su voluntad de cumplir con las órdenes de la Corte. En cualquier caso, el vicepresidente sintió que cumplir con las órdenes de la Corte no era una forma de desafiar la investidura de la presidente, sino que era una acción sensata, indiscutiblemente legítima y políticamente segura.

2. Cultura constitucional argentina

La cultura constitucional argentina se teje con varios hilos, siendo dos los principales: el poder del Poder Ejecutivo y el poder de la movilización popular. El primero tiende a aumentar la concentración de poder en manos del presidente, dotándolo de innumerables recursos simbólicos y materiales. Algunas de sus herramientas son el sistema federal de impuestos, la discreción casi sin límites en la utilización de los recursos impositivos, la iniciativa legislativa, el uso de facultades delegadas, el ejercicio del gobierno a través de leyes de emergencia y decretos de necesidad y urgencia, la virtual irrelevancia de las legislaturas, el control del partido oficialista, el uso de los medios de comunicación del Estado, la amenaza de represión y regulación, la falta de transparencia, el poder disciplinario respecto de y la capacidad para nominar a los jueces, y el uso de las intervenciones federales a las provincias. La legitimidad

simbólica del ejecutivo está anclada en la regla de la mayoría, que tiende a ser la forma excluyente de legitimidad, además de su capacidad para frenar la anarquía y disciplinar al resto de los actores políticos. La gobernabilidad del sistema depende críticamente de la fuerza del presidente.

La otra hebra –la movilización popular– despliega su capacidad para poner en crisis el orden público, de cuestionar las decisiones tomadas por los poderes mayoritarios. Sus herramientas son los piquetes, la ocupación de los espacios públicos, la toma de tierras, y también la utilización del poder judicial para forzar la deliberación en materias que fueron cerradas al mayor escrutinio público. La movilización tiende a organizarse alrededor de grupos que eventualmente se transforman en instituciones formales, como fundaciones, asociaciones civiles o cooperativas. Su trabajo cuenta con la ayuda adicional de abogados comprometidos políticamente, trabajando en forma voluntaria, ya sea como practicantes independientes o como miembros de organizaciones jurídicas de interés público. Juntos diseñan los litigios para promover diferentes causas, que tienden a encontrar el favor del poder judicial. De esta forma, sus reclamos son trasladados al lenguaje de los derechos, generosamente expandido en la Constitución, que a partir de la reforma de 1994 incluye la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, así como la deferencia a las jurisdicciones de órganos o cortes internacionales de derechos humanos.

Las dos hebras se entretajan. Ambas sostienen los recursos materiales y simbólicos que la otra necesita. El Ejecutivo precisa de un mínimo de orden público para hacer prevalecer sus políticas; los grupos movilizados necesitan bienes públicos que solo el Ejecutivo puede distribuir. Ambos experimentaron las calamidades producidas cuando esos recursos no estaban. Los presidentes fueron expulsados de sus cargos antes del fin de sus mandatos por multitudes enojadas y movimientos sociales que fueron reprimidos, empujados o abandonados por presidentes poderosos. Esta interdependencia ofrece a ambas hebras un espacio para la negociación política construido por sus miedos y esperanzas, pero también por la memoria del pasado reciente.

Las teorías políticas se alinean con estas fuerzas. No debe sorprender a nadie que un conjunto de autores neopopulistas haya surgido para dar la bienvenida a la reaparición de un Ejecutivo fuerte. Estos autores subrayan la legitimidad democrática y mayoritaria del presidente, y demandan la remoción de los límites institucionales que ponen coto a su voluntad. La gobernabilidad y la promoción expeditiva de políticas públicas son las justificaciones

necesarias para apoyar decisiones y desestimar los obstáculos generados por grupos minoritarios. Más allá de esto, un incómodo contraargumento debe ser tenido en cuenta: las políticas públicas pueden violar derechos humanos, entendidos estos como frenos contramayoritarios. Las teorías populistas asumen (y a veces se regodean) en esta falta de armonía.

El liberalismo igualitario, por su lado, articula los argumentos a favor de la movilización inclusiva de grupos populares y, crucialmente, de la práctica del derecho de interés público. Defiende a las minorías contra la visión excluyente del populismo mayoritario, argumentando a favor de una democracia más deliberativa. Cuando judicializa los reclamos, provee a los abogados y a los jueces de argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad de las políticas públicas y a los grupos con la legitimidad que corporiza el lenguaje de los derechos humanos. También hace un llamado a la reingeniería institucional, para expandir los ámbitos de la deliberación pública, abogando al mismo tiempo por un mínimo pero poderoso bloque de derechos humanos federales y por más altos niveles de distribución de poder político. El estilo de las políticas mayoritarias hace que los liberales igualitarios asuman posiciones elitistas de cara a las políticas públicas, apoyadas por una gran cantidad de votos.

Esta arquitectura política reclama una explicación de su genealogía, más a la luz de la evidente inadecuación de las explicaciones que se han dado de la cultura política argentina. De hecho, esta cultura constitucional, su particular concepción del ser, ha surgido de una más vieja que carecía de muchas de las características que he descrito. Así, las próximas secciones describirán la cultura anterior, el momento crucial de su reconfiguración y la articulación que se está intentado producir.

2.1. De dónde venimos

El constitucionalismo, al menos en la tradición americana, está vinculado con la idea de límites, de poder constreñido, y con los diseños institucionales de frenos y contrapesos. En ese sentido, el sistema político de Argentina, como fue definido en su primera Constitución, redactada en 1853, puede ser solo vagamente vinculado al constitucionalismo. En efecto, el proyecto de sistema político creado por los padres fundadores no apuntaba a limitar el poder, sino a crearlo casi sin ataduras.

El diagnóstico de las debilidades de Argentina identificaba una larga historia de confrontación (una guerra de independencia de España desde 1810 hasta 1820, una guerra civil entre 1820 y 1835, y una dictadura desde 1835

hasta 1853), que llevó a las elites a creer que una anarquía generalizada y un perenne estado de pobreza eran las dos principales causas de la lamentable situación del país. Por un lado, la anarquía se centraba en la negación de los caudillos provinciales a aceptar una Constitución formal y escrita, lo que producía un sistema inestable de poder atomizado que carecía de procesos para manejar conflictos sin recurrir a la guerra o el asesinato. Por otro lado, la causa de la pobreza se imputaba a la pampa desierta y a la poca gente que vivía esparcida en ella, los gauchos, que eran caracterizados como un grupo étnico imposible de ser convertido en una sociedad de ciudadanos civilizados.

El proyecto político de la generación fundadora, que aspiraba a lograr orden y crecimiento, propuso dos políticas principales: por una parte, concentración de poderes para frenar la anarquía (después de todo, la reciente dictadura había mostrado su eficacia monopolizando la fuerza y ejercitándola despiadadamente en las manos de una sola persona) y, por otra, inmigración (de Europa del norte) y educación, para eliminar la pobreza. Este proyecto fue articulado en una Constitución que tomó ideas prestadas de las tradiciones jurídicas de Europa continental y de Estados Unidos, para crear una monarquía unitaria dentro de las restricciones (bajo el disfraz) de una república federal.

De Estados Unidos, la Constitución Argentina tomó prestado el rol del presidente (pero lo investió de más poderes discrecionales), un congreso bicameral simétrico (que favorecía al Senado, en detrimento de la más democrática Cámara de Diputados), una Corte Suprema con poderes de revisión constitucional y un sistema federal de justicia en cada provincia. De la tradición continental tomó prestados los Códigos federales (que privaron a las provincias de gran parte de su poder legislativo), una cultura y educación jurídicas formalistas y dogmáticas, la ausencia del *stare decisis* y las formas de la ciencia jurídica continental: un derecho administrativo tomado de Francia (cuando no directamente de la España o Italia fascistas), un derecho penal alemán, un derecho comercial italiano, etc.

Así, un presidente casi sin límites, un puñado de miembros del Senado y tres Ministros de la Corte Suprema (de cinco) nominados por el presidente y confirmados por el Senado en deliberaciones secretas, podían manejar la Argentina. La cultura política no era contradictoria con este esquema: elecciones fraudulentas y asesinatos políticos fueron la regla durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XIX.

El proyecto, sin embargo, fue exitoso: Argentina creció mucho y rápido. Para el fin del siglo se encontraba entre las diez potencias económicas mun-

diales y la mitad de su población, cerca de dos millones de personas, eran inmigrantes. La mayoría de ellos no hablaba español. Sus hijos, gracias a una política pública educacional impresionante, pudieron convertirse en abogados y médicos, y las tasas de analfabetismo eran las más bajas de América Latina.

Pero estos nuevos ciudadanos no eran esforzados europeos del norte, agricultores obedientes; no eran los inmigrantes que el proyecto esperaba. La mayoría de ellos vino del sur de Europa y algunos de ellos eran disidentes políticos. Anarquistas, socialistas, sindicalistas, comunistas que escapaban de la persecución europea establecieron muchos de los primeros sindicatos, lideraron huelgas y levantamientos violentos y protagonizaron algunos de los más espectaculares atentados con explosivos y tiroteos contra los oficiales de las fuerzas represivas. Pero su lucha no resultaba ajena a la cultura argentina. Antes de su llegada y luego con su ayuda, quienes fueron dejados de lado por el sistema político contraatacaron y pudieron crear un partido político que, eventualmente, tras muchos intentos revolucionarios de hacer caer al gobierno, forzaron el dictado de una ley para poner fin a las elecciones fraudulentas.

Así fue construida la desarmonía cultural argentina: una autoridad ilegítima resistida por una desobediencia ilegítima. Esta puja cultural también tuvo lugar en la literatura. El Facundo de Domingo F. Sarmiento era una justificación de la necesidad de un Estado eficaz pero también una acusación: los gauchos tenían la culpa de la barbarie en Argentina. El poema de José Hernández El gaucho Martín Fierro era el alegato de la defensa: el gaucho se convierte en un forajido porque la autoridad lo persigue y reprime ilegítimamente. Cada narrativa creaba un mundo, un estilo. Ambas proveyeron lenguajes, roles, herramientas y propósitos para cada mundo. Cada una aseveraba su propia concepción de lo bueno: una, autoridad y la otra, inclusión; y cada una afirmaba su diagnóstico: la autoridad legítima no puede ser estable y excluyente, y la desobediencia no puede ser criminal. Era un choque ontológico: dos concepciones del ser, la elitista y la populista, en guerra la una con la otra. Era también una lucha teológico-política. Aquellos que aspiraban a ejercer el poder soberano reclamaban la necesaria libertad que lo acompaña, y los que los resistían sostenían que si el poder soberano iba a ser ejercido, debía serlo para crear un espacio normativo, debía haber política, y en dicho espacio el poder estaría limitado por la ley. Los primeros gobernarían a los segundos por la excepción; los segundos resistirían criminalmente las aspiraciones soberanas de los primeros. Esta lucha creó una desarmonía fundamental en la cultura política que rigió en la Argentina durante un siglo y volvería brutalmente para poner fin a ese período.

Tan pronto hubo elecciones limpias, el partido mayoritario, los radicales, se hizo cargo de este sistema institucional en 1916. Y ganaron las elecciones desde entonces utilizando cada pizca de poder concentrado que el sistema ofrecía. Los conservadores, habiendo perdido la presidencia tres veces, no pudieron retomarla más y, en 1930, en medio de la depresión económica que puso fin a la bonanza del siglo anterior, orquestaron el primer golpe de estado militar de la Argentina, el primero de muchos que vendrían luego: 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976. La Corte Suprema fue deferente a este asalto al poder y, en una decisión vergonzosa, creó la doctrina de facto: el derecho respetaría cualquier autoridad desde ese primer golpe como legítima, siempre y cuando pudiera garantizar el orden público.

El derecho no fue un mero espectador. Su función quedó reducida a proveer orden a la sociedad civil y estabilidad a las transacciones del mercado. En este sentido, el derecho se mantenía despolitizado –desconstitucionalizado–, al margen de las deliberaciones políticas y privado de su rol como límite al poder de los órganos políticos. Los Códigos y la cultura de la codificación proveyeron los arreglos necesarios, creando un conjunto de normas autosuficientes escritas por una sola persona, aprobadas sin discusión en el congreso federal, enseñado palabra por palabra, aprendido de memoria en las facultades de derecho, y dogmáticamente aplicado por los tribunales.

El desacople del derecho y la política era posible también por la aplicación de las doctrinas de facto y de las cuestiones políticas no justiciables, respaldadas por la Corte Suprema Federal. La homogeneidad federal era garantizada por una creación doctrinaria de la Corte, conocida como la doctrina de la arbitrariedad desentencia, que la habilitaba a revisar los casos provinciales basándose en la lógica de la defensa del derecho a un debido proceso cuando la decisión alcanzada por los jueces provinciales era considerada como carente de base racional. Era también una forma de ejercer la disciplina federal contra las cortes provinciales. Más adelante, cuando los Códigos no fueron suficientes para brindar las soluciones por sí solos, los profesores proveyeron tratados, y cuando los tratados no fueron suficientes, el Código fue reformado (sustancialmente y por un gobierno militar en 1968).

De esta forma, la prehistoria de la actual cultura constitucional de Argentina también mostraba una preferencia por los poderes concentrados en el Ejecutivo, pero, centralmente, sin la legitimidad democrática mayoritaria en la que hoy se afirma. En la configuración previa daba igual que el gobierno fuera civil o militar, siempre y cuando pudiera proveer orden y crecimiento.

Las amenazas a la estabilidad vinieron del interior de las elites dominantes y de su habilidad para producir políticas públicas exitosas. Las movilizaciones, cuando tenían lugar, no eran motivadas por la noción de derechos violados, sino por un sentimiento de traición producido por Ejecutivos incapaces de proveer los beneficios sociales que el pueblo esperaba de ellos. Así, las dos hebras de la cultura política se hallaban entonces presentes, pero desprovistas de las conexiones con la regla mayoritaria y los derechos humanos que dan forma al estilo de nuestra cultura política actual. Algo de proporciones nunca vistas antes tuvo que haber sucedido para que la cultura constitucional argentina cambiara de manera tan fundamental. Y sucedió, imprevisiblemente.

2.2. Reconfiguración

Una política no limitada por la ley e irrespetuosa de los derechos constitucionales era tierra fértil para la violencia que surgió en la década de los años sesenta. Un intento subversivo, terrorista, de oposición a las dictaduras militares fue orquestado por algunos pocos grupos armados. El gobierno militar llamó a elecciones y, después de algunos incidentes, Juan D. Perón inauguraba su tercer término como presidente en 1973. El viejo líder dio la espalda al ala izquierda de su propio partido, abriendo un espacio para que el ala derecha organizara una serie de contraataques, secuestros y asesinatos. Perón falleció de muerte natural en 1974 y su viuda asumió como presidente.

Chile ya se encontraba bajo el régimen de Pinochet y toda la región era convulsionada por la guerra fría. En lo que parecía ser una instancia más de las habituales formas de la política, las Fuerzas Armadas tomaron el poder en marzo de 1976. La justificación del golpe se basó en la necesidad de derrotar al caos y destruir la amenaza comunista de los grupos armados. Pero esta vez las violaciones de los derechos humanos, que generalmente acompañaron a los golpes en el pasado, cambiarían cualitativamente: el Estado no solo cerró el Congreso, y prohibió los partidos políticos y la libertad de expresión; se volvió en sí mismo terrorista y lanzó un plan sistemático de secuestros, tortura y homicidios. Miles de personas, casi setenta por ciento de ellas entre los 16 y los 30 años de edad, todavía permanecen desaparecidos. Decenas de niños robados y criados por los homicidas de sus familiares todavía son buscados.

Pero, en medio del horror, sucedió un evento sin precedentes. Un grupo de mujeres comenzó a buscar a sus hijos desaparecidos. En 1977 nadie pudo haber adivinado que este grupo de mujeres se convertiría en una fuerza política transformadora. Para ellas la pesadilla había empezado el día que sus hijos

desaparecieron. Fueron llevados de sus casas o no aparecieron para la cena familiar o nunca llamaron de nuevo. Las madres sabían o vieron como fueron secuestrados por grupos armados vestidos de uniforme o de civil. Luego de eso, nadie les diría nada sobre su destino. Entonces, las madres comenzaron a buscar a sus hijos. Hicieron las cosas usuales que cualquiera hacía en Argentina: llenaban formularios en comisarías sin ninguna respuesta, presentaban hábeas corpus a jueces que preguntaban formalmente al Ejecutivo e informaban a la familia que les dijeron que no había nada para informar. Finalmente, utilizaron la estrategia a la que todos recurrían para conseguir una vacante para un niño en determinada escuela o para encontrar una cama en un hospital o apurar un procedimiento en una institución pública: escribir una nota a la administración pública. Algunas de las madres conocía algún miembro de las Fuerzas Armadas, del clero o del gobierno. En todas estas instancias se les denegó información, cuando no se les echaba la culpa por no conocer el paradero de sus hijos: “¿Cómo que no sabe donde está?” “¿Cree que pudo haberse ido al exterior?” “¿Estaba involucrado en algo ilegal?” O el infame “en algo habrá estado metido”.

Así es como se conocieron: haciendo largas filas ante las puertas de los despachos oficiales. Veían las mismas caras en las salas de espera y comenzaron a hablar, en una suerte de inesperada estrategia de desarrollo de la conciencia, sobre su problema común. Una de esas líneas comenzó a darse en la Casa Rosada, el palacio presidencial frente a la Plaza de Mayo, y era organizada con el fin de ver a alguien en el Ministerio del Interior. Unos pocos números eran distribuidos durante la mañana y las madres llegaban temprano para asegurar su lugar en la fila. Pocas de ellas eran recibidas y, cuando las recibían, no se les daba información; así fue que algunas de ellas se quedaban esperando y hablando frente a la Casa Rosada, precisamente en la Plaza. Cuando más adelante les preguntaran cuándo fue la primera reunión, dudarían, tan naturales les habían resultado los pasos que habían dado. Pero eventualmente acordarían en el 30 de abril de 1977, un poco después de pasado un año del golpe de Estado. El nombre con el que inicialmente se llamaban a sí mismas cuando firmaban los documentos era “las madres de desaparecidos que todos los jueves a las 15:30 se reúnen en Plaza de Mayo”.

Sus demandas consistían en conocer el paradero de sus hijos (¿dónde están?) y, si no estaban atravesando procesos criminales, pedir su liberación. En el caso de existir un proceso legal, demandaban conocer al juez a cargo de la causa de su detención. Todavía jugaban con las armas y los roles de la cultura

política previa. Solicitaban correctamente a un Ejecutivo de facto las libertades y garantías establecidas en la Constitución conforme a la doctrina de facto que la Corte Suprema había creado en 1930 y que se volvió parte del trasfondo cultural. Reivindicar el derecho a un debido proceso frente a una dictadura militar no era visto como una imposibilidad política y el ejecutivo era el locus correcto para hacerlo.

Las víctimas eran en el principio cada hijo de cada madre. Eventualmente, la demanda se colectivizaría y “Las Madres” exigirían la aparición de “todos los desaparecidos”. Así, lo que llamaban una “invención”, la invención colectiva de un término colectivo por un reclamo colectivo –el término “desaparecido” o, mejor, “detenido desaparecido”–, se convertiría en una bandera en sí misma. La elección del término fue controvertida, en primera instancia, por las autoridades que negaron su existencia y, peor aun, por Videla, el dictador militar, que los definió en sus propias, cínicas palabras durante una conferencia de prensa: “es una incógnita, es un desaparecido, no tiene entidad, no está”. Otras definiciones acuñadas por la dictadura eran “ausentes para siempre”, “transferidos” (término utilizado en los campos de concentración para definir el momento de la ejecución), “ausentes con presunción de fallecimiento” (definición jurídica inscripta en el Código Civil por las autoridades militares utilizando una vieja institución del derecho privado) y “muertos”. Luego, el término “desaparición forzada” sería inscripto en documentos de derecho internacional, tales como el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana Para la Desaparición Forzada de Personas, como un crimen de lesa humanidad. Las Madres ganarían a la larga una batalla semántica y no la menos importante de ellas. El término fue discutido por otras organizaciones de derechos humanos que preferían “desaparecido” a “detenido desaparecido”, pero las Madres fueron firmes respecto del uso del último. Sus hijos no solo “desaparecieron”; habían sido llevados por el gobierno y el gobierno debía rendir cuentas.

Si la forma de describir la situación de sus hijos fue parte del debate político, la forma de identificarse a sí mismas también fue un tema en disputa. La dictadura las llamaba “las locas de Plaza de Mayo” (ya he mencionado cómo firmaban sus primeros documentos). Eventualmente se convirtieron en las “Madres de Plaza de Mayo” o solo “Las Madres”. En los inicios, cuando comenzaron a darse cuenta de que eran un grupo, empezaron a llevar el símbolo cristiano de un clavo de carpintero para identificarse a sí mismas. De hecho, la mayoría de ellas eran católicas (a pesar de que no muchas eran practicantes) y sus actividades se relacionaban a veces con su fe. Se reunían

en iglesias, apelaban a la jerarquía eclesiástica para conseguir ayuda, se unían a las procesiones religiosas masivas para dar a conocer sus reclamos y, en ocasiones (a veces incluso frente a la policía), rezaban juntas. Más adelante, utilizaron los viejos pañales de trapo de sus hijos y los lucieron como pañuelos en la cabeza, pero eran demasiado grandes para esconder en un bolso o en un sobretodo, y los cambiaron por simples pañuelos blancos. En ellos escribirían luego el nombre del desaparecido y la fecha de su secuestro. Otro símbolo que las definió era la azucena (por Azucena Villaflor, una de las más importantes líderes en la organización del movimiento, que fue secuestrada en 10 de diciembre de 1977; más adelante se comprobó judicialmente que fue tirada de un avión al océano y, cuando sus restos llegaron a la orilla, fueron arrojados a una fosa común. Sus cenizas fueron enterradas en la Plaza de Mayo).

No mucha gente apoyaba su pedido al principio. Resultaron claves para su seguridad y para el éxito de sus reclamos los corresponsales extranjeros, que actuaban como pantalla protectora contra el acoso militar y policial. El gobierno temía compartir la reputación infame de Pinochet, cosa que podría dar cuenta del carácter clandestino de las violaciones sistemáticas; lo último que querían era publicidad negativa en la prensa extranjera. A pura fuerza las Madres construyeron una sólida estrategia internacional. La administración de James Carter resultó esencial, y figuras como el mismo presidente de los Estados Unidos, Cyrus Vance, Edward Kennedy y prominentemente Patricia Derian, fueron actores de lo que se convertiría en una plataforma internacional para oír los reclamos de las Madres. De esta manera, las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y muchos presidentes y figuras políticas en Europa y las Américas ejercieron presión para saber más y frenar las atrocidades. El Eximbank, bajo las órdenes del presidente de los Estados Unidos, denegó un crédito a la Argentina para construir una represa, exactamente el tipo de represalia que el gobierno temía. Y en el armado de esta estrategia participaron abogados.

Los territorios extranjeros fueron siempre un lugar natural para la actividad política argentina; eran la alternativa a confrontar la violencia política y arriesgarse a la muerte. Es una conocida estrategia entre nuestros políticos realizar giras por el exterior para que la prensa cubra lo que de otra forma pasaría inadvertido. La política argentina se produce también desde el exilio. Estas habilidades se volvieron útiles durante el último gobierno militar. Abogados regresados de su exilio crearon las condiciones de posibilidad para la revolución de los derechos humanos encabezada por las Madres, ayudándolas a articular una nueva concepción del derecho y de la política.

Su historia comenzó con el despertar de la violencia en los sesenta, cuando trabajaban para movimientos sociales y organizaciones revolucionarias, y mantenían una clara separación entre sus diferentes actividades.³ Este panorama cambió drásticamente en los inicios de la década siguiente y especialmente con la aparición de los grupos armados clandestinos (vinculados a las Fuerzas Armadas y al gobierno peronista) que organizaron la represión ilegal de las organizaciones políticas y sociales. Así, cuando los mecanismos institucionales desaparecieron, los abogados se encontraron perdidos. Sus viejas formas de ejercer la profesión los llevaron a presentar hábeas corpus sin ningún éxito, a solicitar decisiones individuales de un Estado que había sido tomado por grupos paramilitares. Fue en ese momento que los abogados empezaron a trabajar contra lo que dieron en llamar “represión y tortura”. Durante la guerra fría, el término “derechos” tenía mala prensa por derecha y por izquierda.

El golpe de Estado de 1976 produjo que aquellos abogados que no desaparecieron debieran exiliarse. Desde fuera del país prestaron auxilio a las estrategias de las organizaciones de familiares de las víctimas. Entonces, dado que era imposible que las organizaciones de derechos humanos fueran escuchadas en un país controlado por el terrorismo de Estado, el exilio se convirtió una vez más en el lugar donde las noticias sobre los secuestros, torturas y asesinatos eran diseminadas. Dado que los organismos internacionales solo podían ser activados si los reclamos se realizaban en el lenguaje de los derechos humanos, la práctica de los derechos comenzó a articularse y a volverse operativa.

El resto de los argentinos, la mayoría de la prensa, los sindicatos y los empresarios, no creían o no querían creer, o simplemente miraban para otro lado. En 1978 la dictadura organizó el campeonato mundial de fútbol, que la selección argentina ganó. La gente celebró cada triunfo en las calles. Los desaparecidos escuchaban los gritos desde los campos de detención. Mientras la situación económica se deterioraba y las violaciones de derechos humanos se extendían, el gobierno lanzó una invasión a las islas Malvinas que fue recibida con alegría y celebraciones pero que resultó en una desastrosa derrota

3 Véase Chama, Mauricio, “Movilización y politización: Abogados de Buenos Aires entre 1968 y 1973”, en Pérotin-Dumon, Anne [dir]. *Historizar el pasado vivo en América Latina*. Disponible en <http://www.historizarelpasadovivo.cl/downloads/chama.pdf>. Y también Saldivia, Laura, Documento de trabajo sobre los/as abogados/as y el Derecho de Interés Público, Documentos de trabajo sobre Interés Público, Programa de Derecho e Interés Público, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2001-2003. Las ideas de derechos humanos e incluso de democracia no eran populares. La izquierda luchaba por la revolución social y los derechos civiles eran considerados como herramientas del imperialismo americano, como también la democracia parlamentaria era tildada despectivamente de burguesa. La derecha, por otro lado, estaba cómoda con el orden militar autoritario y para ella los derechos sociales representaban el avance del imperialismo soviético.

militar. Mientras, las Madres siguieron exigiendo la aparición de sus hijos y el conocimiento de la verdad de lo que les había pasado, y también justicia, que aquellos responsables de las violaciones de sus derechos rindieran cuentas.

En resumen: un grupo de gente resultó víctima (sin importar las acciones que habían cometido) de violaciones de derechos humanos (en particular, la negación del derecho al debido proceso, pero también de muchos otros derechos fundamentales) perpetradas por el Estado. Sus familias se convirtieron en demandantes (individual y luego colectivamente) en nombre de las víctimas (representación que era también el fundamento de estatus moral, político y legal) en los foros judiciales y políticos nacionales e internacionales. Para ello debieron reacomodar un conjunto de recursos culturales (en una instancia de lo que se conoce como apropiación transcultural), estrategia que no resultó muy efectiva en el comienzo, pero que los ayudó a clarificar sus propósitos, su identidad y la fuerza de las diferentes herramientas que tenían a mano. Luego lucharon para traer la noción de los derechos humanos de la periferia, a la que la cultura política anterior la había marginado, al centro de la cultura política. Su éxito produjo de esta manera la reconfiguración de la cultura constitucional argentina.⁴

La imagen de la sociedad que las organizaciones de derechos humanos presentaban era una desgracia: los gobiernos utilizando clandestinamente el monopolio de la fuerza pública contra sus propios ciudadanos, los ciudadanos culpando a las víctimas y los jueces denegando hábeas corpus, eran algunas de las prácticas sociales que fueron identificadas por las organizaciones y resignificadas en fuentes de vergüenza colectiva. Esta emergencia de la vergüenza pública que las organizaciones promovieron, el darse cuenta que la sociedad argentina produjo el horror político del terrorismo de Estado, fue tal vez la fuerza principal que explica la reconfiguración de una cultura jurídica que no había cambiado por más de un siglo.

⁴ Ver, en general, para el tema de prácticas reconfiguradoras, articuladoras y transculturales, los trabajos de Dreyfus, Hubert, en particular “Could Anything be More Intelligible Than Everyday Intelligibility? Reinterpreting Division I of Being and Time in the light of Division II”, en Faulconer, J., y Wrathall, M. (eds.), *Appropriating Heidegger*, (Cambridge University Press) 2000. De allí cito: “Dasein puede entonces actuar de manera tal de tomar o repetir las prácticas marginales de una manera novedosa, y así mostrar una forma de vida en la cual las prácticas marginales se convirtieron en centrales y las centrales se volvieron marginales. Un innovador así es tan radical que transforma la comprensión de los problemas de la cultura que enfrenta su generación y produce un nuevo auténtico ‘nosotros’. Va, entonces, más allá no solo de la comprensión banal y general que tienen sus pares, sino también más allá del entendimiento situacional del *phronemos*. Podemos llamar a tan auténtico hacedor de historia un maestro cultural. [...] Como maestro cultural puede tomar posibilidades marginales radicadas en el pasado de su cultura y cambiar el estilo de toda una generación y de esa forma descubrir un nuevo mundo”.

2.3. Rearticulación

A pesar de que la vergüenza y el aislamiento internacional de la dictadura, producto de la creciente información sobre violaciones de derechos humanos, erosionaron seriamente la gobernabilidad de Argentina, no fueron las únicas causas para el colapso del gobierno militar. Una política económica fallida, una sensación generalizada de corrupción y, por sobre todo, una desastrosa derrota en la guerra contra Gran Bretaña, fueron razones de peso para su abrupto final.

Con la democracia cerca, la agenda internacionalizada de los derechos humanos se convirtió en una demanda de políticas públicas consistentes con los deseos de las organizaciones de derechos humanos: juicios penales y castigo. En gran medida fue sobre esta agenda que se construyó la victoria del Partido Radical en 1983. En efecto, su candidato presidencial, Raúl Alfonsín, recitó el preámbulo de la Constitución de 1853 en sus discursos públicos, en una suerte de rezo laico que se convirtió en un instantáneo éxito retórico. Los radicales se presentaban a sí mismos con el partido del Estado de Derecho contra las prácticas violentas del peronismo.

La política de Alfonsín abrazó las propuestas de las organizaciones de derechos humanos de realizar juicios penales contra aquellos responsables de la violencia de los años setenta, pero desprovista del enfoque retributivo del castigo (que pretendía que todos los involucrados en las violaciones debían ser condenados) que las organizaciones esperaban. Alfonsín y sus consejeros (prominentemente, Carlos Nino y Jaime Malamud Goti) eran de la opinión de que la Argentina no podía y (toda vez que no eran retributivistas) no debía castigar a todos. Creían que debía haber diferencias en la responsabilidad entre los creadores de las políticas, aquellos que habían estado a cargo de ejecutarlas y los que cometieron actos aberrantes, por un lado, y aquellos que solo seguían órdenes, por el otro. Una vez que Alfonsín asumió la presidencia, las organizaciones no aceptaron esta distinción, y los militares, fuera del gobierno pero no totalmente desprovistos de poder, no solo esperaban no ir a prisión, sino ser felicitados por haber terminado con la amenaza de la guerrilla subversiva.

Los dos candidatos presidenciales disentían sobre la posibilidad jurídica de las persecuciones y los juicios. Luder, el candidato peronista, admitió que el llamado decreto ley de autoamnistía impedía los juicios por crímenes co-

metidos durante el gobierno militar.⁵ Alfonsín, por su parte, propuso, basado en un trabajo seminal de Nino,⁶ en una decisión histórica, derogar la doctrina de facto. Distinguió entre decisiones de facto y leyes de jure, permitiendo a las autoridades democráticas decidir si incluirían o no las normas generadas durante los gobiernos militares en el sistema jurídico. Luego, el nuevo Congreso democráticamente electo declarararía nulo el decreto de autoamnistía, permitiendo el comienzo de los juicios.

De manera inesperada, Alfonsín ganó la elección. Una vez en el poder, honró sus promesas: llamó a una Comisión de la Verdad, que produjo el informe “Nunca Más”, y ordenó la persecución de aquellos responsables por las atrocidades del pasado. Esta política de derechos humanos asumió mucho de lo aprendido: las leyes importantes fueron modificadas para estar en línea con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que fueron ratificados.

Existió cierta incertidumbre sobre la reacción del principal actor institucional, es decir, si la Corte Suprema seguiría la nueva tendencia o se apegaría a sus actitudes tradicionales. La nueva Corte mostró su voluntad de convertirse en un actor político activo, inaugurando una nueva visión del rol del poder judicial en democracia. Respondió a las tres principales decisiones de Alfonsín de la siguiente manera: (a) respecto de la distinción entre autoritarismo y democracia, trató a las leyes de facto y de jure en forma diversa, dejando de lado la “doctrina de facto”; (b) respecto de los derechos humanos, la Corte formuló una nueva interpretación de las cláusulas sustantivas de la Constitución; y (c) respecto de la consolidación democrática, la Corte asumió un rol de garante del Estado de Derecho, afirmando que esas nuevas líneas jurisprudenciales (a y, sobre todo, b) serían sostenidas consistentemente a lo largo del tiempo.

Los tiempos de deferencia acrítica a las decisiones de políticas públicas quedaron atrás. Desde entonces, el Poder Judicial se volvió un espacio más

5 Esta norma fue promulgada el 23 de septiembre de 1983 por Bignone, el último presidente *de facto*. Declaró una amnistía general respecto a los actos subversivos o aquellos actos cometidos contra la subversión datando desde el 25 de mayo de 1973 hasta junio de 1982. Dado que el Código Penal argentino tiene una regla que hace ultraactiva a la norma penal más benigna, la autoamnistía sería considerada como la ley penal más benigna, evitando de esta manera los juicios. “En la Constitución Argentina –Artículo 18– todos tienen derecho a no ser sujetos a la aplicación retroactiva de la ley. Este derecho incluye, de acuerdo a una constante línea jurisprudencial de la Corte Suprema, lo que entendemos en español como ‘principio de la ley penal más benigna’, es decir, la exclusión de toda ‘ley penal’ que *ex post facto* empeore la condición de los convictos”. Legarre, Santiago, “Crimes Against Humanity, Reasonableness and the Law: The Simon Case in the Supreme Court of Argentina”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, 2, 2006, p. 726.

6 Nino, Carlos, “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas ‘de facto’”, *L.L.* 935, 1983, pp. 935-946.

de deliberación pública sobre las decisiones democráticas de los argentinos. Algunas de las semillas de una nueva concepción de autoridad política fueron plantadas en esos años: (a) el lugar central de los derechos humanos, (b) la globalización del derecho (en el sentido de que el derecho internacional aumentó la lista de derechos y multiplicó las jurisdicciones disponibles para defenderlos), (c) la expectativa de un nuevo rol del Poder Judicial como guardián de la Constitución y (d) la relevancia de las organizaciones de la sociedad civil en promover el uso de procedimientos jurídicos para avanzar, discutir y controlar políticas públicas.

El 7 de julio de 1989, cinco meses antes de la fecha constitucionalmente establecida, ocurrió la histórica sucesión de un presidente civil por otro. El gobierno de Alfonsín, atormentado por alzamientos militares, por una hiperinflación sin precedentes e incapaz de controlar la política económica, entregó un país en grave crisis a Carlos Menem.

Las decisiones políticas del nuevo gobierno intentaron una profunda reforma del Estado; en particular, cambiaron algunos rasgos de la concepción tradicional del derecho administrativo. El gobierno, decidido a llevar adelante ciertas políticas como la privatización de empresas del Estado y la desregulación de mercados conforme el Consenso de Washington, a través de procesos que eran difíciles de aceptar para los jueces, se aseguró la aquiescencia de la Corte Suprema incrementando el número de sus miembros e incorporando una mayoría propia en sesiones secretas y expeditas en el Senado. La nueva Corte rechazó las propuestas institucionales e ideológicas de la Corte de Alfonsín y se concibió a sí misma como un tribunal deferente a las decisiones de los poderes políticos, en particular, a aquellas del presidente.

El proceso de reforma del Estado avanzó con velocidad y despreciando los límites del Estado de Derecho, a través de decretos ejecutivos, leyes y decisiones judiciales. Así se privatizaron servicios y se desregularon actividades, a la vez que se crearon numerosas agencias regulatorias. Estas agencias contaban con cierto grado de autonomía y algunos procedimientos públicos participativos que brindaban legitimación activa ante los consumidores, ya sea individual o colectivamente a través de organizaciones creadas con ese propósito. Los nuevos procedimientos, tales como audiencias públicas y mediaciones, también crearon incentivos para las ONGs dedicadas a los derechos del consumidor para buscar influir en políticas públicas. De esta forma, con vientos internacionales soplando a favor del mercado, una nueva concepción del derecho administrativo erosionó las regulaciones centralistas y excluyentes de

la tradición previa y produjo una cantidad significativa de asociaciones de derechos del consumidor que utilizaron nuevos (u olvidados) procedimientos, y encontraron abogados dispuestos a defender sus derechos y jueces dispuestos a escucharlas.

De hecho, tomando el ejemplo de las Madres y las organizaciones de derechos humanos, el número de ONGs registradas se multiplicó en números sin precedentes. Atizadas por el entusiasmo incremental de la ciudadanía y con financiamiento nacional e internacional, corporativo e individual—o, en el caso de las asociaciones de consumidores, incluso apoyadas por el Estado—, se crearon fundaciones y asociaciones de la más variada naturaleza. Los abogados proveyeron a las organizaciones sus habilidades y conocimientos recientemente adquiridos en la defensa de derechos frente a tribunales y en instancias administrativas que ahora proliferaban.

Antes de finalizar su mandato el presidente Menem acordó con Alfonsín reformar la Constitución federal. La necesidad del primero de conseguir la reelección estaba alineada con el deseo del segundo de reducir el hiperpresidencialismo. Y la demanda popular para luchar contra la corrupción e incrementar las herramientas para poner en práctica los derechos constitucionales también definiría el nuevo texto. La reforma incorporó al texto constitucional una docena de tratados internacionales de derechos humanos y (como la Corte ratificaría más adelante) las decisiones de los cuerpos a cargo de su aplicación pasaron a ser vinculantes, así como derechos colectivos de los pueblos originarios, de los consumidores, ambientales, a la libre competencia y a no ser discriminado. La reforma incorporó un instrumento crucial: la acción de amparo, que había sido creada por la Corte Suprema al menos cuarenta años antes como un recurso contra violaciones constitucionales evidentes, a la que se sumó el nuevo amparo colectivo que reconoce legitimidad procesal activa a la persona damnificada, al Defensor del Pueblo de la Nación (otra creación de la reforma constitucional) y a las asociaciones creadas para defender los derechos colectivos.

Este es el contexto institucional en que surgió el derecho de interés público (DIP), la práctica jurídica que utiliza el derecho para incluir en los procesos de deliberación democrática a aquellos que han sido excluidos, para mantener esos procesos y para preservar los acuerdos semánticos en los cuales se expresa el lenguaje del derecho. Se trata de una práctica mucho más amplia que la de procesos colectivos, pero, dada su historia especial en Argentina, el DIP y las acciones colectivas van de la mano. Así fue como se creó una conexión in-

édita entre abogados de interés público –y asociaciones de abogados y clínicas de escuelas de derecho– y organizaciones de la sociedad civil que empezaron a utilizar el lenguaje de los derechos para promover su agenda, siguiendo el ejemplo de las Madres. Sus preocupaciones iban del feminismo a los derechos del consumidor, del medioambiente a cuestiones de discapacidad, vivienda o discriminación en general. Trataron, como las Madres al principio, de promover sus agendas a través de débiles procedimientos administrativos, recibiendo pocas respuestas. La judicialización se convirtió en una forma de hacer públicos sus reclamos, de organizarse alrededor de una causa, de forzar al demandado a hablar y a presentar su justificación y, eventualmente, muy a menudo, de ganar. La práctica del DIP es en definitiva una manera de articular la cultura recientemente reconfigurada.

El presidente Menem fue reelecto en 1995. En 1999, su partido, el Peronismo, perdió frente a una alianza liderada por el Partido Radical. Su segundo mandato no terminó bien. Se descubrieron numerosos casos de corrupción y la economía entró en un período recesivo. La lucha por la sucesión dentro del propio partido se agregaba a los altos niveles de déficit público y percepciones generales de mala gestión. El presidente de la Rúa asumió su mandato el 10 de diciembre de 1999, en medio de una crisis económica generalizada que su gobierno fue incapaz de remontar y que puso un abrupto fin a su mandato en diciembre de 2011. Los saqueos, la violencia callejera y la agitación económica y política disminuyeron cuando el partido peronista volvió a hacerse cargo de la presidencia. Tras algunos intentos fallidos de nombrar presidente y la declaración de default soberano de la deuda Argentina, Eduardo Duhalde se convirtió en presidente interino.

La Corte, que el presidente de la Rúa no había alterado, ahora afrontaba un juicio político masivo. Los jueces, tratando de mantener sus cargos, permitieron que siguieran adelante dudosas medidas económicas. Como no hubo reacción del Congreso y los juicios políticos seguían adelante, cambiaron su estrategia y contradijeron su primera decisión, amenazando de esta forma la política económica del gobierno en medio de una emergencia sin precedentes.

Eventualmente, en default y cada vez más pobre, pero con los mercados internacionales comenzando a favorecer los productos argentinos, el presidente Duhalde (luego del asesinato de dos manifestantes por parte de las fuerzas policiales) tuvo que entregar el poder al presidente Kirchner, en 2003. Kirchner perdió la primera ronda de la elección frente a Menem, pero, como era obvio que perdería la segunda, este último renunció a participar, con lo que

el primer término de Kirchner estuvo signado por cierta sensación de ilegitimidad. Consistentemente con la historia democrática más reciente de la Argentina, Kirchner abrazó la causa de los derechos humanos y especialmente a las Madres para legitimar su gobierno. Esta movida, junto con una fuerte negociación de la deuda externa y una enérgica actitud de rechazo al Fondo Monetario Internacional y a los mercados financieros globales, hizo crecer una gran ola de simpatía a su presidencia.

Menem había amnistiado a la mayoría de los responsables por las atrocidades de la dictadura y antes Alfonsín había limitado los procesos. Kirchner adoptó la agenda de los derechos humanos y reinstaló los juicios penales. La Corte lo acompañó en esto. Los juicios políticos lentamente le dieron a Duhalde, primero, y a Kirchner, después, la posibilidad de nominar candidatas para la Corte. Kirchner aprovechó esta oportunidad para dar legitimidad a su mandato con una valiente movida de autolimitación. Abrazando las propuestas de un grupo de ONGs, decretó que las nominaciones de los jueces estarían abiertas al escrutinio popular y que los nominados deberían cumplir una serie de criterios para garantizar el pluralismo. La nueva Corte se fundó en este predicamento. La Corte de Alfonsín había asumido un rol activo en la promoción de una agenda liberal, insistiendo en la autoridad de sus precedentes. Menem puso un fin a ese intento de autonomía, creando una Corte pasiva, deferente al poder Ejecutivo, conservadora y sin voluntad de atarse a sus decisiones. La Corte de Menem también terminó abruptamente, cayendo en medio de marchas masivas y disturbios. La Corte de Kirchner estaba al tanto de los dos intentos anteriores de construir la legitimidad y no estaba dispuesta a fracasar otra vez.

El presidente de la Corte, Lorenzetti, intentó una opción distinta. Lorenzetti cree que hubo un cambio de paradigma en el derecho argentino y enumera sus características: (a) materialización –la ley discute cuestiones normativas, se abre a otras disciplinas y no es un esfuerzo formalista–; (b) Big Bang –la ley ha sido descodificada, es decir, la ideología de la codificación está muerta, y un número de lo que él llama microsistemas ha tomado el lugar del Código–; (c) globalización –derechos humanos internacionales, integración regional e intercambio comercial–; (d) constitucionalización –la minimización de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables–; (e) mayor participación ciudadana en las discusiones de políticas públicas a través de procesos jurídicos; (f) pluralismo –multiplicación de fuentes de derecho–; (g) debilitación de la distinción entre público y privado; (h) un cierto reconocimiento de la

textura abierta del lenguaje del derecho; y (i) una preocupante falta de certeza jurídica. Estas características del nuevo paradigma, de esta concepción reconfigurada del derecho, según el presidente de la Corte, son consistentes con un sistema democrático que descansa decididamente en los derechos humanos. Lorenzetti cree que la autoridad no puede ser fundada en una sola fuente, ni en el derecho que surge de las decisiones de jueces ni el que surge de las de los legisladores. Propone, en cambio, un diálogo entre poderes y, en vez de un modelo “concentrado descendente” de la autoridad, uno “descentralizado ascendente”.

De esta manera, en la nueva configuración, los actores sociales y políticos están utilizando (o creando nuevos) procedimientos para generar deliberación allí donde no existía o donde era omitida o donde ignoraba a los actores relevantes, el derecho internacional o nacional (legislado o creado en casos judiciales) y las instancias municipales, provinciales, nacionales o internacionales, para forzar a los funcionarios públicos a tratar situaciones que tradicionalmente ignoraban.

2.4. Recapitulación

Intentaré ahora parafrasear lo que he señalado en términos que Paul Kahn denomina teológico políticos.⁷ Las Madres lanzaron un ataque revolucionario contra el Estado soberano. La revolución estaba basada en el reclamo de justicia y de que se estaban violando derechos. Sus hijos habían sido arrancados de su lado sin explicaciones y reclamaban su derecho a conocer su paradero (de ahí el origen del derecho a la verdad); como el Estado no promovió ninguna causa judicial, reclamaron que sus hijos tenían derecho a que se les garantizara el debido proceso (de ahí el origen de la legitimidad y la multiplicación de instancias de deliberación); y frente a las violaciones de los derechos de sus hijos, exigieron juicios y eventualmente el castigo de los responsables (de ahí el origen de la judicialización y el reclamo por la no impunidad).

Su libre decisión las llevó a ponerse en riesgo, a sacrificarse por sus hijos, violando las (secretas y formalmente ilegales) normas de la dictadura. Esos actos de sacrificio les significaron heridas e incluso produjeron actos de martirio. Las heridas, llegado el momento, crearon cicatrices: los pañuelos blancos. Las cicatrices fueron reivindicadas como el paradigma de la ciudadanía y construyeron una identidad nacional: ser argentino es creer en la sacralidad

⁷ Kahn, Paul, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, (Columbia University Press) 2011.

de los derechos humanos, es vivir para el Nunca Más, recitar de memoria el Preámbulo de la Constitución. Es quien está de acuerdo con nuestro doble mandato: nunca más golpes militares (entendiendo por eso la violación del derecho a participar en las decisiones públicas) y nunca más desapariciones (entendiendo por eso la violación de derechos humanos fundamentales).

Esta reinterpretación del texto (de la práctica constitucional) producida por la cicatriz (de los pañuelos blancos de las Madres) brindó legitimidad a la política y eventualmente al derecho. Así, la política se volvió legítima cuando las autoridades, usando el poder de la excepción fundacional, intervinieron en la arena política para generar un espacio normativo en el que esta nueva configuración se pueda desarrollar. Este ejercicio de soberanía, de intervención excepcional, se hallaba inscripto en las decisiones que llevaron a los juicios contra los responsables de las atrocidades y en el texto constitucional reformado en 1994 que permitió las intervenciones estructurales de la Corte.

Esta legitimidad de la política constitucional fue posible porque la cicatriz también (a) funcionó pragmáticamente, avergonzando a aquellos que habían dado la espalda a la herida, y abrió un espacio para las deliberaciones reguladas, produciendo criterios para distinguir movidas retóricas válidas de las inválidas; (b) creó el carisma necesario para inspirar a otros a seguir el camino de las Madres y para actuar en una nueva cultura a través de movilizaciones populares y litigios de interés público basados en derechos; y (c) produjo reverencia y admiración ante las reapariciones de la excepción fundacional, que dio lugar a decisiones judiciales y políticas públicas sin precedentes que terminaron con las viejas tradiciones, basándose en la retórica de los derechos humanos.

3. “La sombra de la desobediencia”

El proceso de globalización volvió a traer a escena viejas discusiones. Una de ellas es el problema de la creación de normas. ¿Cómo se crean? ¿Por qué los poderosos se limitan? En particular, ¿por qué algunos actores privados crean normas que establecen estándares más altos para su propia actividad que aquellos regulados por leyes y regulaciones públicas? Una respuesta para el contexto europeo fue ofrecida por Heritier y Lehmkuhl, quienes propusieron el concepto de la “sombra de la jerarquía”.⁸ Esta sombra trabaja en contextos

8 Heritier, Adrienne y Lehmkuhl, Dirk, “The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance: Sectoral Governance and Democratic Government”, en *Journal of Public Policy*, Special Issue, Vol. 28, 2008. “El término *jerarquía* es usado para describir decisiones legislativas y ejecutivas que marcan el curso de la acción gubernamental democrática al nivel nacional y europeo (Scharpf, F.W (1997) *Games Real Actors Can Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy-Research*, Boulder: Westview Press). La

como el europeo donde, se asume, se puede ejercer una amenaza creíble de legislación adversa porque las instituciones que representan a las mayorías (a) representan adecuadamente a las mayorías, (b) no pueden ser exclusivamente influenciadas por un solo sector y (c) pueden poner en práctica sus decisiones. Una parte importante de la literatura dedicada de las instituciones jurídicas, tanto formales como informales, hacen similares presuposiciones, tomando de esa manera demasiadas cosas por dadas en contextos diferentes de aquellos que (recientemente y con muchas salvedades) existen en la región del Atlántico Norte.

Sin embargo, la sombra de la metáfora puede ser utilizada para explorar la pregunta acerca de si la política argentina provee un ejemplo de una diferente (aunque no del todo nueva) dinámica de creación normativa. En un contexto en el cual autoridades débiles coexisten con una situación persistente de violaciones de derechos, algunas instancias de desobediencia pueden (y deberían) ser consideradas (y tratadas) al mismo tiempo como una amenaza y una oportunidad. La amenaza consiste en profundizar la (percepción de) ilegitimidad de una autoridad despreocupada por la existencia de una violación de derechos básicos. Pero al mismo tiempo abre la posibilidad de que la autoridad en cuestión la tome como una sugerencia para comenzar un diálogo que podría crear un proceso virtuoso de cumplimiento de derechos y legitimación de la autoridad. Yo llamaría a esta amenaza “la sombra de la desobediencia”.

Para describir las dinámicas de la sombra de la desobediencia, el punto inicial es admitir la existencia de una situación en la cual la autoridad es percibida como ilegítima y los gobiernos son desafiados por gente que actúa violando los derechos de los demás. En otros contextos, hay por supuesto instancias en las cuales una situación ilegal es desafiada por una desobediencia legítima, así como situaciones en las cuales una autoridad legítima aplica la ley contra desobediencias ilegítimas. Aquí propongo pensar en una instancia en la cual una autoridad es percibida como ilegítima se enfrenta con una desobediencia también percibida como ilegítima. La autoridad es generalmente percibida como ilegítima en el sentido de que las órdenes son, en el mejor de los casos, sugerencias, y la obediencia carece de la convicción de obligatoriedad, del as-

sombra de la jerarquía puede involucrar inducciones o amenazas legislativas. Los legisladores pueden amenazar con aprobar legislación adversa a menos que los actores potencialmente afectados alteren su comportamiento para acomodarse a las demandas de los legisladores. Tales amenazas tienen un elemento probabilístico (Halfteck, G. (2006) (March 12, 2006) 'Legislative Threats'. *Bepress Legal Series*. Working Paper 1122 [<http://law.bepress.com/expresso/eps/1122>]). Que las compañías respondan cumpliendo o no cumpliendo dependerá de cuán probable sea que los legisladores implementen su amenaza y cómo lo harán”.

pecto interno que Hart requería que se encuentre de alguna manera entre la gente sujeta a la ley. Esta situación puede ser una oportunidad para la creación de legitimidad tanto de las formas de imposición de la autoridad del Estado como de las de resistencia a sus decisiones. Un grupo cree que sus derechos están siendo violados y que la autoridad (los funcionarios que se entiende que están a cargo de la resolución de un conflicto) reconoce que su legitimidad está siendo puesta en jaque: no puede aplicar normas públicas, no puede preservar la paz y tampoco puede dejar de actuar.

Entonces el grupo hace su primera movida. En la creencia de que los procesos mayoritarios son ineficientes (habiéndolos probado o estando al tanto de su impotencia o de su falta de sensibilidad hacia las reivindicaciones de una minoría), desafía el status quo utilizando los procesos no mayoritarios. He mencionado en el principio de este trabajo, por una parte, casos de acción directa, como la toma de tierras o edificios u organizando piquetes en las calles, y, por otra, litigios judiciales, en particular casos de interés público estratégico y estructural.

Esta movida, en la nueva cultura Argentina, no es considerada como un mero evento de ruptura de la ley o como un desafío irracional al poder que debe ser manejado con la fuerza o ignorado, replicado simplemente con un despectivo gesto de indiferencia. La cicatriz de Las Madres nos recuerda que no podemos reaccionar de esa manera o que debemos avergonzarnos si lo hacemos. Estas acciones son consideradas, en cambio, como formas de reiniciar la deliberación, trayendo a la atención pública el hecho de que el lugar particular en que la deliberación se detuvo pasa por alto la situación el grupo y por lo tanto viola sus derechos. Son también un acto de esperanza en el sentido utilizado por White: esfuerzos de involucrar a los otros en un diálogo, de hacer posible su capacidad de empatía. Utilizan la desobediencia como una amenaza para incrementar la percepción de ilegitimidad de la autoridad. En este sentido, la cantidad de presión que los movimientos sociales puedan ejercer depende, dentro de muchos otros factores, de la percepción por parte de la autoridad de los costos de ser, o aparentar ser, inefectivos y por lo tanto ilegítimos. En el caso argentino, siguiendo los pasos de las Madres, los grupos se convirtieron en organizaciones formales de la sociedad civil, definen sus reclamos como violaciones de derechos humanos y tratan de demostrar que la omisión de las autoridades de reparar sus reivindicaciones las vuelve autoritarias, herederas de la dictadura. Esta amenaza es lo que llamo la sombra de la desobediencia.

Cercano a esta idea, Holmes utilizaba a Maquiavelo para afirmar que:

Los gobiernos tienden a comportarse como si estuvieran “atados” por el derecho, en lugar de utilizar la ley arbitrariamente como un garrote para disciplinar a la población, menos por temor a la rebelión que por que tienen objetivos específicos (tales como repeler intentos de invasiones extranjeras) que requieren un nivel alto de cooperación voluntaria de grupos sociales específicos que poseen habilidades (soldados) y recursos (la base tributaria) específicos.⁹

Sin embargo, hay una sutil distinción: Holmes asume un líder con capacidad para mandar; yo postulo una autoridad algo menos portentosa, con menor capacidad para ejecutar las normas pero consciente de su necesidad de incrementar su legitimidad. La sombra de la desobediencia, en los términos de Holmes, es explicada de esta manera:

La amenaza de retirar la cooperación, de hecho, provee una motivación más perdurable para la regularización del poder gubernamental que la amenaza de infligir daño físico notada por Maquiavelo y acentuada por Przeworski.¹⁰

En el proceso que despliega la sombra de la desobediencia, el segundo movimiento es de la autoridad. Si esta toma la movida del grupo como una sugerencia para reiniciar la deliberación y acepta la oferta, es decir, si no utiliza la fuerza para imponer su voluntad o no permanece despectivamente pasiva, si logra ver en este movimiento la revolución de los derechos humanos a través de la Constitución, o si ve la cicatriz y está de acuerdo en que Nunca Más, entonces está lista para comenzar un diálogo en el que, al menos, ha sido reconocida como un interlocutor legítimo. Como tal, tiene la oportunidad de ofrecer un beneficio, de reconocer la violación de un derecho, de escuchar una queja, de proponer un proceso para resolver el conflicto o hacer promesas creíbles. Es decir, puede mostrar que es capaz de ejercitar formas de asumir la autoridad como si su legitimidad no estuviera en jaque.

9 Holmes, Stephen, “Lineages of the Rule of Law”, en Maravall, José María y Przeworski, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, (Cambridge University Press) 2003, pp. 19-20.

10 *Ibíd.*

Esta respuesta se realiza con una actitud tentativa, dado que es una contra sugerencia (una respuesta a la sugerencia hecha por el grupo) y no, todavía, una orden. Pero está hecha bajo la condición de que el grupo ponga fin al acto de desobediencia o al menos que acepte comenzar un proceso que eventualmente ponga fin a ese acto. Esta movida contraria reconoce la alegada violación del status quo y al grupo como merecedor de atención. En el contexto argentino, esta reacción (abstenerse de la violencia, escuchar y negociar) surge del sentimiento de vergüenza de ser identificado con un poder autoritario, de ser puesto en la misma posición que los dictadores. Si los grupos desobedientes dan fin al acto de desobediencia o entran en el procedimiento que llevará a finalizarlo, estarán admitiendo que se encuentran ante una autoridad creciente en legitimidad a medida que la deliberación se desarrolla. Entonces se podrá decir que se creó una norma legítima, en el sentido que la contra sugerencia ha sido aceptada como tal.

Conclusión

Para la celebración del bicentenario de la Revolución de Mayo, una movilización pública ocupó las calles del centro de Buenos Aires para asistir a un espectáculo nocturno organizado por el gobierno. Una de las carrozas que circulaba entre la multitud transportaba a un grupo de mujeres caminando lentamente en círculos. Fuentes invisibles derramaban agua sobre sus cabezas cubiertas con luminosos pañuelos blancos que brillaban con una radiación extraña y conmovedora. Nada más apropiado para celebrar nuestra soberanía política: un grupo de radiantes pañuelos blancos que atraía la atención de todos, recordándonos nuestra pasada vergüenza colectiva, creando un sentimiento de reverencia patriótica orgullosamente colectivo y que prometía no flaquear ni en la noche más oscura ni bajo la lluvia incesante. Un grupo de pañuelos que proyectaba una sombra ominosa sobre todos como un recordatorio de la implacable demanda de verdad, igualdad y justicia que amenaza la legitimidad de cualquiera que aspire a gobernar la democracia argentina. Ojalá sepamos mantener la reverencia a la que esa sombra nos obliga y la inspiración que nos produce el resplandor de los pañuelos. Sombra y resplandor del origen de la democracia argentina y de los que depende fundamentalmente la persistencia de su legado.

Post scriptum

La velocidad de los ritmos políticos argentinos impidió que agregue al cuerpo principal de este ensayo algunas consideraciones sobre lo sucedido hasta

principios de 2013. La generosidad de los editores me permiten enmendar esa falta.

La transición de la Rúa a Duhalde y de Duhalde a Kirchner, signada por la crisis de 2001, puso a prueba la resiliencia del sistema democrático argentino. Como dije más arriba, el presidente Kirchner sorteó su inicial falta de legitimidad trabajando con las dos hebras tradicionales del sistema político: la autoridad presidencial y la movilización popular. Kirchner asumió la primera con delectación: su falta de etiqueta y de ceremonial era compensada por su eficacia en la negociación a favor del interés nacional, que le ganó la simpatía de los más extraños aliados, por derecha y por izquierda. En cuanto a la segunda, se refugió en la legitimidad sagrada del legado de las Madres y, sobre todo, en una parte marginal de ese legado: el castigo penal a los responsables por las violaciones masivas de derechos. La política de derechos humanos pasó a ser el permiso a la justicia y a los fiscales para seguir adelante con los juicios.

Como todo legado complejo, el de la transición argentina admite varias lecturas posibles. Por un lado, la que intenté desarrollar en este trabajo: el problema de la Argentina fue siempre la ilegitimidad de la autoridad resistida por formas también ilegítimas de desobediencia. La última dictadura produjo la respuesta impensada de los derechos: el acuerdo habría consistido en que no importa lo que hizo la víctima de la violación de derechos humanos; aun cuando haya cometido delitos, tiene derecho al debido proceso y a la preservación de sus garantías constitucionales. El acuerdo proponía una asimetría fundamental entre Estado y sociedad civil en este punto. Cuando los ciudadanos violan la ley, el Estado defiende a las víctimas. Pero ¿quién defiende a las víctimas de un Estado que viola derechos? De esa convicción surgió una práctica que, intenté mostrar, puede crear a la vez autoridad legítima y obediencia legítima a través de procesos deliberativos en los que se discuten políticas públicas y los límites que imponen los derechos. Respecto de los victimarios, ellos tienen derecho al debido proceso penal. El lema “juicio y castigo” debe ser entendido como juicio y (eventualmente, si la fiscalía puede probar su imputación dentro de las estrecheces del proceso penal) castigo.

Por otro lado, a medida que los gobiernos de Néstor y Cristina Kirchner fueron ganando en legitimidad electoral, fue ganando también terreno otra lectura posible. Las víctimas habían sido héroes de la resistencia contra la dictadura y combatientes por la causa de un mundo mejor. La dictadura había significado la derrota de ese ideal y ahora es tiempo de dejar de lado las formalidades constitucionales y, con la legitimidad que otorga la soberanía

popular (entendida esta como cantidad de votos y única fuente de legitimidad política), avanzar en un programa popular contra actores sociales poderosos pero minoritarios, equiparándolos a la dictadura. Las otras reivindicaciones de las Madres (verdad y debido proceso) que llevaron a la construcción de un sistema político con frenos y contrapesos y con múltiples entradas a diversas oportunidades para la deliberación pública, son dejadas de lado.

Así, creo, se entienden algunas situaciones como las siguientes: desde 2003 los presidentes Kirchner no ofrecen conferencias de prensa. Decisiones gubernamentales clave se toman por decreto (con credenciales constitucionales dudosas o sin ellas), hay leyes que se aprueban violando los reglamentos del Congreso, la prensa recibe ataques frecuentes cuando es crítica y se la financia generosamente con publicidad oficial cuando se alinea con el oficialismo (la sentencia de la Corte que ordena distribuir la pauta publicitaria del Estado equitativamente permanece desobedecida, como algunas otras sensibles a los intereses del gobierno). El instituto nacional de estadísticas está intervenido y sus cifras son falsas, con lo que no se conoce la inflación, el ritmo del crecimiento económico o el nivel de pobreza. El Consejo de la Magistratura se utiliza para presionar jueces con amenazas de sanciones disciplinarias o de negar o demorar acuerdos para nombramientos y ascensos. La percepción de corrupción crece a niveles desconocidos, aun en comparación con el mandato del presidente Menem.

Nada nuevo, en definitiva: cuando la necesidad de control concentrado crece a expensas de los límites constitucionales, el poder presidencial tiende al desafuero. Es la vieja práctica política argentina que habíamos comenzado a dismantelar a partir de la transición democrática. Lo que resulta preocupante es la justificación y los procedimientos con los que se la ejerce. La justificación es la propuesta monista que afirma que la soberanía popular (en realidad, las decisiones de los representantes de la mayoría, en particular el presidente) es la única fuente de legitimidad del poder, que viene a desmentir la propuesta plural de la tríada de fuentes de la democracia constitucional (regla de la mayoría, derecho y acuerdos más o menos permanentes). Y los procedimientos tienden a realizarse con prepotencia despectiva contra los adversarios y con una interpretación instrumental de las normas que las convierte en meras sugerencias. Los slogans cuentan también esta historia: del Nunca Más del reporte sobre desaparición de personas de 1985, al Nunca Menos (que debe ser interpretado junto con otro que reza “vamos por todo”). Una historia que parece estar derivando de la restricción del poder para aumentar los derechos

y la deliberación al desafuero de un poder concentrado, justificado en una mística que divide a “nosotros” de “ellos”.

Sin embargo, la cultura política de la desobediencia proyecta su sombra para advertencia de los que monologan desde el poder y resplandece para los que tienen la esperanza de vivir en un país que siga reverenciando, a través de la deliberación pública, los derechos de todos.

ESTÁNDARES Y CRITERIOS PARA LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO ANTIDISCRIMINACIÓN EN CHILE: DESAFÍOS PENDIENTES Y OPCIONES INSTITUCIONALES

Alberto Coddou Mc Manus¹ y Tomás Vial Solar²

Resumen

El presente artículo busca avanzar en el perfeccionamiento de la legislación antidiscriminación chilena, en concreto, la Ley 20.609 (Ley Antidiscriminación), asumiendo la necesidad de que exista un ente especializado encargado de asegurar su efectiva implementación. Para ello, se revisan los estándares internacionales aplicables a las instituciones que tienen un rol en esta materia, citando algunos ejemplos comparados, y se reflexiona sobre cuál debiera ser la ubicación institucional del mismo en el contexto nacional.

Introducción

La Ley Antidiscriminación (LAD), vigente desde julio de 2012, ha sido considerada como un avance fundamental por diversos sectores políticos y organizaciones sociales. En efecto, representa un progreso con respecto a un diagnóstico compartido por varios expertos: que la protección constitucional de la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República) era insuficiente para la protección de la discriminación arbitraria, en especial aquella que sufren grupos o minorías especialmente vulnerables. A pesar de este diagnóstico compartido, su tramitación fue un proceso lento y no exento de polémicas, la mayor parte de ellas relacionadas con temas de diversidad sexual –en especial, la orientación sexual y la identidad de género–, y eventuales colisiones con la propiedad, libertad económica, libertad de expresión o libertad religiosa. Una vez publicada, dos cosas han llamado la atención

¹ Abogado, LLM, investigador del Centro de Derechos Humanos, profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Abogado, PhD, investigador del Centro de Derechos Humanos, profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

de la comunidad jurídica: primero, la pobre utilización que permite la nueva ley de la acción de no discriminación arbitraria; y, segundo, la insuficiencia –sobre la que se ha asentado cierto consenso– de esta como un remedio efectivo en contra de los problemas en el goce efectivo de los derechos de igualdad y no discriminación. De algún modo, se reconocen ciertas deudas pendientes con respecto a la promesa normativa contenida en esta ley.

En términos teóricos, la LAD es un esfuerzo por darle sentido y eficacia práctica a la protección constitucional del artículo 19 N°2 de la CPR, que garantiza a todos los habitantes de Chile una igualdad ante la ley. Para algunos, constituye un verdadero desarrollo legislativo de un precepto constitucional, considerando a la Constitución como un “texto vivo” antes que como una suerte de cerrojo o límite infranqueable al debate. Esta ley sería un ejemplo de cómo la Constitución puede ser asumida como una estructura que permite el debate democrático, antes que como una parcela intocable en la que el legislador no tiene nada que aportar.³ Para John Ferejohn y William Eskridge Jr., podría ser considerada como un ejemplo de la “constitución con ‘c’ minúscula”.⁴ En este sentido, la LAD es definitivamente un ejemplo de la importancia que tiene la ley para darle sentido e implementar los estándares o derechos contenidos en la Constitución.

Desde el punto de vista de la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, contenida en diversos tratados internacionales de derechos humanos, la LAD es claramente insuficiente. En efecto, esta obligación “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”.⁵ Además, esta obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, entre los cuales el derecho a la igualdad y no discriminación ocupa un lugar fundamental, “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una

3 Tímidamente, algunas voces plantearon que este proyecto de ley constituía una verdadera ley interpretativa de la Constitución o una modificación constitucional encubierta. Sin embargo, la mayor parte de la tramitación legislativa no reparó mayormente en este tema. Una revisión del Informe de la Comisión Mixta (Senado-Cámara de Diputados) da cuenta de que no fue un tema polémico, a pesar de que se planteó en un momento inicial del debate.

4 Eskridge Jr., William y Ferejohn, John, *A Republic of Statutes: The New American Constitutionalism* (Yale University Press) 2010.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Velázquez Rodríguez contra Honduras, fondo, sentencia de fecha 29 de julio de 1988, considerando 166.

eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁶ Como analizaremos en el apartado siguiente, la obligación de adoptar políticas públicas para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales es una de las grandes deudas de la LAD: en su tramitación legislativa, se terminó excluyendo de la ley el establecimiento de medidas de acción afirmativa u otras obligaciones positivas, y cerrando cualquier posibilidad de ampliar los objetivos de la ley más allá del mero establecimiento de una acción judicial para casos individuales.

La premisa de este artículo supone que siempre puede (y debe) haber una evaluación con una perspectiva de derechos humanos de las opciones institucionales que un Estado adopta para cumplir con la obligación positiva de garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho a la igualdad y no discriminación. Como ha señalado Thomas Pogge, “la valoración moral de cualquier orden institucional depende principalmente del grado en que este facilita, en la medida de lo posible, el acceso seguro a los objetos de los derechos humanos: todo orden institucional debe ser evaluado y reformado principalmente en referencia a su impacto relativo sobre la realización de los derechos humanos”.⁷ Ello supone que debemos ser capaces de reflexionar acerca del trasfondo de las estructuras institucionales y del entramado de leyes, instituciones, prácticas o estereotipos que afectan el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación.⁸ En efecto, una de las primeras preocupaciones pragmáticas, al utilizar el lenguaje de los derechos humanos para avanzar cualquier demanda social, supone que las opciones institucionales pueden terminar tratando los síntomas más que las causas. Como ha señalado David Kennedy, esta preocupación se expresa de manera paradigmática en aquellos casos en que “la sanción de una norma termina sustituyendo los esfuerzos por terminar la práctica discriminatoria”.⁹ Partiendo de esta premisa, en este primer enfoque de las deudas pendientes que deja la aprobación de la LAD queremos evaluar (en un contexto comparativo) de las opciones institucionales que debiera adoptar, en el futuro cercano, el Estado de Chile.

6 Ibid., considerando 167.

7 Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, (FCE-UNAM) p. 120.

8 Un buen enfoque sobre ello en Cover, Robert, “Foreword: Nomos and Narrative”, en *Harvard Law Review*, 97.

9 Kennedy, David, *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, (Princeton University Press) 2005, p. 25.

Más allá de estas deudas pendientes, reconocemos que es necesario realizar un análisis paralelo, que quizás tenga un mejor tratamiento a nivel académico que en el contexto de la discusión de una política pública: considerando la opción institucional que ha tomado Chile de entregar una acción judicial como principal herramienta de combate de la discriminación, es importante hacerse cargo de los problemas dogmáticos que pueden surgir con respecto al tema. En este sentido, compartimos un diagnóstico más o menos transversal al respecto:

Mientras no contemos con una doctrina o una dogmática antidiscriminatoria medianamente madura, es imposible que los jueces (y menos un órgano administrativo) resuelvan coherentemente casos de discriminación, ya que aquellos no cuentan con los principios y reglas fundamentales de acuerdo a los cuales fallar. Agregar una institución administrativa sin solucionar el fondo del problema sería intentar, una vez más, tapar el sol con un dedo.¹⁰

A pesar de este problema, consideramos necesario siquiera avanzar y anticipar los criterios que consideramos cualquier futura opción o diseño institucional debiera considerar. Esta reflexión debe correr en paralelo a una discusión seria sobre la concepción constitucional de igualdad como fundamento de un nascente derecho de la antidiscriminación en Chile. En otras palabras, la motivación principal de este artículo radica en la necesidad de anticipar una reflexión sobre la “ruta institucional” que debieran adoptar futuras medidas que, en efecto, puedan contar como “verdaderas” medidas contra la discriminación.

Para ello, comenzaremos haciendo una breve descripción de la historia legislativa de la actual LAD, destacando los aspectos relevantes para el argumento presentado anteriormente; luego revisaremos algunos estándares y criterios internacionales y de derecho comparado aplicables, en general, a instituciones nacionales de derechos humanos y, en específico, a organismos diseñados para el tratamiento de la igualdad y no discriminación; por último, haremos algunas consideraciones iniciales sobre las posibles vías institucionales que debiera adoptar el Estado de Chile para cumplir con la promesa del derecho antidiscriminación.

¹⁰ *Elmercurio.cl*, Díaz de Valdés, José Manuel, “Ley Zamudio”, cartas al director, 29 de marzo de 2013.

1. Contexto y dictación de la nueva Ley: Características generales y principales cuestiones que ella levanta

El mensaje del proyecto original de la LAD, formalmente denominada como “Ley que establece medidas contra la discriminación”, contenía, en su artículo 1º, el objetivo de su creación: “las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona”. El artículo 1º finalmente aprobado sostiene un objetivo radicalmente distinto: “esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. Si consideramos que los títulos importan, en el sentido de que deben (o deberían, al menos) dar cuenta del contenido, surge una primera pregunta: ¿por qué esta ley se titula “Ley que establece medidas contra la discriminación” si su objetivo es (o se reduce a) “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria?”.¹¹ Resulta difícil reconciliar el título de la ley con su contenido. En parte, este trabajo da cuenta de la necesidad de conciliar los objetivos de una ley antidiscriminación con la pregunta por los medios o mecanismos institucionales adecuados para el logro de aquellos.

En la Ley 20.609, aparte del establecimiento de una acción judicial, solo existe un enunciado general que obliga a los “órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, [a] elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 1º inciso 2). En efecto, no existen otras medidas que permitan sostener el título que lleva la ley: no hay “metas, mandatos de coordinación u obligaciones de rendición de cuentas, tan solo una declaración abierta a la Administración y una acción judicial”.¹² La redacción del artículo 1º inciso 2º no permite interpretar el precepto para derivar “obligaciones precisas a los órganos gubernamentales, ni plazos para su implementación, así como tampoco mecanismos para su

¹¹ Véanse, por ejemplo, los votos de mayoría y minoría en la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió la disputa constitucional sobre el alcance de la potestad para definir el nombre de una ley. Tribunal Constitucional, Rol N° 2253-2012, sentencia de fecha 31 de agosto de 2012.

¹² *Ciperchile.cl*, Contesse, Jorge, “Dudas sobre la efectividad de la nueva ley antidiscriminación”, 13 de julio de 2012.

exigibilidad o para la evaluación de las mismas”.¹³ En efecto, se trata de una obligación jurídica que no califica la conducta que los órganos de la Administración del Estado deben realizar para cumplir con el objetivo de la ley. Debido a estos problemas, muchos comentaristas, de todos los sectores políticos, han señalado que la denominada “Ley Zamudio” resulta deficiente, y lo es, en parte, porque su título no guarda relación con su contenido ni con los medios que establece para el cumplimiento de sus objetivos.¹⁴

La historia de la LAD, que quedó reducida al establecimiento de una acción judicial destinada a concretar la garantía de la igualdad, no aporta mucho a la reconstrucción de las características específicas de esa acción como un mecanismo que cuente, efectivamente, como “una medida contra la discriminación”. Durante la tramitación de la ley, la mayor parte de la discusión legislativa se enfocó en la determinación de las categorías prohibidas o sospechosas que “tenden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional)”.¹⁵ De hecho, tal como consigna el Balance al Poder Legislativo del Observatorio Parlamentario, gran parte de la tramitación legislativa, que duró siete años, estuvo centrada en la discusión de dos categorías sospechosas: “orientación sexual” e “identidad de género”.¹⁶ Ello explica que la tramitación legislativa solo se haya acelerado, lamentablemente, tras el brutal ataque al joven Daniel Zamudio (2 de marzo de 2012) y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a Chile por la discriminación arbitraria en contra de Karen Atala (24 de febrero de 2012). Con fecha 13 de marzo de 2012, el presidente Piñera asignó por primera vez urgencia legislativa para forzar el debate.

En menor medida, el debate legislativo dedicó tiempo al eventual establecimiento de un fundamento legal genérico para las acciones afirmativas y a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria.¹⁷ El

13 Véase, Balance al Poder Legislativo año 2012, Observatorio Parlamentario, p. 24.

14 Véanse, entre otras, las siguientes opiniones: *Elmostrador.cl*, Muñoz, Fernando, “Ley Antidiscriminación: La igualdad como protección a los grupos desaventajados”, 11 de mayo de 2012; *Elmostrador.cl*, Verbal, Valentina, “Ley Antidiscriminación: ¿Sirve para algo?”, 29 de marzo de 2012; *Ciperchile.cl*, Contesse, op. cit.; *Elmercurio.cl*, Díaz de Valdés, op. cit.

15 Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile) 2007, p. 17.

16 Balance al Poder Legislativo, op. cit., p. 20.

17 En el informe de la Comisión Mixta (Senado-Cámara de Diputados), diversos representantes de la

fundamento legal de las medidas de acción afirmativa estaba incluido en el mensaje original ingresado a tramitación por el gobierno del ex presidente Ricardo Lagos en 2005. Si bien fue aprobado sin mayor problema en el primer informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara y en la posterior discusión en sala (primer trámite constitucional), se trabó en la Comisión de Derechos Humanos del Senado a partir de una indicación presentada por el senador Jovino Novoa. A su vez, el gobierno, a través de declaraciones del jefe de la División de Estudios del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Claudio Olivo, señaló que tales medidas afirmativas “no están prohibidas y que los poderes públicos cuentan con las potestades para adoptarlas cuando lo estimen necesario, cosa que deberá ser analizada y debatida separadamente en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”.¹⁸ Así, sostuvo que establecer un fundamento legal resultaba innecesario, dado que los órganos públicos pueden establecer estas acciones “en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”. Posteriormente, en la discusión en sala, en el segundo trámite constitucional, solo las senadoras Allende y Rincón levantaron la voz de alerta: la ley no podía reducirse al establecimiento de una acción judicial y, para hacer mérito a su título, debía incluir medidas de acción afirmativa. En la discusión al interior de la Comisión Mixta, los intentos por reponer este fundamento legal fueron infructuosos, dado el rechazo del Senado, y solo cabía esperar un eventual veto presidencial.

En relación a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria, las discusiones fueron menos intensas y se redujeron a cuestiones de eficacia y superposición con competencia de las cortes de apelaciones a propósito del recurso de protección. En efecto, en su origen, la acción judicial contemplaba la posibilidad de imponer la indemnización de perjuicios en términos amplios, cuestión que –después de un arduo debate– se desechó. Finalmente se acordó que, en caso de que la acción fuera acogida, se impusiera una multa a beneficio fiscal (cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales). Por su parte, la acción de no discriminación se entregó a la competencia de los jueces de instancia, con el objeto de permitir que las cues-

academia y de la sociedad civil hicieron referencias a la necesidad de contar con un fundamento legal genérico en materia de acciones afirmativas (Patricio Zapata, Ana Piquer, Verónica Undurraga, Lorena Fries, Fernando Muñoz, Elías Jiménez, Camila Maturana y Andrés Rivera). Sin embargo, esas presentaciones no dieron lugar a mayor discusión al interior de la Comisión, en el entendido de que cualquier modificación, considerando el estado de tramitación legislativa, dependía, a esa altura, de un veto por parte del poder ejecutivo.

18 Historia de la Ley 20.609, p. 724.

ciones de fondo pudieran ser conocidas a través de un contacto directo de las partes con la judicatura. Los reparos iniciales contenidos en los informes de la Corte Suprema fueron desechados por los parlamentarios, en el entendido de que esta ley busca justamente solucionar las deficiencias del funcionamiento del recurso de protección.

Resulta llamativa la total ausencia –durante la tramitación del proyecto de ley– de los conceptos de discriminación indirecta, de facto, institucional o estructural. Estos términos permiten comprender a la discriminación como un problema complejo, policéntrico, que muchas veces cuesta reconducir a la acción u omisión intencional de un individuo en particular.¹⁹ En la ley de igualdad de trato alemana, que traduce ciertas directivas a nivel europeo sobre el derecho de la antidiscriminación, se entiende que hay una discriminación indirecta “si disposiciones, criterios o procedimientos aparentemente neutrales pueden poner a ciertas personas, por una de la razones previstas en el §1 [categorías sospechosas], en desventaja particular respecto de otras personas, salvo que las disposiciones, criterios o procedimientos en cuestión estén objetivamente justificados por una finalidad legítima y los medios elegidos para la realización de dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.²⁰ Sorprende la falta de discusión sobre la discriminación indirecta, predominante en el contexto de sociedades cada vez más complejas. Las únicas menciones a un debate sobre la discriminación indirecta constan en el informe de la Comisión Mixta, en que hay una breve alusión al artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997, que habla explícitamente de discriminación indirecta. Además, en la parte preliminar de ese mismo informe, se cita legislación comparada (de España y Sudáfrica) en que hay menciones explícitas al ese concepto. Si no fuera por los aportes de las organizaciones de la sociedad civil (ONGs), nada más se habría dicho al respecto. En efecto, y hablando a nombre de diversas ONGs, Andrés Rivera, representante de la Organización de Transexuales por la Diversidad, propuso incluir explícitamente el concepto de discriminación indirecta y las acciones positivas en los propósitos de la ley. Destacó que, en la legislación comparada e internacional, se incluyen como parte de los objetivos de las acciones judiciales de no discriminación.

19 Fuller, Lon, “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review*, 92, 1978; Scott, Joanne y Sturm, Susan, “Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance”, en *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, 3, 2007.

20 Véase la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (la ley general de igualdad de trato, que transpone cuatro directivas en materia de derecho de la antidiscriminación), § 3.2.

Es importante destacar también el aporte de Elías Jiménez, asesor jurídico del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), quien advirtió en la discusión en la Comisión Mixta que “la inexistencia de una institucionalidad que se haga cargo de la no discriminación es una falencia que Chile debe solucionar, sea mediante la creación de un organismo sobre este tema o mediante la elaboración de políticas públicas que resuelvan la problemática. En la región, países que, bajo gobiernos de signo conservador, como México y Colombia, han avanzado decididamente en esta materia, al igual que Brasil, Ecuador o Argentina, poseen organismos con presupuesto estatal para hacerse cargo de la educación, promoción y defensa de las personas frente a la discriminación”.²¹

2. Estándares y criterios internacionales aplicables a instituciones anti-discriminación

La cuestión de qué tipo de instituciones son las más adecuadas para garantizar los derechos humanos a nivel doméstico ha sido extensamente tratada por la literatura en los últimos años. En efecto, en las dos últimas décadas ha habido una explosión de lo que se denomina Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDHs),²² cuyo concepto ha sido definido por la Organización de Naciones Unidas (ONU) como “un cuerpo que, establecido por un gobierno bajo la constitución o por medio de la ley o decreto, posee funciones específicas para la promoción y protección de los derechos humanos”.²³ Las funciones y estándares para la creación y evaluación de estas instituciones han sido formalizados en los que se denominan los Principios de París,²⁴ acordados en 1991 y adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1993. Según Goodman,²⁵ estos principios reflejan la codificación de décadas de trabajo sobre estas entidades y constituyen por ello el estándar internacional aceptado. Sin embargo, ello no los exime de crítica: se observa que

21 Historia de la ley 20.609, p. 1071.

22 Goodman, Ryan y Pegram, Thomas, “National Human Rights Institutions, State Conformity, and Social Change”, en Por todos, Goodman, Ryan, *Human Rights, State Compliance and Social Change. Assessing National Human Rights Institutions*, (Cambridge University Press) 2011, p. 1.

23 *Ibíd.*, citando United Nations Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Protection of Human Rights, 1995, p. 6.

24 Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/24/PDF/N9411624.pdf?OpenElement>.

25 Goodman y Pegram, *op. cit.*, p. 5.

“demandan demasiado y muy poco al mismo tiempo”,²⁶ ya que, por una parte, establecen exigencias que no son alcanzadas por casi ninguna institución en el mundo y, por otra, no consideran la recepción de denuncias individuales, lo que hoy, como señala Richard Carter, “la mayoría de observadores y defensores en este campo probablemente considerarían como una característica esencial”.²⁷ Otra observación crítica es que son demasiado genéricos, ofreciendo poca guía de cómo implementarlos.²⁸

Las comisiones de igualdad o antidiscriminación y, en general, los entes que desarrollan una labor en este campo se pueden entender como INDHs especializadas, a las cuales, por lo tanto, se aplican los estándares de los Principios de París. Con frecuencia, sin embargo, las entidades con estas atribuciones poseen también un mandato amplio de trabajo en derechos humanos. Por ejemplo, la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos de Gran Bretaña, creada el 2006, como su título señala, posee competencias específicas en materia anti-discriminación²⁹ y también de promoción de los derechos humanos.³⁰

Las principales funciones de las INDHs contenidas en los Principios de París son:

- a) Presentar al gobierno, parlamento u otras instituciones, informes o estudios, o propuestas sobre la situación de los derechos humanos;
- b) Promover y asegurar la armonización de la legislación y prácticas interna con los instrumentos internacionales de derechos humanos, y su implementación efectiva;
- c) Promover la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y su implementación;
- d) Contribuir a los reportes que los Estados deben presentar a las Naciones Unidas y sus órganos, comités y los órganos regionales;
- e) Cooperar con las Naciones Unidas, sus órganos, las organizaciones regionales y las organizaciones nacionales de otros países en las áreas de promoción protección de los derechos humanos;

26 *Ibid.*, p. 6.

27 *Ibid.*

28 Mertus, Julie, “Evaluating NHRIs. Considering Structure, Mandate, and Impact”, en *Por todos*, Goodman, *op. cit.*, p. 79.

29 Equality Act 2006, art. 8.

30 *Ibid.*, art. 9.

- f) Ayudar y tomar parte en la creación y ejecución de programas de enseñanza e investigación de derechos humanos en universidades, escuelas y el ámbito profesional;
- g) Darle publicidad a los derechos humanos y a los esfuerzos para combatir toda forma de discriminación, en particular la racial, por medio de incrementar la conciencia pública, en particular, por medio de la información y enseñanza.

Para el cumplimiento efectivo de estas funciones mínimas se requiere una serie de condiciones institucionales y de organización. La primera y más importante es la legitimidad de la institución,³¹ que resulta crucial para la credibilidad de sus opiniones y para que las víctimas puedan confiar en ella. Esta legitimidad determinará en buena medida el impacto de sus recomendaciones y les permitirá expandir su mandato cuando este sea restrictivo o se vuelva insuficiente ante nuevas condiciones, como ha sucedido, según Thomas Pegram, en varios casos de América Latina.³²

Lograr esa legitimidad depende de una serie de condiciones, destacando el grado de independencia o autonomía que se tenga del poder ejecutivo,³³ siempre el principal obligado a la efectiva implementación de las obligaciones internacionales y, normalmente, el principal infractor de ellas, por lo que será usualmente el objeto de la mayoría de las críticas de las INDHs.

Para analizar con más detalle los requerimientos institucionales y las funciones que deben realizar estas INDHs, junto con los Principios de París, seguiremos un artículo de Pegram sobre las experiencias de aquellas en América Latina³⁴ y uno de Julie Mertus, quien analiza en general la evaluación de estas organizaciones.³⁵ Complementaremos esto con casos de instituciones especializadas en la acción antidiscriminación. Al respecto, mencionaremos dos ejemplos cruciales: el más antiguo y que sienta el modelo en esta materia, la Comisión de Igualdad de Oportunidades Laborales de Estados Unidos, la

31 Goodman y Pegram, *op. cit.*, p. 7.

32 Pegram, "National Human Rights Institutions in Latin America. Politics and Institutionalization", en *Por todos*, Goodman, *op. cit.*, pp. 231-232

33 Mertus, *op. cit.*, p. 77.

34 Pegram, *op. cit.* Pegram estudia tanto a las defensorías de DDHH propiamente tales, como a las procuradurías y comisiones de DDHH creadas en América Latina, y emplea el título genérico de defensorías para todas ellas.

35 Mertus, *op. cit.*

Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)³⁶, creada en 1964 por la Civil Rights Act; y la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos de Gran Bretaña (Commission for Equality and Human Rights)³⁷ de 2006, que fundió en un solo cuerpo las anteriores comisiones de igualdad en materia sexual, racial y de discapacidades de 1975, 1976 y 1995, respectivamente. Adicionalmente, aportaremos razones propias para justificar algunas atribuciones.

2.1. Independencia y pluralidad

Como se indicó antes, para que el órgano pueda resolver situaciones de discriminación y proponer con libertad soluciones y políticas que crea adecuadas, debe ser independiente del gobierno de turno y también de grupos y sectores políticos, sociales o económicos. Por cierto, ningún diseño institucional libera completamente de presiones e influencias. En el caso de Chile, un modelo a seguir es el que se ha dado en varios cuerpos creados en los últimos años, como el Consejo para la Transparencia³⁸ o el Instituto Nacional de Derechos Humanos: composición colegiada, con participación del Congreso, entidades de derechos humanos y académicas.³⁹

La independencia del órgano está directamente relacionada con la pluralidad de sus integrantes, que impide el control por un sector político determinado. Al respecto, los Principios de París señalan que la composición y nombramiento de los miembros deben ser establecidos de forma tal que aseguren una representación pluralista de las fuerzas sociales de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, asociaciones profesionales (como, por ejemplo, de abogados o periodistas), corrientes filosóficas o religiosas, universidades y el parlamento. Pegram, por otra parte, indica que la involucración de fuerzas sociales en el diseño institucional y en el proceso de nombramientos es determinante para las futuras relaciones entre aquellas y la INDH.⁴⁰

36 Ver <http://www.eeoc.gov>

37 Ver <http://www.equalityhumanrights.com>.

38 Ley 20.285, sobre Transparencia, artículo 36, que dispone que el Consejo de la Transparencia posee un Consejo Directivo compuesto de cuatro miembros designados por el presidente de la República previo acuerdo de dos tercios del Senado.

39 En el caso de Instituto Nacional de los Derechos Humanos, su dirección superior corresponde a un consejo integrado por: (a) dos consejeros designados por el Presidente de la República; (b) dos consejeros designados por el Senado; (c) dos consejeros designados por la Cámara de Diputados; (d) un consejero designado por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades integrantes del Consejo de Rectores y universidades autónomas, en la forma que determine el estatuto; (e) cuatro consejeros designado en la forma que establezcan los estatutos, por las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que gocen de personalidad jurídica vigente, inscritas en el registro que llevará el Instituto.

40 Pegram, op. cit., p. 225.

Los Principios de París señalan expresamente que, en el caso de incluirse representantes de instituciones de gobierno, ello debe ser en calidad de asesores, es decir, solo con derecho a voz.

Pegram indica también que el proceso de nombramiento de las INDHs está generalmente influido por la división y la competencia partidista, que intenta controlar las instituciones. A fin de evitarlo, se ha establecido en varios países mecanismos de nombramiento que requieren dos tercios del legislativo. Estas exigencias tienen también consecuencias negativas pues obligan frecuentemente a largos procesos de negociación política,⁴¹ lo que ha dejado a las INDHs regionales con nombramientos interinos débiles.

Para asegurar la independencia y pluralidad, las normas que regulan el proceso de nombramiento y la duración de los miembros del órgano debe estar en la ley, señalan los Principios. Según Pegram, en América Latina hay numerosos autores que indican que el estatus del órgano debiera ser constitucional para asegurar su estabilidad, algo que sería apoyado por la evidencia empírica.⁴²

2.2. Autonomía presupuestaria

Mencionan también los Principios que la independencia requiere de financiamiento adecuado. Pegram indica que en América Latina la interferencia del gobierno por medio del control presupuestario ha probado ser un medio habitual de control sobre las INDHs, pese a que la norma regional es que ellos son decididos por la legislatura.⁴³

2.3. Estudios

Como se indicó antes, una de las funciones más importantes de estos órganos es la capacidad de desarrollar estudios en su materia. Los Principios reconocen esta función, que está presente en prácticamente todas las INDHs.⁴⁴

2.4. Procesar y recibir denuncias

Sin duda una de las atribuciones más poderosas, que diferencia a un órgano asesor de uno que efectivamente puede luchar contra la discriminación, es la

⁴¹ Pegram señala el caso extremo de Perú, ¡donde no hubo acuerdo por cuatro años! Pegram, op. cit., p. 218, nota 38.

⁴² *Ibíd.*, p. 212.

⁴³ *Ibíd.*, p. 214.

⁴⁴ Por ejemplo, para el INDH chileno, en el art. 3, N° 9 de la Ley 20.405.

capacidad de recibir denuncias por actos de discriminación y darles una respuesta en sede administrativa. Ello se ha comprobado claramente, por ejemplo, en la actividad del Servicio Nacional del Consumidor⁴⁵ y el Consejo de la Transparencia.⁴⁶ Si las personas no poseen un ente que acoja denuncias y sea capaz de darles una respuesta uniforme, efectiva y relativamente rápida, y de efectuar los estudios que se derivan de esas situaciones, toda ley antidiscriminación quedará trunca.

Y no basta que existan las acciones judiciales pertinentes, como sucede –por ejemplo– en el caso de la ley de protección de consumidores o la propia Ley Antidiscriminación. Hay razones de accesibilidad, flexibilidad administrativa, capacidad de asesoría, que hacen que la existencia de un procedimiento administrativo sea complementario a uno judicial. Además, la existencia de un procedimiento administrativo permite al ente fiscalizador recibir la información de primera mano de parte de los afectados, detectar tempranamente problemas y desplegar sus facultades investigadoras si se detectan problemas graves o que sean de naturaleza estructural. En este sentido, la facultad de percibir denuncias y de investigar se alimentan recíprocamente.

2.5. Efectuar investigaciones

Junto con poder procesar denuncias es conveniente, para implementar efectivamente la Ley Antidiscriminación, que el ente responsable pueda iniciar investigaciones administrativas sobre prácticas discriminatorias. Esto es importante particularmente respecto a prácticas estructurales o generales, pues se genera la información necesaria para descubrir prácticas ocultas y proponer medidas de reforma. El modelo para ello podría ser algunas de las facultades que posee la Fiscalía Nacional Económica, en particular las capacidades de recolectar y solicitar informaciones a entes públicos o privados.⁴⁷

Un ejemplo poderoso de estas investigaciones lo provee la Equality Commission británica. Ella posee un mandato amplio para realizar investigaciones en relación al cumplimiento de sus funciones⁴⁸ y, en caso de violaciones a la normativa anti discriminación, iniciar una investigación formal, a cualquier sujeto, público o privado. En ambos casos se establece un procedimien-

45 Ley 19.496, art. 57, letra f).

46 Ley 20.285, art. 23, letra b).

47 DL 211, refundido en DFL 1, del 7 de marzo del 2005, art. 39, letras f) y g).

48 Equality Act 2010, arts. 16 y 20. El Schedule 2 de la Ley precisa la forma de llevar a cabo las investigaciones.

to de notificación, la posibilidad de defensa, poseyendo la comisión el poder de requerir información a los sujetos investigados y de llamarlos a declarar.⁴⁹ Los resultados de estas investigaciones son informes públicos que pueden servir para iniciar procedimientos judiciales, pero que en ellos no constituyen prueba concluyente.

2.6. Realizar denuncias y acciones judiciales

Consistente con las facultades anteriores, se requiere que el órgano pueda también interponer las acciones judiciales que el ordenamiento permite para remediar situaciones de discriminación. El INDH ya posee esta facultad, por ejemplo, en materias de su competencia.⁵⁰ En el caso de la Equality Commission británica, ella cuenta con los poderes de interponer acciones judiciales a fin de impedir actos antidiscriminación o intervenir en procesos de control judiciales de la administración.⁵¹

2.7. Proponer políticas, planes de acción y medidas legislativas

Pegram indica que las INDHs poseen generalmente facultades de asesorar a los parlamentos respecto a proyectos de ley, introducir iniciativas y presentar informes anuales.⁵²

En el caso de Chile, estimamos que, para subsanar una de las falencias de la ley vigente, el órgano debiera ser capaz de proponer políticas y planes de acción, con un plazo de ejecución y evaluación determinado. Un ejemplo de ello es el deber que tiene la Equality Commission británica de preparar un plan de acción respecto a las funciones que la ley le asigna y de revisarlo al menos cada tres años.⁵³

Es también interesante considerar, al igual que en la entidad británica,⁵⁴ la facultad de dictar códigos de buenas prácticas en materia de no discriminación. Dada la diversidad de situaciones en las cuales se pueden producir actos y prácticas de discriminación, esto normalmente requiere una regulación ad-hoc precisa.

49 *Ibid.*, Schedule 2, art. 10(1).

50 Ley 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, art. 5.

51 Equality Act 2010, *op. cit.* arts., 24 y 30.

52 Pegram, *op. cit.*, p. 232.

53 Equality Act 2010, *op. cit.*, art. 4°.

54 *Ibid.*, art. 14.

3. Consideraciones iniciales sobre un ente antidiscriminación chileno

Como hemos adelantado, puesto en el dilema de si acaso crear o no un nuevo organismo para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación, el Estado de Chile debe tomar una decisión para saldar sus deudas pendientes en esta materia. Creemos que la decisión puede ceñirse a dos posibilidades: o se crea un nuevo organismo con una competencia y atribuciones específicas, o se otorgan estas atribuciones a un organismo existente, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos. En lo que sigue, avanzaremos algunas reflexiones para analizar las ventajas y desventajas de una u otra opción.

De antemano, es importante descartar que la futura Subsecretaría de Derechos Humanos pueda ser un organismo adecuado para cumplir la expectativa creada por la promesa normativa de la LAD.⁵⁵ La futura Subsecretaría no cumpliría con un marco normativo mínimo que garantice la independencia y la pluralidad en su composición, en tanto presupuesto básico de cualquier institución nacional de derechos humanos. Sin embargo, su necesidad e idoneidad han sido destacadas por el propio Instituto Nacional de Derechos Humanos, que, no obstante algunas observaciones críticas puntuales, ha afirmado que “el proyecto de ley que crea la subsecretaría de derechos humanos representa un valioso esfuerzo por fortalecer la institucionalidad política y gubernamental de derechos humanos, y responde a la necesidad de establecer con rango de ley un ente que desde el Poder Ejecutivo proponga y coordine las políticas públicas en este ámbito”.⁵⁶ En efecto, esta Subsecretaría podría jugar un rol relevante a la hora de establecer funciones de coordinación y diseño de políticas públicas en materia del derecho a la igualdad y no discriminación; además, cobra relevancia el cumplimiento de las obligaciones del poder ejecutivo, como uno más de los poderes del Estado, en sus funciones de promoción y protección de estos derechos, así como de ejecución de políticas y programas en materia de derechos humanos. Un rol relevante en la materia podría ser la necesidad de establecer medidas para el cumplimiento de la obligación genérica contenida en el artículo 1° inciso 2° de la LAD.

55 A la fecha de cierre de edición de este artículo, el proyecto de ley que “Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia” (Boletín 8207-07), había sido aprobado en general por el Senado en primer trámite constitucional.

56 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Pauta de observaciones con respecto al proyecto de ley que “Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia”, p. 32 (disponible en www.indh.cl).

La opción de crear una nueva entidad u organismo antidiscriminación puede ser analizada desde diversos puntos de vista. Desde la perspectiva de los derechos humanos, en principio cuesta entender por qué otras áreas reciben tanta atención y son desarrolladas a partir de la creación de una institucionalidad con amplios poderes normativos y fiscalizadores. Es el caso de la Fiscalía Nacional Económica o del Servicio Nacional del Consumidor, organismos que no solo tienen “poderes blandos”, consultivos, de recomendación u obligaciones generales de promoción de un determinado valor o bien público, sino también la posibilidad de litigar administrativa o judicialmente en casos motivados por personas privadas. La creación de una nueva entidad de características similares sería un desafío mayor, pero que cuenta con ejemplos exitosos en otras áreas. En este sentido, es posible preguntarse por qué algunos bienes públicos –como la libre competencia o el respeto de los consumidores– merecen una institucionalidad con más dientes que el ámbito de los problemas relacionados con la discriminación arbitraria en Chile, en especial, con relación a los grupos vulnerados. Al analizar las desventajas, habría que hacer referencia a la viabilidad política y al desgaste producido por la tramitación legislativa de la LAD: preocupaciones pragmáticas que deben ser consideradas por quien quiera abogar por la creación de un nuevo ente.

Por último, queda por analizar la opción de adecuar las atribuciones y competencias de alguna institución vigente que pueda cumplir con los desafíos pendientes en materia de igualdad y no discriminación. Aquí el principal candidato es el INDH, que tiene competencias y atribuciones generales al respecto, aunque insuficientes según hemos propuesto en este trabajo. En efecto, se trata de una institución nacional que cumple plenamente con los Principios de París y que, a tres años de su puesta en marcha, ha logrado superar las expectativas que existían con su creación. Su labor ha sido reconocida en los ámbitos nacional e internacional, algo inusual para una creación institucional reciente. De hecho, en el marco de la XXVI Reunión General del Comité de Coordinación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC), realizada en mayo de 2013, el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) fue acreditado con la máxima calificación (A) por parte de la Organización de Naciones Unidas. Esta certificación implica que el organismo no solo cumple formalmente con los Principios de París, sino que estos también se satisfacen en la práctica, lo que dota de legitimidad a

esta institución.⁵⁷ Dentro de los posibles modelos acordes con los Principios de París, la literatura especializada cataloga al INDH como una Comisión de Derechos Humanos con atribuciones de consulta, monitoreo, recomendación y, en algunos casos, legitimación activa para llevar casos ante las cortes.⁵⁸ Con respecto a este modelo, se reconoce como máximo desafío el transitar a un modelo de comisiones con poderes cuasi jurisdiccionales (mediación, investigación y legitimación activa), sobre todo en aquellos países en que las cortes tienen un restringido acceso⁵⁹ o en que la falta de precedentes impide, en parte, crear estándares generales.

En relación al derecho de igualdad y no discriminación, el INDH ha venido desarrollando una labor activa con respecto a diversos temas. Así, por ejemplo, su directora, Lorena Fries, participó activamente en la tramitación legislativa de la LAD. Con respecto a ciertos grupos vulnerados, la Dirección de Estudios del INDH ha desarrollado una ardua labor investigativa para dar cuenta de ciertos patrones de discriminación generalmente invisibles a la agenda pública. Es el caso, por ejemplo, de la inclusión de un capítulo específico sobre el ejercicio de derechos sin discriminación en su último informe anual (2012).

Considerando los desafíos futuros, para entregarle al INDH poderes o atribuciones de investigación, de recepción de quejas o asuntos individuales, o de legitimación activa en términos robustos, sería necesaria una reforma legislativa de importancia. En efecto, se requeriría una modificación del artículo 2° de la ley 20.405, que define el objeto del INDH, incorporando una mención explícita a la protección, garantía y promoción del derecho a la igualdad y no discriminación, o la incorporación de nuevas atribuciones en el artículo siguiente. Todo ello sin perjuicio de otras modificaciones legislativas que pueda requerir tal ajuste. Además, ello requerirá un fortalecimiento de su autonomía presupuestaria y del apoyo financiero que cada año se vaya fijando en la respectiva ley de presupuestos.

57 Esto también ha sido reconocido por Thomas Pegram, en Pegram, *Nhr torture prevention.org*, Pegram, "Operation against the Chilean Institute for Human Rights", 13 de febrero de 2013.

58 UNDP-OHCHR, *Toolkit for collaboration with National Human Rights Institutions*, 2010, p. 28. En algunos países, estas comisiones tienen como mandato específico y único la protección del derecho a la igualdad y no discriminación (Australia, Canadá y Nueva Zelanda).

59 *Ibid.*

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL RECIENTE: TENDENCIA AL RECONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS Y GARANTISMO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Jorge Bermúdez Soto¹

Dominique Hervé Espejo²

Resumen

El presente artículo intenta develar si, a partir del análisis de algunas sentencias recaídas en casos importantes de 2012, es posible extraer principios o reglas generales de derecho ambiental que deben ser tenidos en cuenta en situaciones similares en el futuro. En particular, merece atención el estudio del principio preventivo y de las reglas de consulta y participación indígena en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Los resultados son dispares. En algunos casos, los criterios apreciados, más que sentar jurisprudencia, simplemente resuelven problemas particulares. No obstante el revuelo que puedan haber generado en la opinión pública, algunos de esos resultados responden a vacíos normativos o deficiencias de diseño institucional, y no a reglas que puedan ser extrapoladas como permanentes.

Introducción

El año 2012 fue, sin dudas, prolífico en la dictación de sentencias en materia ambiental por parte de los tribunales superiores de justicia, tanto por el número de fallos dictados³ como por la novedad del razonamiento judicial en algunos casos. Mucho se ha comentado –y criticado– la revisión más intensa que estaría realizando el Poder Judicial de las decisiones ambientales de la Administración a partir del último año, llegando incluso a sostenerse que tal tendencia jurisprudencial estaría perjudicando la certeza jurídica que deben generar tales decisiones administrativas, o bien que los fallos de la Corte

1 Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental, Universidad Católica de Valparaíso.

2 Profesora de Derecho Ambiental, Universidad Diego Portales.

3 Ver Cordero Vega, Luis (Dir.), *Jurisprudencia ambiental. Casos destacados*, (Abeledo Perrot, Thomson Reuters) 2012, Tomos I, II y III.

Suprema estarían revolucionando la regulación ambiental.⁴ Algunos han recordado que en materia de recurso de protección la labor del juez consiste en garantizar los derechos fundamentales, para lo cual debe establecer todas las medidas que considere necesarias.⁵ El objetivo de este trabajo no consiste en analizar una u otra posición, sino que, más bien, destacar ciertos contenidos de las principales sentencias judiciales de 2012 en la materia, que consideramos constituyen razonamientos que se deben tener en cuenta en la evolución del derecho ambiental nacional. Uno dice relación con la introducción de la argumentación jurídica basada en los principios ambientales y un segundo con la aplicación de normas internacionales de derechos humanos que modifican directamente el derecho ambiental nacional. En ambos asuntos se confirma que la Corte Suprema, en particular la Tercera Sala, ha manifestado una intención de intervenir decididamente en la configuración de la protección ambiental, al menos respecto de los proyectos y actividades que se someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

1. La utilización de los principios jurídicos en la resolución de conflictos ambientales

La deducción de los principios generales del derecho ambiental desde las diversas fuentes del derecho no se realiza de manera aislada. El desarrollo y caracterización de un principio puede estar basado en todas las fuentes. Es más, muchas veces tiende a confundirse con las mismas. Por ejemplo, si se considera el principio de participación o audiencia al ciudadano en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, inmediatamente se lo asocia con el derecho de defensa garantizado constitucionalmente. Pero, si bien existe una relación entre dicha garantía constitucional y el principio, la participación en el procedimiento administrativo, en especial dentro del procedimiento de tipo sancionador, alcanza más aspectos que el mínimo garantizado por el derecho de defensa.

Es preciso considerar que los principios del derecho ambiental deben reunir las características de todo principio jurídico, es decir, se debe tratar de: (a) *principios*: en cuanto son piezas fundamentales (de la arquitectura) del ordenamiento jurídico ambiental; (b) *generales*: por cuanto trascienden el precepto en concreto para organizar, articular y dar sentido a una pluralidad de ellos, en

4 Cordero Vega, "Corte Suprema y medio ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?", en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012, pp. 359 y ss.

5 *El Mercurio Legal*, Zúñiga, Francisco, "Sentencia Central y Puerto Castilla", 30 de agosto de 2012.

una determinada materia jurídica (más o menos amplia); y (c) *de derecho*: ellos no están fuera del derecho, sino dentro del mismo (no son principios éticos), es decir, son normas jurídicas. De allí la dificultad para distinguir ontológicamente un principio general de una regla jurídica general.

Los principios generales del derecho “despliegan una triple eficacia: heurística,⁶ resolviendo los problemas interpretativos que –para hallar la solución jurídica correcta– surjan en el manejo y la aplicación de las normas y aun de los simples actos; inventiva, dando cobertura al hallazgo de reglas y soluciones nuevas; y organizativa, ordenando las normas y los actos heterogéneos y aun discrepantes.⁷ Y esta función, con tal triple eficacia, asegura además al ordenamiento jurídico la necesaria flexibilidad para, en su dinámica, adaptarse a las circunstancias diversas y a la evolución social. En este sentido son normas de segundo grado”.⁸

El juez está llamado a aplicar el derecho vigente, no a crearlo. Esta frase tan sencilla, no debe llamar a engaño respecto de la complejidad de la actividad del juez. Es común que el juez, enfrentado a un caso, encuentre que este no está regulado expresamente, que la ley contiene una laguna, que la solución al caso es contradictoria o, sencillamente, que la solución legal dada al caso no es justa. En todas estas situaciones, no será posible la simple tarea de subsunción entre norma y caso: el juez deberá, él mismo, desarrollar la regla que resuelve el caso, deberá asumir una labor creativa. De esta actividad, surgirán los llamados principios de derecho de elaboración judicial (*Rechtssprechungsgrundsätze*), que son creados y aplicados por el juez. Esto es lo que ha estado ocurriendo en el último tiempo con la jurisprudencia en materia ambiental de la Corte Suprema, sobre todo a raíz del descubrimiento del principio de prevención.

En el derecho ambiental los principios jurídicos tienen como función servir de elementos de interpretación, concretización y desarrollo de la propia ley y del ordenamiento en general. Mientras del legislador emana una ley que debe estar ajustada a la Constitución, el juez debe aplicar la misma procurando concretizarla y desarrollarla, pero no corregirla. Entre la frialdad de

6 Heurística: Arte de inventar; busca o investigación de documentos o fuentes históricas (RAE). En tal sentido, habría que hablar más bien de función interpretativa o auxiliar de la labor hermenéutica.

7 Los principios jurídicos, en cuanto instrumento de organización, permiten determinar si entre las diversas normas existen conexiones, de las que puedan surgir *criterios de orden y clasificación*. Por ejemplo, las normas sobre responsabilidad, sobre intervención en el procedimiento, etc.

8 Parejo Alonso, Luciano, *Manual de derecho administrativo*, (Editorial Ariel Derecho) 4^{ta} edición, 1996, p. 207.

la norma positiva y la contingencia del caso concreto que se debe regular, los principios generales del derecho ambiental actúan como una especie de bálsamo o engrase, permitiendo una mayor pulcritud y fineza en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Es por ello que resulta tan difícil asignar un lugar a los principios generales de derecho dentro del rango de fuentes, dado que su función no es la de imponerse por sobre otras normas de supuesto inferior nivel (es decir, por no tener un efecto derogatorio), sino facilitar o justificar la aplicación de otra fuente. En tal sentido, los principios generales del derecho tienen un valor subsidiario dentro del esquema de las fuentes, que se aprecia en las sentencias que se pasan a comentar.

1.1. La aplicación de los principios en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema permite concluir que esta se encuentra más apegada a la aplicación de razones de principio que a una norma positiva para fundar sus razonamientos en materia ambiental. No deduce el principio del ordenamiento jurídico, sino que lo formula primero para luego aplicarlo en la interpretación de una norma o en la revisión de una decisión administrativa. Así, por ejemplo, en la sentencia de Río Cuervo⁹ la Corte Suprema parte fundando su razonamiento en una advertencia, señalando que: “cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, este debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar”.¹⁰ Esta declaración inicial corresponde a la labor que deben cumplir los principios: no sustituir a la norma positiva sino servir de bálsamo aplicador de las mismas y permitir su aplicación justa. Sin embargo, como se ha dicho, tal labor implica una deducción del principio desde el ordenamiento jurídico y no al revés. La actuación de lógica inversa de los juzgadores, que no siempre deducen el principio sino que lo formulan, resulta evidentemente criticable porque hace muy tenue la línea entre administración de justicia y activismo judicial.

En la jurisprudencia destacada en materia ambiental del último tiempo es posible apreciar una tendencia a fijar el concepto de los principios y una función interpretativa de los mismos. Tal es el caso del principio preventivo.

⁹ Corte Suprema, Rol 2463-2012, sentencia de fecha 11 de mayo de 2012.

¹⁰ *Ibid.*, considerando 5.

La Corte Suprema en primer término fija su concepto, para luego darle una función interpretativa de diversas normas del procedimiento administrativo de evaluación ambiental.

1.2. Fijación del concepto de principio preventivo

En la sentencia del asunto Río Cuervo, la Corte Suprema se explaya latamente en la conceptualización del principio preventivo al señalar que “[e]l principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que estos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”.¹¹

La conceptualización del principio preventivo en este caso es, en términos generales, correcta, ya que efectivamente implica una actuación previsoras frente a los riesgos, minimizándolos “de modo de aminorar o suprimir los efectos ambientales que pudieren derivarse de la actividad humana, incorporando medidas que vayan en tal sentido antes de ejecutar una determinada acción que se supone alteradora del medio en términos relevantes”.¹² Sin embargo, el tribunal se equivoca –aunque no resulta relevante para efectos de la conceptualización del principio preventivo– en entender que el principio precautorio “actúa bajo supuestos ya comprobados”. Ello porque, como

¹¹ *Ibíd.*, considerando 6.

¹² Guzmán Rosen, Rodrigo, *Derecho ambiental chileno, Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, (Planeta Sostenible) 2012, p. 43.

es sabido, el principio precautorio implica una actuación anticipada incluso frente a una baja posibilidad de riesgo o, sobre todo, con ausencia de certeza científica absoluta de riesgo.¹³

Respecto al concepto de principio preventivo, debe destacarse que, si bien su concepto puede ser aceptado, la Corte Suprema omite cualquier referencia a las normas o instrumentos de gestión ambiental desde los cuales puede deducirse la existencia del principio. El tribunal no estaba obligado a hacerlo; sin embargo, cuando no se citan las disposiciones constitucionales y legales desde los cuales trasunta un principio, se abre la duda de si la formulación del mismo correspondió al resultado de una labor de dogmática jurídica o, por el contrario, responde al deseo de quien lo formula.

1.3. El principio preventivo como herramienta para entrar en el control de la discrecionalidad técnica

Una discusión típicamente administrativista dice relación con la posibilidad de los tribunales de entrar en el análisis de los criterios técnicos que ha tenido el órgano administrativo específico para otorgar o no un acto administrativo favorable. Dependiendo de la formación del estudioso del derecho administrativo, ello se ha denominado como discrecionalidad técnica –para aquellos influenciados por el derecho español– o deferencia administrativa,¹⁴ para quienes recibieron influjos norteamericanos. En el asunto Río Cuervo, la Corte Suprema no tiene reparos para transformarse en tribunal contencioso-administrativo y ejercer los poderes genéricos que la Constitución le entrega en el artículo 20, entrando de lleno en la forma en que la autoridad ambiental aplicó la normativa relativa al procedimiento administrativo de evaluación. Para ello entiende que el Servicio de Evaluación Ambiental “ha incurrido en ilegalidad al dejar de aplicar el texto expreso de la ley y obviar los principios que la rigen, por haber dictado un Informe Consolidado de Evaluación que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento del Sistema

¹³ Bermúdez Soto, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2007, pp. 44-46.

¹⁴ En los Estados Unidos, la administración se encomienda a agencias administrativas creadas por la ley, que les otorga no solo facultades administrativas sino también funciones que en derecho estadounidense reciben el nombre de cuasi legislativas (*rulemaking*) y cuasi judiciales (*adjudication*). El 25 de junio de 1984 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó la sentencia *Chevron v. Natural Resources Defense Council* (467 US 837 [1984]), en la cual se estableció como doctrina a aplicar en los casos de interpretación administrativa de textos legales un doble criterio: en primer lugar, debe verificarse si en efecto se está ante un precepto legal ambiguo u oscuro en el que el legislador no haya establecido el criterio a adoptar en ese caso y, de darse este, los Tribunales deben otorgar deferencia a la interpretación realizada por la agencia administrativa, siempre que esta supere el test de razonabilidad.

de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación al artículo 27 del mismo cuerpo legal”.¹⁵ Sin embargo, la misma Corte en el caso El Morro había hecho presente la falta de idoneidad del recurso de protección para entrar en el análisis de los aspectos técnicos de la decisión administrativa.¹⁶

El problema radica en que al parecer la Corte entiende mal la forma en que opera el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, ICE) dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA) y la dificultad lógica en hacer jugar los artículos 24 y 27 del citado reglamento. En efecto, el inciso 2° del artículo 24 se pone en la situación del ICE que se expide directamente, sin necesidad de solicitudes de Adenda, pero este no era el caso de la evaluación del proyecto Río Cuervo. Es decir, no existía el supuesto de hecho en la aplicación de dicho precepto, el cual discurre sobre la base de estimarse que “dicho Estudio adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante Adenda”.¹⁷ Por su parte, la infracción al artículo 27, que se estima transgredido por el ICE, al desatender la observación formulada por el Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante SERNAGEOMIN), que señalaba que “se requiere que el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos (...); ello en el entorno inmediato del volcán Cay”,¹⁸ recuerda el clásico supuesto de abuso de poder, al dictarse un acto administrativo sin un fundamento suficiente, en la especie, el mencionado estudio geológico. Sin embargo, la Corte Suprema no se hace cargo de tres impor-

15 Corte Suprema, Rol 2463-2012, op. cit., considerando 7.

16 En efecto, en el asunto El Morro, la Corte de Apelaciones de Antofagasta (luego confirmada por la Corte Suprema) señalaba: “Que si bien la calificación desfavorable o no que debe efectuar la respectiva Comisión de Evaluación sobre un Estudio de Impacto Ambiental contiene numerosos documentos, informes e incluso resoluciones sectoriales que impiden al órgano jurisdiccional evaluar alguna acción u omisión de las que describe el artículo 20 de la Constitución Política de la República relativa a esta acción cautelar, no solo porque existe un procedimiento previamente establecido y muy pormenorizado, sino porque las numerosas decisiones técnicas requieren de estudios previos y de conocimientos específicos que el órgano jurisdiccional carece y, en consecuencia, no está en condiciones de revisar o auscultar cada una de estas actuaciones o sub procedimientos.

Desde este punto de vista, el recurso de protección no es idóneo para revertir decisiones de la autoridad administrativa en orden a la calificación favorable de un Estudio de Impacto Ambiental, porque además la acción cautelar requiere de derechos indubitados e inequívocos que ostenten los titulares de la acción para disponer el restablecimiento de los derechos o asegurar la debida protección a los afectados”. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011, sentencia de fecha 17 de febrero de 2012, considerando 8.

17 Reglamento del SEIA, art. 24.

18 Corte Suprema, Rol 2463-2012, op. cit., considerando 8.

tantes cuestiones básicas del procedimiento administrativo en relación con el mencionado ICE, a saber:

i. En relación con el procedimiento administrativo general, la sentencia en su decisión no asume ni descarta en parte alguna que el ICE constituye un acto trámite dentro del procedimiento administrativo. En tal sentido, este debe entenderse como inimpugnable, por aplicación del artículo 15 inciso 2° de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos. Se debe destacar eso sí, que el voto de minoría se refiere a este aspecto.

ii. Por su parte, respecto del procedimiento administrativo de evaluación, la sentencia no dice si una observación técnica del SERNAGEOMIN, formulada en una etapa temprana del procedimiento administrativo de evaluación, había sido contestada a través de las respectivas Adendas. Es evidente que responder a esa interrogante implica un análisis jurídico que presupone una actividad probatoria dentro de la tramitación de la acción de protección que, como se sabe, no está diseñada para ello. Es claro que la instauración de la nueva jurisdicción ambiental resolverá este problema, ya que ante ella se deberán debatir los problemas de motivación o fundamento técnico de una resolución de calificación ambiental (en adelante, RCA). En este mismo sentido se había pronunciado la Corte Suprema en el asunto El Morro.

iii. Tampoco resulta claro si hubo o no un problema de coherencia administrativa en lo actuado por la autoridad sectorial, ya que el ICE, en cuanto informe final de la evaluación previo a la calificación, debe ser visado positiva o negativamente por los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (art. 27 Reglamento del SEIA). En efecto, no se aclara en la sentencia si se procedió o no a la visación del ICE por parte del SERNAGEOMIN. El problema de esta omisión no radica en si el SERNAGEOMIN tuvo razones o no para su cambio de postura –por ejemplo, si en la Adenda hubiere quedado resuelta su observación– sino en que, de acuerdo con el diseño del SEIA, la Comisión Regional de Evaluación, al calificar el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, debe considerar entre otros antecedentes al ICE (artículo 34 RSEIA), aunque no se encuentra vinculada por los pronunciamientos sectoriales que se hubieren emitido en él.

1.4. El principio preventivo como instrumento para controlar el objeto de la decisión administrativa

En el caso del recurso de protección del proyecto de la Termoeléctrica Castilla,¹⁹ la Corte Suprema utilizó el principio preventivo como regla para aceptar la impugnación de lo que estimó como una división ilegal del proyecto. Así, en el considerando 28, señaló que “en la perspectiva de lo razonado, singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual ‘se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos’. En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, pues no puede soslayarse que la interconexión comprende la transferencia de Petróleo Diesel y Carbón, ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circularán”.

Sin embargo, el recurso al principio preventivo no fue utilizado para sancionar el aparente fraccionamiento, sino que para realizar aquello para lo que directamente fue concebido el SEIA, es decir, evaluar actividades o proyectos que se estima provocan impactos ambientales. En efecto, en el considerando 29, la Corte Suprema, expresamente declara “[q]ue de acuerdo a lo expuesto, y apreciados todos los antecedentes citados conforme a las reglas de la sana crítica, no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente”. Lo que reafirma en el considerando 30 al señalar que, al omitirse la evaluación de la conexión entre central termoeléctrica y puerto, “[e]llo produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta vía de protección, exigiendo como medida de tutela la nueva presentación de los proyectos a evaluación ambiental, pero ahora considerando la integralidad de la actividad, esto es, en forma conjunta incorporando así en la línea de base la conexión del Puerto Castilla con la Central Termoeléctrica del mismo nombre”.

La Corte Suprema no sanciona el fraccionamiento sino la falta de evaluación de uno de los aspectos del proyecto, esto es, el transporte del combustible entre

19 Corte Suprema, Rol 1960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto de 2012.

puerto y central termoeléctrica. En consecuencia, la sentencia de Castilla en realidad pretende sancionar el no sometimiento al SEIA de una parte del proyecto y no la evaluación separada de dos actividades que se someten a la evaluación por dos literales distintos del artículo 10 LBGMA. Aquí nuevamente entran en juego las facultades de la Corte a propósito del recurso de protección en que, para restablecer el imperio del derecho, anula la resolución de calificación ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, en este punto al menos, el derecho administrativo ofrece instrumentos más precisos que la nulidad total del acto administrativo: podría haberse condenado a la recurrida a que sometiera al SEIA la actividad que la acción de protección entendía debía evaluarse. En este caso, el recurso de protección operaría como una acción de condena a dictar un acto, en que se persigue condenar a la Administración del Estado a que dicte un acto administrativo cuando lo ha omitido ilegalmente.²⁰

También tuvo oportunidad la Corte Suprema de pronunciarse acerca del fraccionamiento de proyectos a propósito del discutido asunto Hidroaysén.²¹ En efecto, en su sentencia del 4 de abril de 2012, señaló como una conclusión general para el problema del fraccionamiento de proyectos que no podía concluirse que el ordenamiento jurídico exigiera perentoriamente que ambos proyectos (en la especie, la central hidroeléctrica y la línea de transmisión eléctrica) se presentaran a evaluación en forma conjunta.²²

Agregó, en el considerando 27, que si, “como producto de la presentación y evaluación del proyecto de líneas de transmisión se verificare un efecto sinérgico en relación al proyecto relativo a las centrales que no haya sido contemplado, puede procederse a la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental de este último, tal como lo permite el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 que faculta la revisión excepcional de oficio o a petición del titular o del directamente afectado cuando, ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”. Aquí la Corte utiliza un argumento para descartar el fraccionamiento que contraría totalmente al principio preventivo, ya que, como vía remedial para la evalua-

20 Bermúdez Soto, *Derecho administrativo general*, (Thomson Reuters-Abeledo Perrot), 2ª edición, 2011, pp. 436-437.

21 Corte Suprema, Rol 10220-2011, sentencia de fecha 4 de abril de 2012.

22 *Ibid.*, considerando 26.

ción separada de los proyectos, señala que siempre se podrá utilizar la vía del artículo 25 quinquies, es decir, cuando las variables ambientales evaluadas hayan variado sustancialmente, lo que solo se podrá apreciar una vez que el proyecto ya se encuentre en alguna fase de ejecución

2. Aplicación directa de normas de derechos humanos que modifican instrumentos de derecho ambiental

Uno de los temas discutidos por la jurisprudencia en materia de recursos de protección durante 2012 ha sido la procedencia de la consulta indígena en los procedimientos de autorización de proyectos de inversión sobre recursos naturales que puedan afectar a comunidades indígenas en nuestro país. Esta discusión se ha planteado mayoritariamente en relación con el SEIA, aunque existe un fallo que se pronuncia sobre la consulta en un procedimiento administrativo distinto: el otorgamiento de una concesión de energía geotérmica. El objetivo de esta sección es analizar el contexto de esta discusión jurisprudencial, los argumentos que han sido planteados por las partes y lo que finalmente han resuelto las Cortes.

Cabe recordar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169), ratificado por Chile, contempla el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6.1), derecho que se establece también respecto de la situación específica de la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales de dominio público –o sobre los cuales el Estado tenga derechos– y que se encuentren en tierras indígenas (artículo 15.2).

Los siguientes son los principales aspectos que han sido debatidos en esta materia:

2.1.1. Obligación de ingresar al SEIA por Estudio y no por Declaración de Impacto Ambiental y de cumplir con estándares de consulta en la etapa de participación ciudadana

Desde el inicio de la vigencia del Convenio 169 en el país se ha discutido acerca de la idoneidad del SEIA para implementar el proceso de consulta indígena respecto de las medidas que autorizan proyectos de inversión sobre los recursos naturales.²³ Cabe preguntarse, para guiar esta discusión, si el SEIA permite cum-

23 Al respecto, ver 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 *Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing) 2010, pp. 445-470.

plir con los estándares que exige la consulta indígena de acuerdo con el Convenio 169. Es decir, si el SEIA admite una consulta previa,²⁴ de buena fe, mediante procedimientos adecuados, a través de instituciones representativas y con el objetivo de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento.²⁵ La discusión, por lo tanto, debe centrarse en el análisis de la compatibilidad de los instrumentos identificados: la afinidad del SEIA con la naturaleza de la consulta indígena. Ciertas características del instrumento ambiental pueden ser incompatibles con algunos estándares de la consulta. Por ejemplo, la ausencia en el SEIA de una etapa de evaluación de alternativas de un proyecto de inversión, incluida la alternativa de no realizar el proyecto, puede constituir un impedimento para la realización de una consulta temprana que permita a los pueblos indígenas influir sustantivamente en la decisión. Asimismo, al tener el SEIA como objetivo evaluar los impactos ambientales de un proyecto –por muy amplio que sea el concepto de medio ambiente en la legislación nacional– puede resultar un mecanismo estrecho para considerar los impactos sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. El alcance del SEIA, que solo exige la evaluación de ciertos proyectos de inversión, también puede significar un obstáculo para la adecuada implementación de la consulta indígena contemplada en el Convenio 169.

Sin embargo, el alcance de la discusión jurisprudencial en esta materia ha tomado un camino distinto. En efecto, lo que se ha sometido a conocimiento de los tribunales no ha sido la idoneidad del SEIA para cumplir con los estándares de la consulta, sino, por el contrario, si este se ha aplicado correctamente respecto de aquellos proyectos de inversión que pueden afectar a comunidades indígenas. En particular, la discusión se ha focalizado en analizar la exigencia de someter, mediante un Estudio de Impacto Ambiental, los proyectos de inversión al SEIA.

Durante 2012, se fallaron cuatro recursos de protección sobre este aspecto: los interpuestos contra las resoluciones de calificación ambiental que autorizaban los proyectos “Parque Eólico de Chiloé”,²⁶ “Sondajes de Prospección

24 En la etapa más temprana posible, de manera que los pueblos indígenas puedan participar genuinamente y con la posibilidad de influir en los procesos de toma de decisiones.

25 Respecto a los estándares de la consulta indígena, ver Contesse, Jorge, “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, en Contesse (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho UDP (Ediciones UDP) 2012, pp. 194-201.

26 Corte Suprema, Rol 10090-2011, sentencia de fecha 22 de marzo de 2012; y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 239-2011, sentencia de fecha 11 de octubre de 2011.

Paguanta”²⁷, “El Morro”²⁸ y “Línea de Transmisión Melipeuco-Freire”²⁹. Tres de estos proyectos ingresaron al SEIA por Declaración de Impacto Ambiental, por lo que en ellos la discusión se centró en la obligación de ingresar por Estudio. En el caso de El Morro, en cambio, el proyecto ingresó por Estudio de Impacto Ambiental, pero se reclamó –entre otros aspectos– el incumplimiento de los estándares exigidos por el Convenio 169 en el proceso de participación ciudadana realizado en la evaluación ambiental.

En cuanto a la obligación de someter los proyectos vía Estudio de Impacto Ambiental cuando existen comunidades indígenas involucradas, en los dos primeros casos –Parque Eólico y Paguanta–, la Corte Suprema acogió los recursos ordenando la realización del respectivo Estudio; en cambio, en el caso de la Línea de Transmisión, no admitió tal pretensión. Por su parte, las Cortes de Apelaciones tampoco fueron uniformes en sus fallos: las de Puerto Montt y Temuco resolvieron favorablemente los recursos de protección en cuestión, mientras que la de Iquique no lo hizo. Ello demuestra que siguen existiendo diferencias de interpretación en torno a este punto.

Los argumentos planteados por los recurrentes respecto de los tres proyectos ingresados por Declaración al SEIA son similares y se fundan en el hecho que en tales proyectos se generan algunos de los efectos que contempla el artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente,³⁰ por lo que, a su juicio, debieron someterse al SEIA a través de un Estudio y no de una Declaración de Impacto Ambiental. Además, sostienen que no se cumplió con el deber de consulta previa a los pueblos indígenas, tratándose de una decisión administrativa que los afectaba directamente. La garantía que los recurrentes, en todos los casos, consideraron vulnerada por las distintas RCA es la del artículo 19 N° 2, el derecho a la igualdad. En el caso del Parque Eólico se agrega la garantía del artículo 19 N° 21; en el del proyecto Paguanta la del artículo 19 N° 8; en el de la línea de transmisión, las garantías del artículo 19 N° 6 y N° 8; y en El Morro, las del artículo 19 N° 8, N° 21, N° 24 y N° 26.³¹

27 Corte Suprema, Rol 11040-2011, sentencia de fecha 30 de marzo de 2012; y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 472-2011, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011.

28 Corte Suprema, Rol 2211-2012, sentencia de fecha 27 de abril de 2012; y Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011, op. cit..

29 Corte Suprema, Rol 1602-2012, sentencia de fecha 8 de junio de 2012; y Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 349-2011, sentencia de fecha 20 de enero de 2012.

30 Los literales del artículo 11 invocados son los d), e) y f).

31 Un buen análisis de la jurisprudencia sobre el Convenio 169 desde la perspectiva de las garantías vulneradas se puede ver en Insunza, Ximena, “Análisis jurisprudencial del Convenio 169 y la

Las sentencias de la Corte Suprema sobre los proyectos Parque Eólico de Chiloé y Sondajes de Prospección Paguanta son similares en su razonamiento. Señalan que las RCA en estos casos no cumplen con la obligación de fundamentación de los actos administrativos, debido a que no son fruto de un claro proceso de consulta en que se hayan tenido en cuenta “las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas”³² o “las aspiraciones y formas de vidas”³³ de las comunidades originarias interesadas. Para ilustrar las características y los objetivos que debe tener un proceso de consulta indígena, sostienen –en términos casi idénticos– que las reuniones informativas sobre la descripción del proyecto y sobre lo que se pretende desarrollar a futuro no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese contexto, no tienen posibilidades reales de influir en la gestación, ubicación y desarrollo del mismo, con el objeto de proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad.³⁴ De esta manera –y sin entrar a analizar si se generan o no los efectos del artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente–, revocan las RCA y ordenan que los proyectos se sometan a un Estudio de Impacto Ambiental cuyo procedimiento de participación ciudadana se rija por los estándares del Convenio 169.

En el ya citado caso del proyecto “El Morro”, la Corte se pronuncia sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas al sostener que el Estudio de Impacto Ambiental discriminó a una comunidad indígena al no considerarla como tal, incluyendo en esa calidad solo a un número muy reducido de personas indígenas, respecto de las cuales adoptó medidas específicas de compensación y mitigación. Expresamente señala respecto a la comunidad que no fue reconocida como indígena –la comunidad agrícola de los Huasco Altinos– que “tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un vasto terreno (...)”.³⁵

vulneración de las garantías constitucionales”, en *Justicia Ambiental*, Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), 4, 2012, pp. 217-241.

32 Corte Suprema, Rol 10090-2011, op. cit., considerando 9.

33 Corte Suprema, Rol 11040-2011, op. cit., considerando 10.

34 Corte Suprema, Rol 10090-2011, op. cit., considerando 8 y, Corte Suprema, Rol 11040-2011, op. cit., considerando 9.

35 Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 618-2011, op. cit., considerando 11.

Por último, la Corte Suprema, en la sentencia del caso de la línea de transmisión Melipeuco-Freire, focaliza su análisis, antes que en los estándares de la consulta, en la procedencia o no de un Estudio de Impacto Ambiental en el caso en cuestión, llegando a la conclusión –a partir de los antecedentes del caso– que no se da ninguno de los efectos, características o circunstancias que justifican tal Estudio y sosteniendo que no es posible establecer que el proyecto afecte a las comunidades reclamantes. De esta manera revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco –que había llegado a la conclusión contraria a partir de los mismos antecedentes, ordenando el ingreso del proyecto mediante Estudio y la obligación de realizar una consulta indígena en los términos del Convenio 169– y rechaza el recurso de protección deducido contra la RCA que autorizó el proyecto.

Es interesante resaltar que el razonamiento de la Corte Suprema para adoptar su decisión en el último caso es inverso al realizado en los casos anteriores: al centrar su argumentación en la procedencia del EIA y no de la consulta indígena –como en el Parque Eólico y Paguanta–, transforma la exigencia de un EIA en el requisito *sine qua non* de la consulta dentro del SEIA.

2.2. Alcance del término afectación “directa”

Otro aspecto discutido dice relación con qué se entiende por el requisito de “afectación directa” que establece el artículo 6.1 del Convenio 169. Analizaremos dos sentencias a este respecto:

La primera es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza el recurso de protección interpuesto contra el decreto que adjudica y otorga concesión de exploración de energía geotérmica a la empresa Ormat Andina Energía Limitada en el área denominada “Solipulli”, ubicada en cuatro comunas de la Provincia de Cautín en la Región de la Araucanía.³⁶ El fundamento del recurso interpuesto contra el decreto que otorga la concesión radica en el incumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas que exige el Convenio 169, por cuanto tal medida administrativa sería susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas del área de “Solipulli”. La Corte, no acoge esta pretensión y sostiene que “en la presente etapa de concesión de la exploración geotérmica, esto es, reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo, en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión,

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 9431-2012, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012.

es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas, lo cual de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto”.³⁷ A continuación previene que deberá “darse cumplimiento al proceso de consulta y participación de comunidades originarias que puedan ser afectadas por la realización de proyectos como los de energía geotérmica en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 (...)”.³⁸ Llama la atención que ni los recurrentes ni la Corte recordaran lo dispuesto por el artículo 15.2 del Convenio 169 que expresamente señala que procede la consulta tanto para la prospección como la explotación de los recursos naturales de titularidad del Estado en tierras indígenas.

La segunda sentencia relevante en esta materia es de la Corte Suprema en el caso de la Línea de Transmisión Melipeuco-Freire, que también elabora el alcance del requisito de la afectación directa al sostener que los efectos que contempla el artículo 11 de la LBMA, en sus letras c), d) y f), no constituyen por sí mismos manifestación de afectación directa en la medida que no se justifique alguna afectación a los derechos de los pueblos originarios en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar.³⁹

2.3. Alcance del concepto de “tierras” indígenas

Algunas sentencias dictadas durante 2012 han establecido que el concepto de tierra indígena debe entenderse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 19.253, que exige la concurrencia de determinados requisitos jurídicos para tener la calidad de tal: en particular, debe tratarse de aquellas tierras que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley.⁴⁰

Sin embargo, otras sentencias han realizado una interpretación más amplia del concepto de tierras indígenas, incorporando la idea de “territorio indígena” en los términos del Convenio 169. Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que se pronuncia sobre el recurso de pro-

³⁷ *Ibíd.*, considerando 10.

³⁸ *Ibíd.*, considerando 11.

³⁹ Corte Suprema Rol 1602-2012, *op. cit.*, considerandos 5, 6 y 7.

⁴⁰ Corte Suprema Rol 1602-2012, *op. cit.*, considerando 4 y Corte Suprema Rol 3863-2012, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012, considerandos 8 y 9.

tección interpuesto por diversos comuneros mapuche-huilliche,⁴¹ a raíz de “la tala ilegal iniciada sobre árboles milenarios que constituyen el cordón de protección y parte esencial del Ngen Mapu Quintuante, espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche a la que pertenecen los recurrentes, en el que hacen regularmente ceremonias tradicionales (...)”, se reconoce que el territorio en cuestión es “sagrado para la comunidad mapuche-williche”, por lo que los actos impugnados “vulneran el Convenio 169, que considera fundamental respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas, incluyendo su forma de manifestar su religiosidad”.⁴² Cabe señalar que la Corte Suprema revoca esta sentencia precisamente por considerar que fueron los recurrentes los que realizaron un acto ilegal consistente en la “ocupación del terreno de propiedad del recurrido”, hecho que considera vulneratorio de la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución.⁴³

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmada por la Corte Suprema, que resuelve el recurso de protección interpuesto en el caso del Proyecto El Morro, sostiene, cuando argumenta que debió haberseles reconocido la calidad de indígenas a la comunidad agrícola de Los Huasco Altinos, que el propio Estudio de Impacto Ambiental destaca “que los ingresos de estas personas no constituye lo esencial sino también el aspecto cultural en cuanto organiza la vida familiar y las actividades centrales en el proceso de formación de recursos para la economía familiar”, los que “constituyen antecedentes que este estudio debió considerar específicamente para la entrega de terrenos, generación de sector de pastoreo, habilitaciones de sectores en condiciones de pastoreo invernal que reconozca la existencia de los mismos”.⁴⁴

2.4. Adopción de estándares de proporcionalidad en la aplicación de la consulta en el SEIA

La Corte Suprema, al resolver el recurso interpuesto en el caso de la línea de transmisión de Melipeuco-Freire, incorpora a su razonamiento un análisis de proporcionalidad. En efecto, al referirse a que el proyecto utilizaría una ex faja ferroviaria como vía en aquella parte del tramo objeto de controversia por las

41 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 511-2011, sentencia de fecha 4 de mayo de 2012.

42 *Ibíd.*, considerando 15.

43 Corte Suprema Rol 3863-2012, *op. cit.*, considerando 11.

44 Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 618-2011, *op. cit.*, considerando 11.

comunidades indígenas aledañas, señala que jamás se argumentó que dichos terrenos prestaran funciones ambientales relevantes o incluyeran sitios de significación cultural. Es por ello “que finalmente esta Corte estima necesario dejar consignado que, sin desconocer el carácter preventivo que informa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tampoco se puede prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de esta materia”.⁴⁵

3. Conclusiones

La actividad jurisdiccional en materia ambiental durante 2012 ha establecido una serie de reglas y principios que aparentemente constituyen lo que debemos reconocer como jurisprudencia y, por tanto, como una verdadera *ratio decidendi*. Ello es apreciable con claridad a propósito de la formulación del principio preventivo y en la fijación de ciertos criterios aplicables en materia de consulta indígena. En ambas materias, las argumentaciones elaboradas por los tribunales superiores han llegado a constituir razones sobre las cuales se han adoptado las decisiones judiciales específicas en estas materias. Es decir, han sido consideradas por los propios tribunales como la base sobre la cual descansan sus decisiones. Sin embargo, no debe soslayarse que las sentencias judiciales bajo análisis pueden también ser manifestación de una determinada integración de la Tercera Sala de la Corte Suprema, con lo que las razones consideradas por una mayoría eventual no necesariamente se mantendrán en casos posteriores que sean juzgados por una sala con una integración diferente.

Junto a lo anterior, se deben destacar puntos dudosos en la jurisprudencia examinada. Uno de ellos corresponde a la ya manida discusión respecto de la idoneidad para discutir en sede de recurso de protección asuntos de lato conocimiento o que necesariamente requieren de un término probatorio. Además, se debe destacar que la Corte Suprema, al menos en materia ambiental, no ha tomado aún la decisión clara de si entrará o no en el control de la discrecionalidad técnica, o aplicará un criterio de deferencia administrativa. Ello se aprecia claramente cuando, en algunos casos, no tiene problema en estimar que el poder que le entrega la Constitución es amplio, entrando directamente en aspectos técnicos (como en los asuntos Castilla y Río Cuervo); por el contrario, en otros estima que no es la vía para realizar dicho análisis (asuntos Hidroaysén y El Morro). Tampoco es apreciable una única línea jurisprudencial

⁴⁵ Corte Suprema Rol 1602-2012, op. cit., considerando 9.

a propósito de ciertos conceptos relacionados con la consulta indígena, tales como el alcance de la expresión “tierras indígenas” en nuestro ordenamiento jurídico (en los casos sobre la Línea de Transmisión de Melipeuco-Freire y de la tala ilegal de árboles en terrenos ceremoniales de una comunidad indígena) o los requisitos que exige una afectación directa. En relación con estos puntos solo se constata la consideración de estándares distintos de protección a las poblaciones protegidas.

En definitiva, la pregunta acerca de si los pronunciamientos de nuestros tribunales superiores de justicia constituyen verdadera jurisprudencia sigue abierta. Es muy probable que varios de los fallos actuales, simplemente, sean *obiter dictum* y no constituyan verdadera *ratio decidendi*. Lo anterior seguirá ocurriendo porque la Corte Suprema, en muchos de sus casos, en realidad está resolviendo carencias de la regulación o deficiencias del diseño de las instituciones, lo que no constituye jurisprudencia. Es solo derecho del caso concreto.

NULIDAD Y DICTAMINACIÓN DE CONTRALORÍA: NUEVAS FORMAS DE DECLARACIONES DE ILEGALIDAD. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL CASO CMPC

Luis Cordero Vega¹

Resumen

El propósito del presente trabajo es explicar, a partir de una sentencia reciente de la Corte Suprema, las complejas relaciones institucionales que se dan en la invalidez de los actos administrativos en el derecho administrativo chileno. En el caso CMPC, la Corte validó la dictaminación de la Contraloría como un medio legítimo de declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo, lo que implica sincerar el rol cuasijurisdiccional que está cumpliendo la Contraloría en la solución de los problemas entre la Administración y los particulares.

1. Antecedentes

En diciembre del año pasado la Corte de Apelaciones de Santiago,² en una sentencia posteriormente confirmada con declaración por la Corte Suprema,³ resolvió uno de los casos más interesantes ocurridos en el último año en materia de invalidez de decretos supremos como consecuencia de la potestad dictaminadora de la Contraloría, y que da cuenta de los dilemas que enfrenta el derecho administrativo chileno en cuestiones asociadas a la declaratoria de ilegalidad de los actos administrativos.

En efecto, como he señalado en un trabajo anterior,⁴ la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República se ha transformado en un sus-

1 Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nffl 196-2011, sentencia de fecha 19 de diciembre de 2012.

3 Corte Suprema, Rol Nffl 17-2013, sentencia de fecha 30 de enero de 2013.

4 Ver, en este sentido, mi trabajo Cordero, Luis, "La jurisprudencia administrativa: Entre legislador positivo y juez activista", en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2010. Para una discusión pormenorizada de los dilemas que genera la jurisprudencia administrativa en relación a la jurisdiccional, ver nuestro trabajo Cordero, "Los límites a de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del derecho administrativo: Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar", en *Derecho y Humanidades*, 20, 2013.

tituto de la jurisdicción contenciosa administrativa en la medida en que, sobre la base de ejercer una atribución de “interpretación de la ley administrativa”, en una buena cantidad de ocasiones, resuelve disputas entre partes en las que está involucrado un acto de la Administración.

El caso CMPC demuestra en toda su magnitud estos efectos y además permite analizar cómo la jurisprudencia judicial está respaldando esta manera de resolver las controversias jurídicas entre los particulares y el Estado. Los hechos que sirvieron de base al caso quizá permitan dimensionar la importancia de esta discusión.

2. Los hechos del caso

La empresa CMPC Maderas S.A. (CMPC) solicitó a Contraloría un pronunciamiento sobre la legalidad de los cobros que venía realizando el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) desde 2005 en base al Decreto Supremo (DS) 109 del Ministerio de Agricultura,⁵ que le permitía el cobro de tarifas por la prestación de servicios de inspección y certificación de productos forestales.⁶ La tesis central de los solicitantes era que el DS, al establecer la tarifa, incorporaba cobros ilegales porque abarcaba materias respecto de las cuales las actuaciones del SAG eran gratuitas y, además, agregaba costos indirectos que debían estar en el presupuesto del servicio.

Contraloría encontró razón a los solicitantes y ordenó a la autoridad administrativa que dejara sin efecto el DS cuestionado y se dictara uno nuevo, ajustándose a los criterios normativos señalados en el dictamen.⁷ Sobre la

5 DS sobre “Inspección y certificación de productos forestales de exportación”, publicado en el Diario Oficial el 28 de febrero de 2005.

6 La Ley 18.755, que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, señala que: Artículo 7°. Corresponderán al Director Nacional las siguientes funciones y atribuciones: ñ) Proponer las tarifas y derechos que deban cobrarse por las prestaciones y controles que efectúe el Servicio, los que se fijarán por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará, además, la firma del Ministro de Hacienda. Dichas tarifas y derechos deberán ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado. El Director Nacional podrá liberar del pago de tarifas y derechos cuando el control que efectúe el Servicio recaiga sobre bienes destinados a la investigación o a otros fines científicos.

7 El Dictamen N° 40.235, de 2006, sostuvo que: (...) los interesados plantean la improcedencia de que el Servicio Agrícola y Ganadero cobre tarifas por aquellas actividades que está obligado a realizar en el ejercicio de la función pública y que debe cumplir de oficio, como ocurre con las que menciona el artículo 3° de la ley N° 18.755, en sus literales a), b), c), e), f), k), l), m), que se refieren, en general, a la aplicación y fiscalización de las normas legales y reglamentarias sobre prevención, control y erradicación de plagas y enfermedades de los animales y vegetales, de vigilancia y diagnóstico de las enfermedades silvoagropecuarias existentes en el país o susceptibles de presentarse y de la adopción de todas aquellas medidas que sean necesarias para el logro de esas finalidades. Al respecto, cabe manifestar que, como quiera que tales labores son precisamente aquellas que la citada entidad está, por mandato legal, obligada a servir de oficio, esto es, con prescindencia

base de este dictamen, el Ministerio de Agricultura emitió un nuevo DS (607 de 2006), excluyendo de las tarifas los costos objetados por Contraloría.⁸

Dicho Decreto expresamente citó el dictamen en sus considerandos, pero señaló en su parte final que no tenía efectos retroactivos, de modo que los cobros realizados en el tiempo intermedio –el que cuestionaba la Contraloría– se encontraban legalmente cobrados y no procedía devolución alguna.⁹

Atendido el contenido del dictamen y el nuevo DS, CMPC demandó al SAG de cobro de pesos por el monto de las tarifas “ilegalmente” cobradas en el tiempo que medió entre marzo de 2005 y agosto de 2006. Ello atendido

del requerimiento de terceros, **no cabe duda, compartiendo el criterio de los recurrentes**, que el costo que ellas implican debe ser solventado con cargo a los recursos que para tal efecto le asigne la ley de presupuestos, **sin que entonces tenga cabida la aplicación de la preceptiva legal que autoriza la fijación de los derechos y tarifas que se ha venido analizando.**
[...]

Ahora bien, de los antecedentes relativos al proceso tarifario de que se trata, se ha podido determinar que el Ministerio de Agricultura, al fijar las aludidas tarifas, a través de los mencionados decretos exentos N°s 108 y 109, **ha procedido a incluir, indebidamente**, en esos valores, bajo la denominación de “distribución de costos asociados”, sumas por concepto de las funciones antes mencionadas, que, como se ha visto, constituyen labores que el Servicio Agrícola y Ganadero debe cumplir de oficio. (...) **no ha correspondido incluir** en la determinación de tales valores tarifarios los costos atinentes a aquellas funciones que la misma repartición debe realizar de oficio, en cumplimiento de la ley, por cuanto ellas deben financiarse con cargo a los fondos presupuestarios pertinentes.

En mérito de lo anterior, resulta entonces pertinente que el Ministerio de Agricultura adopte las medidas que correspondan, tendientes a modificar los decretos exentos mencionados, con el objeto de que las tarifas que aquellos fijan se ajusten sobre la base de las conclusiones consignadas en el presente oficio.

8 El nuevo DS señaló que las nuevas tarifas entraban en vigencia el 1 de septiembre de 2006, fecha en que fue probablemente comunicado el dictamen. Ello pese a que este último Decreto fue dictado el 15 de diciembre de 2006 y publicado en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2007.

9 El nuevo Decreto señala:

- 1.- Que por decreto exento N° 109, de 22 de febrero de 2005, de Agricultura, se fijaron las tarifas por la certificación de productos forestales de exportación;
- 2.- **Que la Contraloría General de la República, en dictamen Nffl 40.235, de 28 de agosto de 2006, se pronunció sobre una presentación de la Corporación Chilena de la Madera A.G. y otras entidades gremiales, que impugnaron la legalidad del decreto señalado y declaró que ha sido procedente que el Ministerio de Agricultura, a proposición del Servicio Agrícola y Ganadero, haya fijado las tarifas considerando tanto los costos directos como los asociados que se generen por la prestación de las labores de inspección y de certificación que realice dicho Servicio, a petición de terceros. Agrega, además, que no ha correspondido incluir en la determinación de tales valores tarifarios, los costos atinentes a aquellas funciones que la misma repartición debe realizar de oficio, en cumplimiento de la ley, costos que deben financiarse con cargo a los fondos presupuestarios pertinentes.** Concluye que, en mérito de lo anterior, el Ministerio de Agricultura debe adoptar las medidas que correspondan, tendientes a modificar los decretos exentos que fijaron las tarifas analizadas;
- 3.- **Que los dictámenes que emite el Contralor General son obligatorios para los servicios y funcionarios correspondientes**, en el caso o casos concretos a que se refieran, debiendo implementarse las modificaciones correspondientes con la mayor oportunidad, a contar de la fecha de su emisión, y
- 4.- **Que el artículo 52 de la Ley Nffl 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, establece que los actos administrativos podrán tener efecto retroactivo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.**

que, de conformidad con el dictamen, el cobro de un ítem de las tarifas fue indebido. De este modo, sostuvo, el cobro efectuado en el tiempo indicado carecía de causa.¹⁰

La tesis que defendió el SAG en el referido litigio fue que el DS 109 había sido derogado y no invalidado, de modo que, mientras estuvo vigente, gozaba de la presunción de legalidad de los actos administrativos establecida en el artículo 3° de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA). De este modo, sostuvo el SAG, este habría actuado conforme a derecho en el tiempo intermedio.

3. El debate jurisdiccional

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda de cobro de pesos de CMPC, sosteniendo que esta era improcedente porque el DS cuestionado gozaba de presunción de legalidad en el tiempo intermedio, de modo que la autoridad lo aplicó legítimamente; que la Contraloría solo ordenó modificar el DS y no anularlo; y que la retroactividad es excepcional y requiere de ley expresa que la declare.¹¹

10 La demanda se tramitó ante el 8° Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol N° 2483-2008.

11 La sentencia razona del siguiente modo:

15. Que cabe hacer presente, para un mejor acierto del fallo, que por regla general los actos administrativos no tienen efecto retroactivo, salvo norma legal expresa que permita que aquellos rijan desde una fecha anterior a la de su dictación o que se trate de actos invalidatorios.

Lo anterior se encuentra estrictamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 3° inciso final de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, el que dispone que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez conociendo por la vía jurisdiccional.

16. Que así las cosas, el Servicio Agrícola Ganadero se encontraba obligado a cobrar la tarifa fijada en el Decreto N° 109, en atención a que ese era el vigente al momento de su aplicación, no siendo declarado nulo, ni ilegal, por resolución judicial o por autoridad administrativa competente.

17. Que resulta indispensable señalar que el dictamen N° 40.235, determinó que los Decretos N° 108 y N° 109 no eran inconstitucionales, así como tampoco ilegales, no obstante ello, reconoció que es improcedente que se cobren tarifas por actividades que estaba obligado a realizar en el ejercicio de la función pública, lo que debe ser solventado con cargo a los recursos que para tal efecto la ley de presupuestos le asigne, por lo que ordena al Ministerio de Agricultura que adopte las medidas que correspondan tendientes a modificar los decretos exentos mencionados con el objeto de que las tarifas que aquellos fijan se ajusten sobre la base de las conclusiones del presente oficio.

18. Que de lo anterior se entiende que la Contraloría, frente a las conclusiones a que arribó, decidió ordenar al Ministerio correspondiente que modificara los decretos exentos referidos, resultando pertinente señalar que se entiende por modificar, de acuerdo a la Real Academia Española, como el verbo que "reduce algo a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia", es decir, limitando los excesos a lo justo, lo que fue cumplido por el Ministerio de Agricultura mediante la dictación del Decreto N° 607. [...]

20. Que lo anterior se condice con el principio de irretroactividad de la ley, en la cual, la retroactividad, esto es el efecto excepcional de que una ley rija hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, es siempre de derecho estricto y por tanto excepcional, debiendo, por consiguiente señalarlo así el legislador.

21. Que respecto a la alegación formulada por la actora, en cuanto que el dictamen de contraloría es de

Es una consecuencia práctica de la sentencia del tribunal de primera instancia que las objeciones de legalidad a un acto administrativo realizados en el contexto de la potestad dictaminadora de la Contraloría solo tendrían un efecto declarativo o meramente referencial y que solo se podría apreciar hacia el futuro, a consecuencia de la dictación de un nuevo acto administrativo. Para el juez, no se trataba de una declaración vinculante.

Pero la Corte de Apelaciones fue de una opinión distinta y, al acoger la demanda, justificó las competencias de la Contraloría en la ilegalidad de los actos administrativos, reconociendo de paso que sus dictámenes son equivalentes a una declaratoria de ilegalidad, de carácter retroactivo. De este modo, validó el dictamen como un acto declaratorio de ilegalidad. La Corte sostuvo que:

el referido dictamen ha sido emitido en ejercicio de la potestad dictaminadora del órgano contralor que, entre otras facultades, le permite fijar la correcta interpretación de las normas jurídicas que rigen la actividad de los órganos administrativos cuando ella ha sido realizada de modo erróneo por estos últimos. Esa fijación de la debida interpretación implica per se un control de legalidad pues esa es la facultad examinadora propia de Contraloría. De ello se sigue que, en el caso sublite, mediante el referido dictamen ella efectuó un cuestionamiento a la legalidad del DS 109.

[...] los cobros efectuados por la demandada a la demandante han sido indebidos, procediendo la plena restitución de las sumas a que ellos han ascendido.

Que, a mayor abundamiento, esos cobros al ser indebidos han carecido de causa y, por lo mismo, su retención por parte de la demandada importa un enriquecimiento sin causa inadmisibile.¹²

carácter interpretativo, y por tanto sus efectos se producirían desde la entrada en vigencia del Decreto primitivo, ello no podrá ser acogido, toda vez que, que como ya se ha señalado, la Contraloría no lo señaló expresamente (lo que sí ocurrió en el dictamen N° 30.584 N° 20.471, N° 17.666 y N° 22.400), ni tampoco indicó otras consecuencias que las ya mencionadas, por lo que siguiendo la regla general, de que se dispone para el futuro, se tendrá que estar estrictamente a lo resuelto por ella, no correspondiendo por tanto que se devuelvan los dineros cancelados por la demandante, toda vez que estos fueron cobrados en una época en la cual regía plenamente el Decreto Exento N° 109, no pudiendo el SAG cobrar una tarifa distinta que la allí estipulada, y por tanto, el pago efectuado no constituyó un enriquecimiento injusto para el demandado, ni tampoco fue inválido, ya que se fundó en un decreto legalmente tramitado y que regía para ese momento, no logrando desvirtuarse, de esta manera, con las probanzas rendidas, la presunción de veracidad de que gozan los actos de la Administración del Estado legalmente tramitados.

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 196-2011, op. cit., considerando 3. Confirmado por fallo de la Corte Suprema, Rol N° 17-2013, op. cit..

La Corte Suprema, acogió lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando el recurso planteado por el SAG, estableciendo que:

la sentencia de segunda instancia, entre otras argumentaciones, razona sobre la base de que el órgano contralor –en el dictamen N° 40.235– ha establecido que se han incluido indebidamente en el Decreto Supremo N° 109 tarifas por concepto de funciones que el demandado debe cumplir de oficio, cuestión que a juicio de los jueces del grado determina que esos cobros percibidos durante la vigencia del mencionado Decreto sean indebidos y, por lo mismo, la retención de las sumas recibidas importa un enriquecimiento sin causa.¹³

Como se podrá apreciar, el caso CMPC plantea varios problemas teóricos para el derecho administrativo: en especial, cómo entender la potestad dictaminadora de la Contraloría en relación a los efectos de un acto administrativo que ha sido dictado de un modo ilegal, y qué efectos genera para terceros y para la decisión del juez en concreto. A continuación trataremos de dar una explicación sistemática a estos problemas.

4. Los problemas teóricos involucrados

4.1. El contexto de la jurisprudencia administrativa¹⁴

Se denomina tradicionalmente jurisprudencia administrativa a la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas.¹⁵ Por tal motivo, se indica que la calidad específica de la jurisprudencia administrativa radica en que la norma o resolución que de ella se deduce puede generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos.¹⁶

¹³ Corte Suprema, Rol N° 17-2013, op. cit., considerando 4.

¹⁴ Una explicación sobre el origen y extensión de la jurisprudencia administrativa se encuentra en mi trabajo “La jurisprudencia administrativa...”, op. cit. Para una discusión pormenorizada de los dilemas que genera la jurisprudencia administrativa en relación a la jurisdiccional, ver nuestro trabajo “Los límites a de la jurisprudencia administrativa...”, op. cit.

¹⁵ Ver, en este sentido, Caldera, Hugo, *Manual de derecho administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1979, p. 86.

¹⁶ Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 1992, p. 274.

Se ha afirmado, de manera categórica, que en nuestro sistema la Administración no solo está sujeta al derecho que dice el juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del derecho, sino también al derecho que dice la Contraloría.¹⁷

Se sostiene que la potestad de interpretar la ley por la Contraloría, con el objeto de obtener la correcta aplicación del derecho por parte de la Administración, se encuentra reservada por mandato de la ley exclusivamente al órgano contralor. Se afirma que, si el objetivo del control, en términos generales, es la preservación del principio de legalidad administrativa, y si la interpretación del derecho establecida por el Ejecutivo pudiera de algún modo impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, ello se corregiría a través del control. Para ello, el organismo debe, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación por la cual establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa.¹⁸⁻¹⁹

Existe consenso en la literatura que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos y que el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado por esta acarreará su responsabilidad, en vía civil, administrativa o penal, según corresponda.²⁰ En efecto, prescribe la ley, los dictámenes, que son obligatorios para los órganos y funcionarios sometidos a control, deben ser especialmente observados por los “abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública”, y son los “únicos medios” que se pueden hacer valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias del órgano contralor.²¹

A partir de estos argumentos y disposiciones, la jurisprudencia adminis-

17 Soto Kloss, Eduardo, “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 - 1977)*. (Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 1977, p. 188.

18 Fiamma, Gustavo, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del Derecho? Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa”, en *La Contraloría General de la República. 50 años...*, op. cit.

19 De conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (artículo 33), corresponde al Departamento Jurídico (actual División Jurídica) informar en derecho y recopilar la jurisprudencia administrativa.

20 Silva Cimma, op. cit., pp. 77 y 171; Aylwin, Patricio y Azócar, Eduardo, *Derecho administrativo*, (Universidad Andrés Bello) 1996, p. 123.

21 a Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República señala que:
Artículo 6.4. De acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°.
Artículo 19. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

trativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general.²² En este sentido los dictámenes “constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”.²³

Así afirma, igualmente, que estos son la única fuente de interpretación legítima del ordenamiento jurídico del país, revistiendo el carácter de obligatorios. “Los dictámenes de esta Contraloría General son informes que tienen por objeto interpretar el verdadero sentido y alcance, siendo de cumplimiento obligatorio para el servidor que corresponda”; ellos pueden ser aplicados a cualquier caso particular “mientras constituyan jurisprudencia vigente, sin que sea indispensable que previamente se dicte un acto administrativo”.²⁴

De este modo se concluye que el sector público no solo está regido por un derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que, además, la interpretación de las normas que lo componen está centralizada única y exclusivamente en la Contraloría General.²⁵

Del efecto obligatorio se deduce para la jurisprudencia administrativa la característica de precedente vinculante de ella, siendo esta quizá su consecuencia más gravitante. En efecto, la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios jurisprudenciales es uno de los pilares en que se fundamenta la obligatoriedad y el carácter vinculante de la jurisprudencia administrativa.²⁶

Es decir, tras la figura del dictamen como instrumento de manifestación de la interpretación uniforme existe, en opinión de la Contraloría, una especie de confianza legítima por parte de los ciudadanos en que, frente a circunstan-

22 Contraloría General de la República, Dictamen N° 5.698, del 2 de febrero de 2005. Con igual criterio, Dictamen N° 34.053, del 16 de septiembre de 1999.

23 Contraloría General de la República, Dictamen N° 2.406, del 21 de enero de 1998.

24 Contraloría General de la República, Dictamen N° 14.448, del 23 de mayo de 1988.

25 Pantoja, Rolando, *Derecho administrativo. Clasicismo y modernidad*, (Editorial Jurídica de Chile) 1994, p. 226.

26 Astorquiza, Gastón, “A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios.”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional*, (Imprenta Contraloría) 2002, p. 169.

cias similares o equivalentes, la Administración debe comportarse de conformidad a ciertos y determinados parámetros preestablecidos en la norma y en la interpretación vinculante y obligatoria del órgano contralor.²⁷

La jurisprudencia administrativa sistemáticamente ha sostenido²⁸ que los dictámenes jurídicos que la Contraloría emite en ejercicio de las atribuciones contenidas en su Ley Orgánica Constitucional (LOCCGR) interpretan la ley administrativa, fijando su exacto sentido y alcance, produciendo sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.

En este sentido, la jurisprudencia señala que los efectos a que se refiere este criterio jurisprudencial no son otros que los que la ley ha establecido y que el legislador ha querido producir, en tanto que el dictamen –atendida su naturaleza meramente interpretativa– se limita solo a esclarecerlos, razón por la cual este rige desde la fecha de la ley que interpreta y se entiende incorporado a ella.²⁹

De este modo, conforme al artículo 6° de la LOCCGR, corresponde a la Contraloría velar por la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a los organismos sometidos a su fiscalización (inciso primero) y sus dictámenes son los únicos medios constitutivos de la jurisprudencia administrativa (inciso cuarto), misma que resulta de obligatorio acatamiento por parte de las entidades que integran la Administración. Sostiene la Contraloría³⁰ que, si la interpretación que contiene un dictamen que se pronuncia acerca de la correcta aplicación de una norma y dilucida los efectos que ella ha querido establecer, solo fuera aplicable desde la fecha en que fue emitido, se infringiría la antedicha disposición orgánico constitucional, al impedir el ejercicio de esta potestad correctiva respecto de las actuaciones acaecidas entre la fecha del precepto interpretado y la del dictamen.

Cabe tener presente que los actos administrativos declarativos–como los dictámenes de la Contraloría– meramente enuncian una situación preexistente, dotándola de eficacia.³¹ De este modo, los actos declarativos confirman de forma vinculante la existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada

27 Para un análisis del clásico fundamento del precedente administrativo como fuerza vinculante, ver Díez Sastre, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, (Marcial Pons) 2008, planteado desde la perspectiva de la razonabilidad de la decisión jurisdiccional posterior.

28 Ver Contraloría General de la República, Dictamen N° 72.479, del 15 de octubre de 1976; N° 31.219, del 15 de diciembre de 1986; N° 14.448, op. cit.; y N° 20.101, del 5 de junio de 2000.

29 Contraloría General de la República, Dictamen N° 50.185, del 7 de noviembre de 2007.

30 *Ibid.*

31 Santamaría, Juan, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, (Iustel) 2004, p. 135.

condición con relevancia jurídica, cosa o hecho, en aplicación del ordenamiento jurídico vigente.³² En este sentido, la doctrina nacional ha señalado que el acto administrativo declarativo viene a reconocer un derecho preexistente a favor de un administrado. En consecuencia, los efectos del acto tienen alcance retroactivo hasta coincidir con la fecha desde la que existía el derecho cuya existencia declara el acto administrativo,³³ lo que ha sido confirmado por nuestra jurisprudencia administrativa.³⁴

De este modo, la actuación de la Administración en los actos administrativos declarativos se limita a constatar o verificar elementos determinantes para que un derecho preexistente tenga virtualidad o para despejar la incertidumbre, produciendo efectos desde el momento que concurrían tales requisitos o condiciones, y no desde el momento en que dicha circunstancia ha sido verificada por la Administración.³⁵ Esto se denomina *retroactividad por naturaleza*: el acto tiene eficacia anticipada como consecuencia de su propio contenido.³⁶

Al emitir la Contraloría un dictamen que resuelve un problema interpretativo que afecta a la legalidad de un acto administrativo concreto, se produce la denominada retroactividad por naturaleza. No es necesario que la Contraloría se pronuncie expresamente en tal sentido: la naturaleza misma del dictamen así lo determina.

En el caso CMPC, la Contraloría ejerció su potestad de dictaminación al pronunciarse sobre los temas objetados por los recurrentes, dando origen al dictamen que reprochó la legalidad de la interpretación efectuada por esos órganos, precisamente en el ejercicio de su potestad de control de legalidad de los actos de la Administración, a través de su potestad de dictaminación.

¿Fue sorpresiva la objeción realizada por la Contraloría a la estructura del cobro de tarifas? La respuesta es negativa. El órgano contralor sistemáticamente ha objetado a los servicios públicos que, mediante cobro de tarifas, extienden la estructura de su diseño con propósitos de autofinanciamiento, sin que exista cobertura legal suficiente para ello.

32 Bocanegra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, (Civitas) 2006, p. 54.

33 Caldera, op. cit., p. 127.

34 Ha señalado la Contraloría que un “**acto declarativo deja constancia formal de una situación de hecho preexistente prevista y sancionada**”. Contraloría General de la República, Dictamen N° 25.061, del 26 de mayo de 2005.

35 Belando, Beatriz, *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, (Thomson-Civitas) 2008, p. 53.

36 García-Trevijano, José Antonio, *Los actos administrativos*, (Civitas) 1991, p. 355; Velasco, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, (Tecnos) 1996, p. 107.

4.2. Regulación y límites del cobro de tarifas en la Administración: Precedentes en el derecho administrativo chileno

La cuestión central que se debía resolver en este caso era si el SAG podía utilizar el mecanismo de tarifas para obtener ingresos destinados a autofinanciamiento, de modo de incorporar rubros de costos adicionales o implícitos a lo señalado por la ley. Allí radicaba el debate de legalidad del caso. Como se explicará, existe una enorme cantidad de casos previos en que la Contraloría sostuvo expresamente la ilegalidad de cobros de ese tipo. En el caso CMPC no hizo sino ratificar ese criterio de ilegalidad.

El artículo 6° de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA) expresamente declara la gratuidad de los procedimientos administrativos, a menos que la ley expresamente autorice el cobro por la actividad de los servicios públicos.³⁷ Fundada en esta circunstancia, la Contraloría ha sostenido invariablemente que la potestad de cobros por prestación de servicios (tarifas) se encuentra sujeta al principio de legalidad y condicionada en su contenido por la Constitución.³⁸

De igual modo, el Tribunal Constitucional, refiriéndose en particular a las tarifas que cobra el SAG, ha reforzado la idea de que no existe libertad de tarifas y que el Ministerio de Agricultura carece de discrecionalidad para fijarlas.³⁹

Si bien la jurisprudencia administrativa ha tenido la oportunidad de pronunciarse en variadas ocasiones sobre situaciones de este tipo, hay dos casos ilustrativos en que se ha declarado la ilegalidad del exceso en el cobro de tarifas por parte de los servicios públicos: el caso de Carabineros de Chile y el caso de la Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC).

37 LBPA, art. 6: "Principio de gratuidad. En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario".

38 Ver Contraloría General de la República, Dictamen N° 59.127, del 27 de diciembre de 2007; y N° 28.938, del 24 de junio de 2008. Señaló en tales dictámenes que:
[...] de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 N° 14, en relación con el artículo 65 N° 1, de la Constitución Política, la imposición de tarifas y derechos, al igual que la de todas las cargas económicas a los particulares, está supeditada a la existencia de una norma de rango legal que las autorice y regule.

39 Tribunal Constitucional, Rol 1405, sentencia de fecha 3 de agosto de 2009, considerandos 22 y 23.
[...] las tarifas que el SAG puede cobrar a los exportadores tienen su origen en la ley, la cual establece en forma suficiente y precisa el concepto por el cual se puede cobrar y, en cuanto a la determinación del monto a cobrar, **no es efectivo**, como sostienen los requirentes de inaplicabilidad, **que exista libertad para la fijación de la tarifa** [...]
[...] el artículo 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755 faculta al Director del SAG para proponer las tarifas y derechos que deban cobrarse, las que se fijarán en definitiva por un decreto supremo conjunto de los Ministerios de Agricultura y Hacienda, pero luego precisa que "dichas tarifas y derechos deberán ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado". En virtud de lo anterior, **la fijación de las tarifas no está sometida al actuar discrecional de la Administración**, sino que esta debe fijarla conforme a criterios objetivos de mercado que, en definitiva, representen el costo real y efectivo de la prestación otorgada.

En el primer caso, Carabineros decidió cobrar por la aprobación de las directivas de funcionamiento que le eran sometidas por las empresas de seguridad.⁴⁰ En opinión de la institución, estas certificaciones originaban un costo en recursos humanos, financieros y materiales que justificaba el cobro de la emisión de dicha certificación, habida cuenta que no existía norma legal que estableciera su otorgamiento gratuito y que esas funciones no se encontraban consideradas en el presupuesto institucional. Sin embargo, la Contraloría sostuvo lo contrario. Afirmó que “la labor de aprobación de las directivas de funcionamiento que compete a Carabineros de Chile, forma parte del ejercicio de sus atribuciones propias, en calidad de organismo fiscalizador de esa actividad”, de manera que, si la ley no las autoriza expresamente para el cobro, se someten al principio de gratuidad del artículo 6° de la LBPA. Por lo tanto, en dicho caso “no procede que esa Institución formule cobro alguno por las actividades que conlleve el ejercicio de dicha función, la que por ser inherente a sus potestades, debe solventarse con recursos propios”.⁴¹

En el segundo caso, la SEC decidió realizar cobros para el otorgamiento de las licencias de instalador eléctrico, de gas y funcionamiento de laboratorios. En opinión de la Superintendencia, a esta le correspondía, en el contexto de sus facultades de fiscalización, “comprobar que las instalaciones interiores de gas y de electricidad sean correctamente ejecutadas”, de manera que le competía “llevar el registro de declaración de dichas instalaciones, lo que además supone la revisión, procesamiento, archivo y almacenamiento de todos los antecedentes que forman parte del respectivo proyecto, los cuales, dependiendo de la complejidad de la instalación de que se trate, pueden alcanzar un gran volumen, conformado por planos, informes técnicos y otros documentos. Todo ello se traduce en un elevado costo del comprobante que se entrega al interesado”.⁴² De este modo, en virtud del artículo único del Decreto Ley

40 Ver Decreto N° 93 de 1985, art. 18.

41 Contraloría General de la República, Dictamen N° 26.597, del 25 de mayo de 2004, ratificando el mismo criterio tras la solicitud de reconsideración mediante el dictamen N° 32.271, del 25 de junio de 2004.

42 Además, la referida institución agregó:
(...) que de acuerdo al artículo 3° números 14 y 26 de la ley N° 18.410, que creó ese organismo, le corresponde autorizar el funcionamiento de las entidades de certificación, organismos técnicos de inspección y laboratorios de ensayo. Para otorgar la referida autorización y ejercer su permanente control, se requiere la presentación de diversa documentación que comprende, entre otros, escrituras sociales, informes técnicos y planos, antecedentes que deben ser examinados, procesados y disponerse su custodia a fin de permitir las fiscalizaciones que sean pertinentes, todo lo cual representa un costo que tiene su origen inmediato en la petición del permiso de funcionamiento o su modificación..

2.136 de 1978,⁴³ dictó la resolución exenta 796, de 2006, que actualizó el valor de los costos, dejando sin efecto una resolución anterior (531, de 2003) que establecía otros valores.

Pero, en opinión de la Contraloría, la referida resolución resultaba ilegal porque la ley no la autorizaba expresamente para el cobro de tasas o tarifas por la realización de sus funciones públicas, violando de ese modo el principio de gratuidad establecido en el artículo 6° de la LBPA.⁴⁴ Contraloría, además, puso especial énfasis en el principio de reserva de ley de las tarifas, al señalar que no bastan las menciones legales generales a la manera como está integrado el patrimonio de la SEC para justificar el cobro.⁴⁵

43 Artículo único. Facúltase a los servicios dependientes de la Administración Central y Descentralizada del Estado, del Poder Legislativo y del Poder Judicial, para cobrar el valor de costo de los documentos o copias de estos que proporcionen a los particulares para la celebración de contratos, llamados a licitación o por otra causa, y cuya dación gratuita no esté dispuesta por ley, sin perjuicio de mantener a disposición de los interesados los respectivos antecedentes cuando ello proceda. También podrán cobrar por la producción de fonogramas, videogramas e información soportada en medios magnéticos, sus copias o trasposos de contenido.
Los recursos provenientes de estos cobros constituirán ingresos propios de las instituciones mencionadas.

44 Contraloría General de la República, Dictamen N° 47.911, del 25 de octubre 2007.

45 Contraloría General de la República, Dictamen N° 59.127, op. cit.
En lo que se refiere al artículo 14°, letra c), de la mencionada ley N° 18.410, citado en los vistos de la resolución objeto de la consulta, que prescribe que el patrimonio de dicha Superintendencia estará constituido por "...las tarifas, derechos, intereses y otros ingresos propios que perciba en el ejercicio de sus funciones", cabe señalar que ese **precepto solo constituye una alusión a eventuales fuentes de recursos del Servicio, cada una de las cuales requiere su propia fundamentación jurídica**. En el caso de **las tarifas y derechos, por mandato constitucional** –artículo 63 N° 14, en relación con el artículo 65 N° 1, de la Carta Suprema–, **su imposición está supeditada, al igual que la de todas las cargas económicas a los particulares, a la existencia de una norma legal que las autorice y regule**, la que no se observa en la especie.

Frente a esta decisión, la SEC solicitó una reconsideración al dictamen señalado, agregando que el fundamento de su cobro se encontraba en una consideración amplia de la expresión "valor de costo de los documentos" que utiliza la ley, de manera que incluía en él "todo gasto en que hubiera de incurrirse en la generación del documento. Por tal motivo, los valores de la citada resolución exenta contemplaban los costos generados en la mantención, almacenamiento y bodegaje de los documentos emitidos, actividades que, en su opinión, no forman parte de las funciones de la Superintendencia".

La SEC sostuvo que, desde 2002, estos valores eran considerados como parte de la estructura de ingresos del organismo y que representaban (al año 2008) el 11% del presupuesto de la institución, siendo considerados así en cada una de las leyes de presupuesto.

En la respuesta a dicha reconsideración (Dictamen N° 28.938, op. cit.), la Contraloría insistió en el principio de legalidad de las tarifas al indicar que:

(...) es necesario reiterar que, tal como ya se recordó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 N° 14, en relación con el artículo 65 N° 1, de la Constitución Política, **la imposición de tarifas y derechos, al igual que la de todas las cargas económicas a los particulares, está supeditada a la existencia de una norma de rango legal que las autorice y regule**, la que no se advierte en la materia de que se trata.

Adicionalmente, precisó que el concepto "valor costo de los documentos" no puede ser utilizado para obtener recursos destinados a solventar los gastos que pudiera implicar la gestión respectiva del servicio, sino tan solo el "costo del material del documento respectivo o de su copia".

Por tal motivo, en dicha decisión, la Contraloría obligó a la SEC a "restituir las sumas cobradas indebidamente al recurrente por aplicación de lo dispuesto en la resolución exenta N° 796, de 2006".

En consecuencia, para la jurisprudencia administrativa siempre existe ilegalidad cuando la autoridad administrativa carece de cobertura legal para exigir todo o parte de una estructura de tarifas establecida por la ley.

En el caso CMPC, cuando Contraloría señaló que el DS no podía considerarse dentro de su régimen de tarifas autorizadas aquellas funciones que por mandato legal debe desarrollar, es decir, que estaban sujetas al principio general de gratuidad, técnicamente realizó un reproche de legalidad al igual que había hecho en el pasado.

5. ¿Cuáles son las consecuencias?: El efecto declarativo y retroactivo de la dictaminación.

La cuestión central que se planteaba en este caso consistía en determinar si es posible legitimar los cobros efectuados entre marzo de 2005, fecha en que comenzó a regir el DS 109, y agosto de 2006, fecha de la emisión del dictamen.

La tesis recogida por la Corte fue que, si la Contraloría había sostenido que los cobros eran ilegítimos, esa ilegitimidad afectaba al acto y la causa que tenía el Estado para cobrarlos, de modo que la Administración debía devolver lo percibido indebidamente. Para que ello sucediera, la Corte calificó el dictamen como declaración de ilegalidad jurídicamente válida para el juez, que este podía simplemente constatar.

En efecto, como se ha explicado, la potestad de dictaminación de la Contraloría no tiene por finalidad ni efecto la emisión de una mera opinión consultiva; por el contrario, constituye una manifestación del control de legalidad de los actos administrativos que la Constitución radica expresamente en el órgano contralor para la determinación de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a la Administración. De este modo, cuando Contraloría objeta en sus dictámenes el contenido total o parcial de un acto, determinando la correcta interpretación de la ley aplicable, reprocha la conformidad del mismo con el sistema legal, de modo que debe corregirse el acto en su origen.

De este modo, al objetar la Contraloría la interpretación sostenida por el Ministerio de Agricultura en el DS original –presupuesto normativo del ejercicio de los cobros efectuados por el SAG–, actuó precisamente en ejercicio de su potestad constitucional de control de legalidad de los actos de la Administración. En definitiva, era la legalidad de la actuación de la autoridad administrativa lo que estaba en cuestión.

¿Significa que el DS inicial devino en ilegal únicamente a partir de esta declaración de ilegalidad de la Contraloría, debiendo este considerarse legal durante el período anterior a dicha declaratoria? La respuesta que dio la Corte fue negativa.

Como hemos explicado, la potestad dictaminadora de la Contraloría es un mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos que se traduce en un acto administrativo de naturaleza declarativa que obliga a considerar la situación jurídica que resuelve con efecto retroactivo, por la propia naturaleza interpretativa de su contenido.

Al disponer Contraloría que una de las tarifas contenidas en el DS original era contraria a derecho, se limitó a declarar una ilegalidad ya existente desde la dictación misma del referido Decreto. Así, el acto tachado de ilegalidad siempre lo fue y, consecuentemente, lo fueron también los cobros efectuados por el SAG fundados en dicho cuerpo normativo.

Allí radica la relevancia de la sentencia de la Corte: en reconocer el efecto de la dictaminación cuando declara un vicio de legalidad en un acto administrativo.

En términos concretos, la Contraloría objetó la causa del DS original, pues el SAG nunca tuvo motivos lícitos para cobrar tarifas por un conjunto de actividades a las cuales se les debía aplicar el principio legal de gratuidad del procedimiento administrativo. Este criterio es consistente con el señalado por la Corte Suprema, cuando afirmó que un “acto administrativo carece de base legal cuando ha sido motivado por hechos cuya ocurrencia no ha sido demostrada, de suerte que este queda despojado de su causa”.⁴⁶

En el caso concreto, como los hechos sobre los cuales se fundaba el cobro de la tarifa no podían ser considerados en la estructura tarifaria, el acto administrativo que sustentaba dicho cobro carecía de base legal y por tal motivo debía ser dejado sin efecto.

6. ¿Qué lecciones se derivan de este caso? La validación judicial de un dictamen como medio legítimo para declarar ilegalidades de actos administrativos

La Corte reconoció en la potestad dictaminadora, que decide un caso entre un particular y el Estado, la posibilidad de declarar legítimamente una ilegalidad, de modo que el juez pueda adoptar las medidas correctivas posteriores sin necesidad de declarar nuevamente esa ilegalidad.

⁴⁶ Corte Suprema, Rol N° 4275-2010, sentencia de fecha 7 de julio de 2010.

En efecto, si se había dejado sin efecto el DS original precisamente en cumplimiento del dictamen de la Contraloría –como se consignó en el nuevo DS–, en aquella parte en que establecía tarifas de manera ilegal, dicha “modificación” o “derogación” no constituyó para la Corte sino una invalidación del mismo: el privar o extinguir los efectos de un acto administrativo por razones de legalidad es precisamente la esencia o –dicho en los términos de la jurisprudencia tradicional– la naturaleza misma de lo que constituye el acto invalidatorio. Por ello, identificada esta naturaleza, corresponde aplicarle el régimen que le es propio: el de toda declaración de nulidad.

Durante largo tiempo se ha sostenido en el derecho chileno que la Administración tiene el poder-deber de invalidar sus actos administrativos contrarios a derecho,⁴⁷ pues en todo momento debe ajustar su cumplimiento a la ley, de manera que el dictamen de la Contraloría en este caso reafirma esa potestad con indiferencia de si ella se refiere expresamente a nulidad. Baste con que señale que existe un vicio de legalidad, para que el organismo respectivo se vea en la obligación de dejarlo sin efecto.⁴⁸

Como señala la literatura, la declaración de nulidad de un acto tiene dos importantes efectos: (a) aquel acto no podrá desplegar efectos ni de protección, en sentido de cubrir jurídicamente situaciones materiales que pretendan ser protegidas por el sistema jurídico, (b) ni de reconocimiento, en sentido de ser soporte de validez de otros actos.⁴⁹

47 En este sentido ver, por ejemplo, Silva Cimma, op. cit., pp. 125-160; Marín, Urbano, “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho*, 2, (Consejo de Defensa del Estado) 2000, pp. 45-60; Jara, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia*, (Editorial Libromar) 2004, pp. 93-119; Reyes, Jorge, *La invalidación de actos administrativos*, (Lexis Nexis - Conosur) 2002; Vargas, Osvaldo, “Algunos aspectos sobre la invalidación en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en *Gaceta Jurídica*, 178, 1995, pp. 35-41. Son ampliamente conocidos los trabajos de Olguín Juárez, H., *Extinción de los actos administrativos. Revocación, invalidación y decaimiento*, (Editorial Jurídica de Chile) 1961; Boloña Kelly, G., *El acto administrativo irregular*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1962; Yaber Arriagada, Y., *Modificación y revocación del decreto supremo*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1962.

48 Recientemente la Corte Suprema ha vuelto a reafirmar este criterio. Afirmó que: [...] tal como lo ha sostenido esta Corte Suprema, incluso antes de la dictación de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que la contempla expresamente (Vjerusca Salinas Lolic contra el Director de Obras de la I. Municipalidad de Viña Del Mar de 20 de octubre de 1999), la invalidación es una potestad que asiste a las autoridades de la Administración respecto de sus actos administrativos [...]. En seguida, si la autoridad administrativa debe actuar conforme a las leyes y estableciendo la Ley N° 18.575, Orgánica de la Administración del Estado, que sus órganos actuarán de propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, parece evidente que pueden dejar sin efecto resoluciones o actuaciones adoptadas o realizadas con inobservancia del marco jurídico que las regula. Corte Suprema, Rol N° 9695-2009, sentencia de fecha 28 de mayo de 2012, considerando 7.

49 Letelier, Raúl, *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, (Civitas-Thomson Reuters) 2011, pp. 95-96.

La eliminación del acto ilegal conllevará, así, el “desamparo” tanto de las situaciones fácticas generadas a su abrigo como de los intentos normativos que, en tanto aplicación o desarrollo de aquel, pretendieron tener efectos. La declaración de nulidad tendrá, por ello, efectos supresivos, es decir, declarará la inhabilidad del acto para generar –durante todo el tiempo de su vigencia– efectos jurídicos protegibles.⁵⁰

Por tal motivo, se atribuye a la nulidad declarada normalmente dos efectos: uno destructivo y el otro reconstructivo. El primero consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto; el segundo obliga a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado.⁵¹

Ello explica por qué el DS original no podía considerarse válido en el tiempo intermedio entre su dictación y la emisión del dictamen: tras la emisión de este y del nuevo DS, ambos actos desplegaron sus efectos hasta la fecha de emisión del DS declarado ilegal en aquella parte en que establecía tarifas sin cobertura legal suficiente.

En síntesis, la sentencia del caso CMPC demuestra de un modo claro las complejas relaciones institucionales que se dan en la invalidez de los actos administrativos en el derecho administrativo chileno. En este caso, la Corte validó la dictaminación como un medio legítimo de declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo, lo que implica de paso sincerar el rol cuasijurisdiccional que está cumpliendo la Contraloría en la solución de los problemas entre la Administración y los particulares.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

LEY DE PESCA: EXPLICANDO UN REGALO REGULATORIO

Matías Guilloff Titium¹

No lo entiendo. ¿Cuál es el afán? ¿Por qué la coyuntura de hoy hace necesario dirimir este tema? No lo sé, y no me han logrado explicar por qué vamos a hacer esto. Se va a entregar una licencia, no por veinte años, sino para siempre. Y, aunque no lo quiero expresar en términos jocosos, lo voy a decir: creo que a veces ni el amor es para siempre. Cuesta mantenerlo. Sin embargo, las cuotas, las licencias, van a ser para siempre, por generaciones.²

Resumen

El presente artículo argumenta que la entrega de cuotas al sector industrial en la Nueva Ley de Pesca 20.657 constituye un regalo regulatorio y señala las razones que lo explican. Para esos propósitos, define lo que es un regalo regulatorio y postula que la aludida entrega de cuotas equivale a uno. Luego, aborda las razones que llevaron a la entrega de este regalo regulatorio, enfatizando la incidencia de una serie de restricciones institucionales a la deliberación política establecidas en la Constitución, tales como el sistema electoral binominal, las leyes de quórum y el control preventivo del Tribunal Constitucional. Estas restricciones hacen estructuralmente probable que, al momento de gestionarse una transición regulatoria, tal como la que supone la modificación a la Ley de Pesca, quienes detentan privilegios bajo el status quo no los pierdan. Y más aun cuando, como en este caso, el Ejecutivo no puede correr el riesgo que la propuesta de reforma sea vetada en el Congreso.

Introducción

Se logró el objetivo: antes del 31 de diciembre de 2012, día en que expiraba la vigencia de la Ley 19.849, el Congreso aprobó el proyecto de Ley de Pesca.

¹ Profesor de Derecho Administrativo e Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. LL.M, Columbia University (2007).

² Intervención del senador Ricardo Lagos Weber en la sala del Senado, 28 de noviembre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 2631. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

Se trataba de un objetivo importante, puesto que, de no haberse logrado, a partir del 1 de enero de 2013 se hubiera vuelto a la “carrera olímpica” en materia pesquera. El desafío no era menor para el gobierno; dada la naturaleza transitoria de la aludida Ley, debía necesariamente lograr la aprobación de una nueva normativa en materia pesquera. Como siempre sucede cuando se discute un cambio en las reglas, esa nueva normativa dejaría ganadores y perdedores. Si el propósito era que la ley se aprobara rápidamente, era necesario entonces que los perdedores no fueran aquellos que podían movilizarse para bloquearla.

Ello porque, si la hubieran bloqueado, se hubiera vuelto a la “carrera olímpica”, escenario en el cual, al no existir cuotas individuales de pesca, cada armador hubiese tenido un incentivo muy nocivo: capturar todo lo que pueda del recurso antes que lo haga otro. Se hubiera producido, en otras palabras, aquella situación que Garret Hardin –en un famoso artículo– denominó “la tragedia de los comunes”.³ Desde esta perspectiva, existirían razones de sobra para celebrar: la conservación de los recursos pesqueros y, en lo económico, que se haya evitado la disipación de rentas privadas y públicas que se produce con la “carrera olímpica”.⁴

Sin embargo, no todos quedaron contentos. Muchos cuestionaron el medio utilizado para cumplir ese objetivo. Para asegurarse que la nueva ley fuera aprobada en el plazo establecido, el gobierno optó por el mecanismo que mejor garantizaba ese propósito. Este no fue otro que mantener las cuotas en manos de quienes las detentaban: los mismos que habían sido favorecidos por la Ley 19.713 de 2000 y por la aludida Ley 19.849 de 2002. Existían otras alternativas más justas y eficientes, pero el gobierno, desde que el Ministro Longueira asumió la cartera de Economía,⁵ optó decididamente por mantener el sistema de distribución antiguo. Eso sí, con una gran diferencia: en vez de entregar las cuotas por un período acotado y de un modo transitorio, como

3 Ver Hardin, Garret, “The Tragedy of the Commons”, en *Science*, Vol. 162, 1968, pp. 1243-1248. El argumento de Hardin había sido esbozado con anterioridad en un artículo que justamente se refiere los recursos pesqueros; ver Gordon, H. S., “The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery”, en *Journal of Political Economy*, Vol. 62, 1954, pp. 124-142.

4 *Ibíd.*, pp. 132-133.

5 Muy pocos días después de haber asumido como Ministro, Pablo Longueira convocó a los principales actores del sector industrial y artesanal a la “Mesa Pesquera”. Esta tenía por objeto que los actores regulados por la futura Ley se pusieran de acuerdo en cómo se iban a distribuir las cuotas. En caso que no lo hicieran, el Ministro presentaría un proyecto de ley en el cual el 50% de las cuotas serían asignadas mediante licitación. Ver *El Mostrador*, “Cómo Longueira desafió a Piñera en el diseño del proyecto de cuotas pesqueras”, 30 de septiembre de 2011, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/09/30/como-longueira-desafio-a-pinera-en-el-diseno-del-proyecto-de-cuotas-pesqueras/>.

hicieron las dos leyes anteriores, ahora se asignaron por un lapso de 20 años renovables.

De ahí que no resulte sorprendente encontrar varias veces en la historia de esta Ley una palabra: regalo.⁶ Este supuesto regalo radica en que, pudiendo el Estado otorgar las cuotas a aquellos que paguen más por ellas, no lo hace y las asigna gratuitamente, sin exigir contraprestación alguna. En otras palabras, se critica que el legislador haya desechado, en términos generales, la opción de la licitación como método de asignación.⁷ En la historia legislativa, esta palabra también se usa para deslizar otra crítica, referida a que no se haya establecido el deber de pagar una contraprestación suficiente a aquellos que fueron beneficiados con la entrega de cuotas.⁸

Con independencia de cuál sea el sentido preciso en que se utiliza el término regalo, lo cierto es que existe uno en la nueva Ley de Pesca: los armadores industriales reciben las cuotas de manera gratuita. Explicar porqué el Estado lo ha efectuado, y de paso renunciado a obtener importantes rentas, es el propósito de este artículo. La tesis que sostendré es que la explicación de este resultado radica en un punto de equilibrio entre el interés público que defendió el Estado en el proceso legislativo –que la Ley se aprobara antes del 31 de diciembre de 2012, para evitar la “carrera olímpica”– y la voluntad legislativa. Ambos actores, cuyo consentimiento era necesario para la aprobación del proyecto, el Ejecutivo y los parlamentarios que apoyaban la aprobación del Proyecto siempre y cuando las cuotas siguieran en manos de quienes las detentaban, contaron con numerosos mecanismos para forzar este acuerdo: en el caso de Ejecutivo, sus facultades de iniciativa exclusiva y de manejar las urgencias; tratándose de los parlamentarios, los múltiples vetos a los que se sujetó y a los que potencialmente se podría haber sujetado la tramitación del proyecto de ley. Así, dados esos objetivos y los importantes mecanismos a disposición de cada una de las partes en la negociación para forzar que esta se realizara en sus propios términos, no resulta inexplicable el mecanismo de asignación por el cual finalmente se optó. Así, la nueva Ley de Pesca es un

6 En la historia legislativa, palabras como “regalo”, “regalar” y “regalando” son utilizadas, al menos, doce veces.

7 Ver intervención de la senadora Rincón, en la sala del Senado, el 27 de noviembre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 2424. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> (argumenta que defiende las licitaciones porque permiten que el Estado reciba en forma periódica la renta derivada de la explotación de los recursos pesqueros).

8 Ver intervención del senador Ricardo Lagos Weber, en la sala del Senado, el 17 de octubre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 811. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> (señala que, de acuerdo a estudios académicos, el Estado deja de percibir cerca de U.S. \$500.000.000 con el royalty propuesto).

ejemplo de la incidencia de los mecanismos de veto contenidos en la Constitución de 1980 sobre la regulación en materia de recursos naturales.

Para desarrollar este argumento, en la primera sección definiré el concepto de regalo regulatorio; explicaré porqué en la nueva Ley de Pesca habría uno y me haré cargo de quizás la más ponderosa objeción que podría plantearse a este argumento: que el impuesto específico que se aprueba en la nueva Ley a las cuotas de pesca demuestra que no son un regalo. Luego, en la segunda sección, abordaré el contexto en que se otorgó este regalo regulatorio: en la gestión legislativa de una transición regulatoria, donde el legislador resolvió la situación que se originó cuando decisiones de inversión tomadas en el pasado se sometieron a un régimen regulatorio nuevo y que al momento de tomar esas decisiones era incierto: para el caso en análisis, las decisiones tomadas por los armadores industriales en consideración al régimen regulatorio establecido por las Leyes 19.079, 19.080, 19.713 y 19.849. Posteriormente, me adentraré en las restricciones institucionales que nuestro sistema legal y político establece a la gestión o manejo de transiciones regulatorias. Luego describiré el escenario en caso que no se aprobara la ley –vuelta a la “carrera olímpica”– y analizaré cómo las aludidas restricciones institucionales jugaron en este escenario, para argumentar que el regalo regulatorio –la entrega gratuita de las cuotas de pesca– fue la solución de compromiso para la gestión de esta transición regulatoria. Al concluir, ofreceré una serie de reflexiones en torno a cómo es posible limitar la utilización de estos regalos al manejar transiciones regulatorias, analizando la utilidad, para estos propósitos, de algunos de los argumentos del voto de minoría del reciente fallo del Tribunal Constitucional recaído en la misma Ley de Pesca.

Un par de advertencias y prevenciones preliminares. Pese a que mi enfoque mezcla la reflexión legal con el análisis económico del derecho y, en alguna medida, con las ciencias políticas, el artículo sigue siendo eminentemente jurídico. Por esa razón, los modelos conceptuales que presento no se ilustran en términos matemáticos. Otra prevención: mi análisis solo toma como insumo la Ley 20.657 y no considera las otras Leyes que se han dictado en el último tiempo en materia pesquera, tales como las 20.560 y 20.597. Una reflexión integral de cómo se relaciona la aludida ley con todas estas otras será desarrollada en un trabajo de mayor extensión a ser publicado en el futuro.

1. Las asignaciones de cuotas de pesca en el sector industrial: ¿Un regalo regulatorio?

En esta sección se argumenta que la manera en que se entregaron las cuotas al sector industrial en la nueva Ley de Pesca constituye un regalo regulatorio. Para explicar qué es un regalo regulatorio, es necesario distinguir estos de los beneficios que día a día reparte el Estado. A partir de ello, señalaré las razones por las que resulta conveniente sujetar a una contraprestación la entrega de estos regalos y analizaré la entrega de cuotas al sector industrial en la nueva Ley de Pesca, explicando por qué es constitutiva de un regalo regulatorio.

1.1. Acerca de los regalos regulatorios: Los criterios que permiten identificarlos y las razones que justifican sujetar su entrega a una contraprestación

No debiera causar mayores sorpresas que la literatura sobre regalos regulatorios no sea abundante; la estructura de estos lo explica. En efecto, lo que caracteriza a un regalo regulatorio es, por una parte, beneficiarios bien concretos y, por la otra, perjudicados difusos. No es que a la literatura no le preocupen las modificaciones al status quo que puedan acarrear pérdidas para los individuos: la abundante literatura Chilena sobre recurso de protección y derecho de propiedad es evidencia de ello.⁹⁻¹⁰ El tema pasa más bien por el número de personas que conforman el elenco de los perdedores. Como la pérdida no recae sobre un individuo o un grupo reducido de personas, sus efectos graves se diluyen.¹¹ Y se pierde de vista a los beneficiarios que, por el contrario, reciben una transferencia de riqueza bien concreta.¹²

Fue en el contexto histórico político del Estado de bienestar que la literatura comenzó a interesarse en la riqueza que distribuye el Estado. Es así como,

9 Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile) 1982. Para una postura crítica, ver Aldunate, Eduardo, “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, (Universidad Católica de Valparaíso) 1999.

10 Bell, Alexander y Parchomovsky, Gideon, “Givings”, en *Yale Law Journal*, Vol. III, 2001 p. 549 (contrastando la atención que recibe la expropiación regulatoria –“regulatory takings”– con los regalos regulatorios, “regulatory givings”).

11 Esta idea se encuentra detrás de la justificación que se suele dar para la procedencia de la responsabilidad del Estado por desigual distribución de cargas públicas: que la carga que recaiga sobre quién la demanda lo afecte a él o a un grupo bien acotado de sujetos. Si ese no es el caso y la carga afecta a la generalidad de los ciudadanos, se entiende que debe ser soportada sin compensación por estos.

12 Por cierto, toda regulación genera y extingue rentas. Ver Montt, Santiago, “Codificación del derecho administrativo”, en Martinić, María Dora y Tapia, Mauricio, (coords.), *Sesquincentenario del Código Civil de Andrés Bello*, (Lexis Nexis) 2005, p. 265. Lo relevante es determinar un umbral a partir del cual esas transferencias de rentas no son tolerables.

en 1964, Charles Reich publicó un famoso artículo denominado “La nueva propiedad”.¹³ Reich arguyó que, mediante el otorgamiento de pensiones y beneficios, el Estado distribuye riqueza a los ciudadanos.¹⁴ El Estado, señala Reich, no puede por un acto posterior privar a los ciudadanos de esta riqueza sin afectar el derecho de propiedad;¹⁵ de ahí que denominara a esos beneficios y, en general, a toda la riqueza que distribuye el Estado “la nueva propiedad”. Aparte de beneficios previsionales y de salud, la entrega de autorizaciones, licencias y concesiones forma parte de la riqueza que día a día entrega el Estado. Para efectos de este análisis, el punto a destacar es que el Estado, a través de medios más o menos directos, distribuye riqueza y lo hace sin exigir contraprestación alguna a los beneficiarios.

Existe discrepancia en la literatura respecto a si esta riqueza distribuida por el Estado, estos beneficios que aumentan el patrimonio de los ciudadanos que los reciben, debe quedar sujetos a algún límite. Kaplow, uno de los referentes en materia de análisis económico del derecho, estima que no es conveniente establecer límites;¹⁶ autores de tendencias ideológicas tan disímiles como Sax –quizás el más ferviente defensor de la intervención estatal en defensa del medio ambiente– y Epstein –uno de los principales críticos de la intervención estatal sobre el mercado–, por el contrario, son partidarios de poner límites a la entrega de estos beneficios. Fundamenta la postura de Kaplow la premisa de la absoluta simetría entre las pérdidas y las ganancias que puede generar una regulación.¹⁷ De la inexistencia de razones persuasivas para que el Estado intervenga en la mitigación las primeras¹⁸ se sigue

13 Ver Reich, Charles, “The New Property”, en *Yale Law Journal*, Vol. 73, 1964.

14 *Ibid.*, pp. 738-739.

15 *Ibid.*, p. 785.

16 Kaplow, Louis, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, en *Harvard Law Review*, Vol. 99, 1986, p. 513.

17 *Ibid.*, p. 555.

18 Este punto requiere de cierta elaboración. Kaplow argumenta que, antes de la potencial intervención estatal, un individuo toma decisiones de inversión en condiciones de incertidumbre; incertidumbre acerca de las reglas a las cuales quedará sujeta esa inversión en el futuro. Este problema es una instancia más de lo que en términos económicos se denomina riesgo. El riesgo –ese aspecto sobre el cual no existe certeza cuando se toma la decisión–, en este caso, emana del Estado. Pero, al momento de decidir en qué invertir, los incentivos también importan. Si en ese instante el individuo sabe que, pase lo que pase, el Estado va a intervenir para mitigar su pérdida, tendrá un poderoso incentivo para tomar decisiones subóptimas, como, por ejemplo, invertir en algo que prontamente va a ser prohibido por la ley. Dicho de otro modo, la certeza sobre la futura intervención del Estado divorcia la decisión de sus consecuencias, lo que en economía se denomina riesgo moral. Desde el punto de vista social, esta decisión individual es nociva; lo óptimo, desde un punto de vista social, hubiese sido invertir en otro proyecto. En suma, el argumento de Kaplow es que en la decisión relativa a si acaso el Estado debe intervenir o no para mitigar las pérdidas que puedan generarse como consecuencia de una regulación,

lógicamente que tampoco debe exigir contraprestación alguna cuando se generan las segundas.¹⁹ Detrás de las posturas de Sax y Epstein, por su parte, se encuentra la intuición que las minorías organizadas suelen frecuentemente hacerse de beneficios propios de la mayoría desorganizada. Para poner atajo a esta situación, Sax argumenta que los jueces debieran hacer improcedente la extracción de estos beneficios,²⁰ mientras Epstein plantea que las minorías solo pueden obtener estos beneficios a través de una licitación y pagando un precio por los mismos.²¹

En el último tiempo, la pregunta relativa a si acaso los beneficios derivados de la regulación deben restituirse o no ha sido abordada, de manera más matizada, por Kades, así como también por Bell y Parchomovsky. Ellos coinciden en la necesidad de que el Estado cobre por estos regalos regulatorios en determinados supuestos. Kades define conceptualmente un regalo regulatorio, señalando que estamos frente a uno allí donde hay una ganancia económica independiente del trabajo, planificación u otras actividades productivas que la sociedad desee premiar.²² Para él, un factor esencial del regalo regulatorio es la sorpresa.²³ Si la ganancia no es sorpresiva, la explica el trabajo, la planificación o alguna actividad productiva que la sociedad desea incentivar.²⁴ De ahí que establecer un impuesto a estos regalos regulatorios, de acuerdo al autor, no implica un desincentivo al esfuerzo; la suerte es lo único que explica su obtención. Ahora bien, de ello no se sigue que todos los regalos regulatorios

hay un dilema entre riesgo e incentivos. En la medida que el primer problema puede ser abordado por el mercado a través de un seguro, de lo que hay que hacerse cargo es de los incentivos; para que estos sean los apropiados, la mejor política es que el Estado no intervenga. Ver *ibíd.*, pp. 527-533. Un análisis crítico sobre la factibilidad de un mercado de seguros para riesgos que provienen del Estado, en Masur, Jonathan y Nash, Jonathan, "The Institutional Dynamics of Transitional Relief", en *New York University Law Review*, Vol. 85, 2010, pp. 527-533.

19 Ackerman ha ilustrado de manera gráfica como en las condiciones de pluralismo que se dan actualmente en la política, los intereses de las minorías organizadas suelen encontrar mejor representación que aquellos de las mayorías. Ver Ackerman, Bruce, "Beyond Carolene Products", en *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985. Su argumento se basa en el elaborado por Olson en un trabajo clásico: Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, (Harvard University Press) 1965.

20 Ver Sax, Joseph, "The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention", en *Michigan Law Review*, Vol. 68, 1970, p. 560.

21 Epstein, Richard, "The Public Trust Doctrine", en *Cato Journal*, Vol. 7, 2, 1987, p. 421.

22 Kades, Eric, "Windfalls", en *Yale Law Journal*, Vol. 108, 1999, p. 1491. Otros, analizando el fenómeno desde la perspectiva de la propiedad, han señalado que un regalo regulatorio es aquel aumento en el valor de una propiedad que deriva de una acción del Estado. Ver Hagman, Donald y Mischynski, Dean, "Introduction", en Hagman y Mischynski [eds.], *Windfalls for Wipeouts: Land Value Capture and Compensation*, (American Society of Planning Officials) 1978, p. 1.

23 Kades, op. cit., p. 1494.

24 *Ibíd.*, pp. 1494-1495.

deban quedar sujetos a un impuesto; para que este sea el caso, el beneficio a la sociedad derivado del impuesto debe ser superior a los costos de transacción –especialmente los relacionados con la información– y administrativos que implicaría cobrar ese impuesto.²⁵ Kades concluye que solo algunos regalos regulatorios debieran quedar sujetos a un impuesto: aquellos efectuados por el Estado en que no es costoso identificar a los beneficiarios, determinar el monto a imponer y cobrarlo.²⁶ En las condiciones actuales, los Estados cuentan con la infraestructura necesaria –la organización e información– para cobrar por esta clase de regalos regulatorios.

Por su parte, Bell y Parchomovsky también se muestran partidarios de cobrar por algunos regalos regulatorios. La contribución de estos autores en la materia es significativa, por cuanto, en primer lugar, definen dos preguntas relevantes: (a) si hay o no un regalo regulatorio y (b) si es pertinente sujetarlo a un impuesto. Como se puede intuir de la segunda pregunta, no todo regalo regulatorio debe quedar sujeto a un impuesto; sostener esa postura en el Estado moderno socavaría una serie de instituciones cuya justificación radica precisamente en otorgar beneficios a los más desaventajados. Para responder a estas dos preguntas, Bell y Parchomovsky elaboran cuatro criterios, a los cuales me referiré con detalle a continuación. Luego, elaboran una serie de razones –de justicia, eficiencia y economía política– que justifican cobrar por los regalos regulatorios.

Abordaremos primero las dos preguntas para determinar si nos encontramos en presencia de un regalo regulatorio imponible y los cuatro criterios para responderlas. El primer criterio a atender es si acaso el acto de gobierno que confiere un beneficio constituiría una expropiación si fuera revertido,²⁷ por ejemplo, si el gobierno dejara sin efecto una concesión que otorgó gratuitamente. El segundo alude a si los receptores del regalo constituyen un grupo de fácil identificación y al grado en que la generalidad del público tiene acceso al regalo; de acuerdo a este criterio, la provisión gratuita de educación por parte del Estado no constituye un regalo regulatorio, pues sus receptores no son de fácil identificación, siendo un beneficio al cual puede acceder la generalidad del público.²⁸ El tercer criterio se refiere a si el regalo puede ser

25 *Ibíd.*, p. 1492.

26 *Ibíd.*, p. 1532.

27 Bell y Parchomovsky, *op. cit.*, p. 555.

28 *Ibíd.*

claramente asociado con una privación,²⁹ por ejemplo, cuando el Estado, luego de expropiar un terreno a un privado, se lo entrega a otro para que realice un proyecto de mayor valor social. El último criterio se refiere a si el beneficiario puede rechazar el regalo,³⁰ por ejemplo, uno derivado de un aumento en el coeficiente de edificabilidad determinado por una modificación al Plan Regulador respectivo, pero no que se instale una estación de metro cerca de su casa que aumentará el valor de esta.

Me refiero ahora a la segunda contribución: las razones que justifican sujetar a un impuesto los regalos regulatorios. Hay razones de justicia: así como no es justo ni equitativo que unos pocos deban soportar cargas que debieran serlo por toda la ciudadanía, tampoco lo es que unos pocos reciban beneficios que debieran serlo por la generalidad de ella.³¹ Elaborando más esta intuición, Bell y Parchomovsky señalan que, cuando el regalo deriva de una decisión estratégica e intencional del Estado, la ciudadanía puede reaccionar con resentimiento y frustración.³² En relación a la eficiencia, así como la inexistencia de una obligación de indemnizar por regulaciones que imponen una carga demasiado onerosa sobre la propiedad puede llevar a que el Estado regule más allá de lo óptimo –porque regular no tiene ningún costo asociado–, la inexistencia de un impuesto a los regalos regulatorios lleva a que el Estado entregue beneficios más allá del punto en que es socialmente óptimo hacerlo.³³ Adicionalmente, la existencia de regalos regulatorios puede distorsionar las decisiones de inversión de los individuos, afectando de esta manera a la eficiencia asignativa.³⁴ Por último, existen poderosas razones de economía política que justifican establecer un impuesto a los regalos regulatorios: tal como la expropiación garantiza que una facción organizada no use su poder para enriquecerse a costa de una minoría desorganizada, cobrar por un regalo regulatorio se hace cargo del problema que una facción pueda enriquecerse a costa de una mayoría desorganizada; si lo que preocupa es el poder de las

29 Ibid.

30 Ibid., p. 557.

31 Ibid., p. 554.

32 Ibid., p. 579. Este resentimiento y frustración es uno de los costos asociados a toda regulación que afecta la propiedad, costos que fueron rotulados por Michelman, en su notable y visionario artículo de 1967 sobre costos de demoralización. Ver Michelman, Frank, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 80, 1967, p. 1214.

33 Bell y Parchomovsky, op. cit., p. 554.

34 Ibid., p. 584.

facciones, resulta irrelevante si estas se han organizado para lograr una expropiación o ser beneficiadas por un regalo regulatorio.³⁵ Esto es de la mayor importancia, si se considera que los regalos regulatorios –qué duda cabe– son uno de los principales medios para distribuir riqueza a grupos de interés, y que la incapacidad de evitarlos permite a estos grupos utilizar para su propio beneficio el proceso legislativo.³⁶

En suma, parecen haber buenas razones para sujetar a un impuesto los regalos regulatorios. Es cierto que esto no es fácil; primero, hay que poder distinguir entre un beneficio al cual la generalidad del público puede acceder y un regalo regulatorio, y, luego, se debe tener presentes los costos de transacción y administrativos que el cobro de ese impuesto lleva asociados, para determinar si los beneficios de ese impuesto superan a sus costos. Ninguna de estas dificultades es decisiva: la primera se enfrenta utilizando los cuatro factores propuestos por Bell y Parchomovsky; la segunda, enfocando el impuesto allí donde medir a los beneficiarios y el monto preciso del regalo resulta menos costoso. Adicionalmente, consideraciones de justicia y eficiencia respaldan el establecimiento de ese impuesto. Y el cobro por un regalo regulatorio puede tener el saludable efecto de poner un obstáculo a la capacidad de las minorías organizadas de extraer beneficios de la mayoría desorganizada.

1.2. ¿Constituye la entrega de cuotas de pesca al sector industrial un regalo regulatorio?

Una rigurosa respuesta a esta pregunta requiere hacerse cargo de dos cuestiones: (a) las contraprestaciones que la aludida Ley impone sobre los beneficiarios de las cuotas de pesca y (b) si el beneficio en cuestión reúne las características de un regalo regulatorio. Para abordar la primera, se debe considerar la patente y el impuesto específico con que son gravados los beneficiarios de cuotas de pesca. La respuesta a la segunda vendrá dada por la aplicación de los factores de Bell y Parchomovsky. Previo a ello, para facilitar al lector la comprensión de este análisis, cabe realizar una muy somera descripción del régimen pesquero en que se otorgan estos presuntos regalos regulatorios.

Como suele suceder con los recursos naturales, en una primera etapa no existieron restricciones de acceso a los recursos pesqueros en Chile. A mediados de la década de los ochenta, el nivel de explotación de los recursos

35 *Ibíd.*, p. 553.

36 *Ibíd.*, p. 585.

pesqueros se hizo insostenible, lo que llevó a establecer límites al acceso a determinadas pesquerías.³⁷ Con el correr del tiempo, se hizo necesario profundizar en el establecimiento de esos límites y, para hacer eso posible, se modificó la regulación legal en materia pesquera. Ese esfuerzo se materializó, primero, en la dictación de la Ley 18.892 y, luego, en la de las Leyes 19.079 y 19.080. Estas últimas establecieron diversos regímenes de acceso en función del estado de desarrollo de las pesquerías: (a) régimen de acceso general, (b) régimen de plena explotación, (c) régimen de pesquería en recuperación y (d) régimen de pesquería incipiente. Además de este mecanismo, se permitió a la autoridad fijar cada año cuotas globales de captura para cada especie, las que, obviamente, aplican para todos los regímenes menos el general de acceso.

En cuanto la problemática de las cuotas de pesca se relaciona con el régimen de plena explotación, es relevante analizarlo con algún detenimiento. El aludido régimen busca controlar el esfuerzo pesquero —la capacidad de pesca de los barcos autorizados para realizar esta actividad económica— en aquellas pesquerías que han llegado a tal nivel de explotación que, con la captura de las unidades autorizadas, no existe superávit en los excedentes productivos de la determinada especie biológica. Para lograr este propósito, una vez que se declara a una pesquería en plena explotación, la autoridad pesquera tiene la facultad de suspender el otorgamiento de nuevas autorizaciones de extracción para esa pesquería. En virtud de un artículo transitorio de la Ley 19.080, las principales pesquerías chilenas quedaron sujetas a ese régimen. Un aspecto relevante para este análisis es que, en conformidad con las aludidas Leyes, las autorizaciones de pesca vigentes, que autorizan a realizar actividades extractivas en pesquerías declaradas en plena explotación, tienen un carácter indefinido, en tanto se mantenga dicho régimen.³⁸

A pesar de estos cambios regulatorios, debido a la existencia de una serie de mecanismos que apuntaban en sentido diverso,³⁹ hacia fines de la década de los noventa el diagnóstico apuntaba a que seguían existiendo niveles excesivos de esfuerzo pesquero y que se requerían nuevos instrumentos legales.⁴⁰

37 Este es el caso del Decreto 436, que congeló el esfuerzo pesquero sobre la sardina, anchoveta, jurel y caballa en la I, II y VIII Regiones. Referencia tomada de Antecedentes de la Subsecretaría de Pesca, Informe presentado ante el Tribunal de la Libre Competencia, p. 40, disponible en www.tdlc.cl, (última visita, 1 de mayo de 2013).

38 Ver Ley 18.892, artículo 10 inciso 2.

39 Una buena descripción en Antecedentes de la Subsecretaría de Pesca, Informe presentado ante el Tribunal de la Libre Competencia, p. 42, disponible en www.tdlc.cl (última visita, 1 de mayo de 2013).

40 *Ibid.*

Ello llevó a la autoridad a buscar mecanismos para lidiar con este problema, lo que finalmente logró con la aprobación de la Ley 19.713. La aludida Ley, a la prohibición de acceso por la declaración de una pesquería en plena explotación y al establecimiento anual de una cuota global de captura para dichas pesquerías, agregó un mecanismo –que ha generado la polémica– sobre la asignación de las cuotas: el límite máximo de captura por armador, que se traduce en la asignación de cuotas individuales de pesca. Esta medida de administración pesquera supone (a) fraccionar la cuota global de captura entre el sector industrial y el artesanal, para, luego, (b) determinar, con sujeción a ciertos parámetros, como se asigna a armadores industriales específicos –que cuenten con autorizaciones de pesca vigentes– una alícuota de esa fracción. Los parámetros que se utilizan en el segundo paso varían: tratándose de las pesquerías más relevantes –jurel, sardina y merluza de cola– en aquellas zonas geográficas en donde aún es posible capturarlos, son las capturas efectuadas por cada armador industrial en los tres años anteriores a la entrada en vigencia de la aludida Ley y la capacidad de bodega corregida de los buques autorizados para efectuar capturas de esas pesquerías. Para el resto de las pesquerías, se consideran únicamente las capturas efectuadas en los dos años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley.⁴¹

Al tomar en consideración capturas históricas, este sistema de asignación privilegia a aquellos actores que ya venían ejerciendo actividades pesqueras y, consecuentemente, hace improbable que puedan obtener cuotas individuales los actores que hasta la fecha de dictación de la Ley no habían ingresado al mercado. Si bien la Ley 19.713 debía tener una vigencia de solo dos años, su aplicación se prorrogó por otros diez con la aprobación de la Ley 19.849. Cabe enfatizar que la primera de estas leyes –y la segunda, por cuanto prorrogó la vigencia de la anterior– fueron enfáticas en declarar que esta asignación de cuotas, efectuada en conformidad al límite máximo de captura por armador, no implicaba el otorgamiento de derecho alguno para las futuras modificaciones que se introdujeran en la materia.⁴²

41 En mayor detalle, lo que se hace en el primer caso es sumar al 50% del coeficiente resultante de dividir las capturas realizadas por el respectivo armador en los últimos cuatro años y el 50% del coeficiente resultante de la utilización de la fórmula que la ley determina para obtener la capacidad de bodega corregida de cada nave. El resultado que arroja esa suma se multiplica por la cuota global de captura correspondiente al sector industrial, expresada en toneladas. En tanto, en el segundo caso, el coeficiente se obtiene dividiendo las capturas realizadas por un armador en los dos años anteriores a la vigencia de la ley, por la totalidad de las capturas industriales realizadas en el mismo período. Al igual que en el caso anterior, ese coeficiente se multiplica posteriormente por la cuota global de captura correspondiente al sector industrial, expresada en toneladas. Ver Ley 19.713, artículo 7.

42 Sin perjuicio de lo señalado en el texto principal, es relevante destacar que, en la discusión legislativa de la Ley 19.713, la senadora Carmen Frei y, en particular, el senador Alejandro Foxley manifestaron

El legislador en 2012 se encuentra con esta herencia al debatir sobre una nueva modificación a la Ley de Pesca. Recapitulemos: las Leyes 19.079 y 19.080 introdujeron el régimen de plena explotación, a consecuencia del cual, en aquellas pesquerías declaradas por la autoridad en ese estado, se suspendió el otorgamiento de nuevas autorizaciones. Aquellos actores que contaban con autorizaciones vigentes al efectuarse esa declaración, pudieron seguir realizando actividades extractivas y a sus respectivas autorizaciones la Ley les atribuyó un carácter indefinido, pero sujeto a una calificación: en tanto se mantuviera vigente la declaración de plena explotación de la respectiva pesquería.⁴³ Luego, en virtud de las Leyes 19.713 y 19.849, las autorizaciones de pesca para las principales pesquerías del país se transformaron en cuotas individuales para aquellos armadores industriales que se vieron favorecidos por los criterios de asignación escogidos por el legislador para la determinación del límite máximo de captura por armador: aquellos con un número más alto de capturas y buques con una mayor capacidad de bodega. La Ley 20.657 no cambió mucho las cosas en este punto; tan solo introdujo los ajustes necesarios para que las cuotas, independientemente de a quienes fueron asignadas originalmente, sean más transferibles. La Ley 20.657 deja las cuotas en las manos en que estaban durante la aplicación de la Ley 19.713. Esas cuotas son ahora mucho más valiosas, ya que ha aumentado su transferibilidad.⁴⁴

Antes de concluir que las cuotas de pesca en la Ley 20.657 constituyen un regalo regulatorio, es necesario aludir a un aspecto que va aparentemente en sentido contrario a lo que pretendo demostrar: la referida Ley asocia dos contraprestaciones de carácter monetario a la entrega de cuotas de pesca: una patente y un impuesto específico. Más aun, nominalmente, en relación a la normativa anterior, que establecía tan solo una patente, estas contraprestaciones aumentan.

Más allá del detalle de la forma en que se calcula la patente –que bajo la nueva Ley aplica solo a aquellas embarcaciones que efectivamente estén

su apreciación que, no obstante el carácter transitorio de esta entrega de cuotas, iba a ser muy difícil modificar la asignación cuando se volviera a discutir el asunto. Ver Historia Legislativa de la Ley 19.713, pp. 287 y 290.

43 Para concluyentes análisis en el sentido que sobre las autorizaciones de pesca no hay derecho de propiedad, ver Montt, Santiago, Informe en Derecho presentado ante el Tribunal de la Libre Competencia, en www.tdlc.cl, (última visita, 1 de mayo de 2013) y Fuentes, Jessica, “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho*, Vol. 38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.

44 Para un argumento sobre como la transferibilidad aumenta el valor de un bien, ver Easterbrook, Frank, “Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information”, en *Supreme Court Review*, 1981, p. 347.

siendo utilizadas para actividades extractivas- y el impuesto específico,⁴⁵ hay evidencia en la historia legislativa que demuestra que lo que se recauda en total por la suma de ambos es igual o menor que lo que se pagaba antes –bajo la vigencia de la Ley 19.849–solo por concepto de patente. Muy ilustrativa, para estos efectos, fue la intervención de la senadora Rincón en la sala del Senado, quien afirmó que las propias cifras del gobierno indican que lo que se recaudará con la nueva ley por ambos conceptos es inferior a lo que se recaudaba en la antigua solo por concepto de patentes, lo que le resultaba tremendamente llamativo, dado su conocimiento de un estudio técnico que indicaba que, de asignarse las cuotas mediante licitación, el Estado recaudaría hasta 20 veces más de lo que iba a obtener con la nueva Ley.⁴⁶ Corroboró las declaraciones de la senadora Rincón el hecho que, para lograr que el proyecto de ley fuera aprobado por la Comisión Mixta, se estableció una disposición transitoria destinada a asegurar que lo recaudado por ambos conceptos, patente e impuesto específico, una vez que la Ley entrara en vigencia, no sería menos que lo recaudado por patentes en el año 2012, al término de la vigencia de la antigua ley.⁴⁷

Independientemente del monto recaudado por ambos, se debe tener en cuenta lo que justifica el cobro de una patente en un mecanismo regulatorio de mercado como el que utiliza la nueva Ley de Pesca: los costos para la sociedad que acarrea la implementación de ese mecanismo. Para el caso de la pesca, esos costos sociales son: los relativos a la investigación necesaria para fijar, año a año, las cuotas globales de captura para las especies pesqueras; los requeridos para mantener un adecuado sistema de registro de las embarcaciones que realizan actividades pesqueras; los necesarios para financiar el

45 Para los detalles relativos a su cálculo, ver Ley 20.657, artículo 43 Ter.

46 Ver intervención de la senadora Ximena Rincón, en la sala del Senado, el 16 de octubre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 758. En el mismo sentido, ver intervención del diputado Gabriel Ascencio, en la sala de la Cámara de Diputados, el 17 de julio de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 305, y del senador Gómez, en la sala del Senado, el 21 de noviembre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 2042, todas disponibles en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

47 Ver Ley 20.657, artículo decimo sexto transitorio. Existen razones detrás de esta baja en lo recaudado. En primer término, en la nueva Ley, la patente se asocia a las embarcaciones que efectivamente estén realizando capturas y no a las que cuenten con autorización para realizarlas. Además, en cuanto al royalty que grava las capturas, lo que se recaude por su aplicación depende de las cuotas que, año a año, se autoricen a capturar. Como al día de hoy la biomasa de las principales especies no se encuentra en las mejores condiciones, es bajo lo que se puede recaudar por aplicación del royalty. Ahora, si en el futuro suben –ese es el supuesto en que se basa la Ley– se podrá recaudar más; pero aun en ese caso, será mucho menos de lo que se podría haber recaudado si se hubiera fijado un impuesto modelado sobre lo mismo que se habría recaudado en caso de haberse licitado las cuotas.

funcionamiento de los Comités Técnicos, el Panel de Expertos y toda la institucionalidad necesaria para la operatividad de este mecanismo de mercado; y los necesarios para fiscalizar que los regulados no capturen más especies que aquellas que la Ley los autoriza. En su intervención en la sala del Senado, el senador Gómez señaló que existe una brecha cercana a los US \$70.000.000 entre lo que se va a recaudar con la nueva Ley, a través de patente e impuesto, y los recursos necesarios para financiar el adecuado funcionamiento del sistema.⁴⁸ Más allá de su exactitud, esas cifras ilustran que el denominado impuesto específico resulta bastante engañoso: su función, en los hechos, es aumentar lo recaudado para financiar el funcionamiento del sistema. En consecuencia, no existe contraprestación asociada a la entrega de las cuotas que diga relación con la utilización de un recurso escaso; más allá de su nombre, el royalty viene a complementar lo recaudado mediante la patente para financiar el funcionamiento del sistema. De que las cuotas se regalan, se regalan.

Habiendo establecido que no hay contraprestación asociada a la entrega del beneficio, resta por dilucidar si este constituye o no un regalo regulatorio que debe quedar sujeto a una contraprestación. Para efectuar esta determinación, utilizo los factores de Bell y Parchomovsky. En relación al primer factor, si en el futuro el gobierno privara a los beneficiarios de sus autorizaciones –sea que estas se mantengan o que se transformen, en términos del proyecto, en Licencias Clase A– habría una expropiación, por lo que sí estaríamos en presencia de un regalo regulatorio. En relación al segundo, se trata de un beneficio al cual solo acceden unos pocos y que no se encuentra disponible para la generalidad del público, por lo que nuevamente estamos frente a tal regalo. En tercer término, las cuotas que reciben los beneficiarios no surgen de la nada: estaban en manos de otros agentes económicos, a quienes la Ley privó de ellas para que llegaran a aquellos;⁴⁹ por lo que, una vez más, estamos frente a un regalo regulatorio. Finalmente, el beneficio que la nueva Ley entrega sí puede ser rechazado –para ello, basta con que no se ejerza la opción de transformar las actuales autorizaciones en licencias clase A–, por lo que, por última vez, estamos frente a un regalo.

48 Ver intervención del senador Gómez, en la sala del Senado, el 28 de noviembre de 2012, p. 2543. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

49 En estricto rigor, la Ley que instauró este sistema no es la que se está analizando, sino la 19.713 de 2000, que introdujo por primera vez las cuotas individuales de pesca, aunque con carácter transitorio. Aun cuando la manera en que se fraccionan las cuotas entre el sector industrial y el artesanal ha cambiado con la nueva Ley, los beneficiados con la entrega de cuotas en el sector industrial siguen siendo los mismos que fueron favorecidos por la primera Ley.

En suma, no cabe duda alguna: las cuotas de pesca equivalen a un regalo regulatorio. Las ganancias derivadas de su obtención son sorprendentes, desde el momento que el marco regulatorio antiguo no otorgaba derecho alguno sobre las cuotas una vez que expirara su vigencia. Además, los beneficios que se pueden obtener al gravarlas con un impuesto superan a los costos, por lo que la eficiencia no puede ser utilizada para justificar su entrega gratuita. A un nivel más específico, el valor total recaudado por concepto de patentes e impuesto adicional es, a lo sumo, igual a lo que se recaudó hasta 2012 e insuficiente para cubrir los gastos sociales que implica la implementación de este sistema de mercado, por lo que ese impuesto, en ningún caso, opera como una contraprestación a la utilización de un recurso escaso. Finalmente, no nos encontramos ante uno de esos beneficios que no deben quedar sujetos a un impuesto; la aplicación de los cuatro factores que sugiere la literatura para determinar si se debe cobrar o no por un beneficio derivado de la regulación lo demuestra.

2. Las restricciones institucionales al manejo legislativo de las transiciones regulatorias: La explicación del regalo regulatorio

En la sección anterior se ha argumentado que la entrega de cuotas al sector industrial en la nueva Ley de Pesca constituye un regalo regulatorio. ¿Qué justifica que el Estado renuncie a hacerse de valiosos recursos y los entregue sin contraprestación alguna a una minoría políticamente organizada? El argumento que elaboraré para dar respuesta a esa interrogante se fundamenta en la premisa que en la modificación de la Ley de Pesca hubo una transición regulatoria que requería ser gestionada. Esa gestión, enfatizaré, se realizó en un ambiente –el proceso legislativo– sujeto a una serie de restricciones institucionales, establecidas en la Constitución, que determinan que regalar las cuotas fuera un costo razonable en que incurrir con tal de obtener la aprobación del proyecto de ley. Se debe recordar que, en caso que no se hubiera aprobado, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de las situaciones, las cosas no se hubieran mantenido tal como estaban en el sector pesquero, sino que se habría vuelto a la “carrera olímpica”.

Una transición regulatoria es aquella que se produce como consecuencia de la decisión misma de introducir cambios a un régimen regulatorio, como, por ejemplo, el de la Ley de Pesca. Por regla general, cada vez que se introducen esos cambios, se modifican las reglas en consideración a las cuales

se decidió invertir en el pasado; en el caso de la Ley de Pesca, como hemos señalado, las decisiones que los armadores industriales adoptaron en consideración a las Leyes 19.079, 19.080, 19.713 y 19.849. Se trata de un dilema cuya resolución es compleja; cualquier decisión que se adopte afectará valiosos bienes jurídicos. Si, por ejemplo, se opta por hacer tabla rasa con el pasado y cambiar radicalmente las reglas del juego, se afecta la estabilidad, que, para la literatura neoliberal, es un elemento esencial del Estado de Derecho.⁵⁰ De otorgarse, por el contrario, plena protección a las decisiones tomadas en el pasado, se arriesga la efectividad de la ley en lidiar con el problema que ha motivado su dictación.⁵¹ Por estas razones, para manejar transiciones regulatorias, los órganos encargados de su gestión –como, por ejemplo, el Congreso o partes de la Administración– echan mano a estrategias⁵² tales como (a) otorgar un período de amortización para las inversiones realizadas en el pasado, durante el cual no se le aplican las modificaciones legales; (b) indemnizar a aquellos que se vean especialmente perjudicados por el cambio regulatorio; y (c) hacer del todo inaplicable la nueva regulación a inversiones realizadas en el pasado –lo que en inglés se denomina *full grand fathering*–, estrategia por la que opta el legislador en la nueva Ley de Pesca.⁵³

En la literatura teórica estadounidense que ha abordado el tema existen distintas posturas relativas a la conveniencia de que el Estado realice esta intervención mitigatoria. Para quienes enfatizan la equidad, el Estado debe intervenir cada vez que modifica las reglas del juego, ya que los agentes económicos se basaron en esas reglas al momento de invertir.⁵⁴ Aquellos que ana-

50 Ver Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, (Routledge) 2001, p. 75. Para una crítica persuasiva, ver Waldron, Jeremy, “Thoughtfulness and the Rule of Law”, en *British Academy Review*, Vol. 18, 2011, pp. 4-10.

51 Quizás el primer autor en resaltar este punto fue Hale, uno de los integrantes del primer movimiento del Análisis económico del derecho. Analizando la problemática de la interferencia de la regulación en los derechos adquiridos, Hale argumentó que al evaluar la onerosidad de una determinada carga que se impone sobre la propiedad hay que considerar también el costo que tendría para el bienestar general no adoptar esa regulación. Ver Hale, Robert, “Value and Vested Rights”, en *Columbia Law Review*, Vol. 27, 1927, p. 529.

52 Un completo listado de estrategias para lidiar con transiciones regulatorias en Rose, Carol, “Property Rights and Responsibilities”, en Chertow, Marian y Esty, Daniel (eds.), *Thinking Ecologically. The Next Generation of Environmental Policy*, (Yale University Press) 1997, p. 56; y una evaluación comparativa de los costos y beneficios de cada una de ellas en Kaplow, op. cit., pp. 582-583.

53 Para un análisis de los diversos tipos de *grandfathering*, ver Nash, *The Cathedral of Transitional Relief*, (inédito) p. 4.

54 Ver Hochman, Harold, “Rule Change and Transitional Equity” en Hochman, Harold y Peterson, George (eds.), *Redistribution Through Public Choice*, (Columbia University Press) 1974, p. 320; Epstein, Richard, “Beware of Legal Transitions: A Presumptive Vote for the Reliance Interest”, en *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 13, 2003, p.70.

lizan el fenómeno desde la perspectiva de la eficiencia postulan que el Estado no debiera intervenir; si lo hace, genera incentivos que llevarán a los agentes a tomar decisiones ineficientes.⁵⁵ Desde esta última perspectiva, en la medida que la intervención estatal puede generar malos incentivos, se establece una fuerte presunción en contra de ella en hipótesis de transiciones regulatorias. Esta última postura ha resultado ser más persuasiva, pero, en los últimos años –en que la crisis financiera ha demostrado que la intervención del Estado ante hipótesis de riesgo no solo va en apoyo de los inversionistas, sino también de sus trabajadores y los consumidores–ha ido perdiendo fuerza.⁵⁶

Más allá de estas consideraciones, la experiencia demuestra que cuando se dan transiciones regulatorias el Estado suele intervenir para mitigar las pérdidas de aquellos que se ven afectados.⁵⁷ Más aun, en la mayoría de los casos, tal como sucede en la nueva Ley de Pesca, esa intervención es la peor desde la perspectiva de los incentivos: inmunizar totalmente las decisiones de inversión adoptadas antes de la aplicación del nuevo marco regulatorio. No es difícil entender porqué este es el caso: como señala Levmore, aquellos que pueden verse afectados en caso que se apruebe la modificación no van a permitir que esta se introduzca a menos que haya intervención para mitigar sus pérdidas.⁵⁸ Así, el otorgamiento de esta mitigación suele ser utilizado como un mecanismo de negociación en el proceso de aprobación de la reforma.⁵⁹ Es por ello que Revesz y Westfahl Kong, en vez de llamar a no efectuar esta intervención mitigatoria, centran su atención en hasta dónde puede llegar sin generar ineficiencias.⁶⁰ Ahora bien, ambas cosas, cuánto puede ser utilizado como mecanismo de negociación el otorgamiento de mitigación y hasta dón-

55 Kaplow, op. cit., pp. 527-533; Blume, Lawrence y Rubinfeld, Daniel, “Compensation for Takings: An Economic Analysis”, en *California Law Review*, Vol. 72, 1984, pp. 590-594.

56 Ver Nash, “Allocation and Uncertainty: Strategic Responses to Environmental. Grandfathering”, en *Ecology Law Quarterly*, Vol. 36, 2009, p. 834.

57 En Chile, por ejemplo, cuando se estableció por primera vez el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al aprobarse la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se decidió eximir a los proyectos en operación de su aplicación en tanto no realizaran alguna modificación. Lo mismo sucedió con la Ley 20.017, que reformó el Código de Aguas, con la exigencia de un caudal mínimo ecológico, la cual solo se estableció para las solicitudes de derechos de agua que se hicieran con posterioridad a la entrada en vigencia de esa Ley.

58 Ver Levmore, Saul, “Changes, Anticipations, and Reparations”, en *Columbia Law Review*, Vol. 99, 1999, p. 1665.

59 Ver Huber, Bruce, “Transition Policy in Environmental Law”, en *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 35, 2011, p. 91.

60 Revesz, Richard y Westfahl Kong, Allison, “Regulatory Change and Optimal Transition Relief”, en *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, 2011, p. 1626.

de llega esta, dependen de las reglas de decisión a las que se encuentra sujeto el órgano que debe gestionar la respectiva transición regulatoria.⁶¹ Por ello, para entender la nueva Ley de Pesca, es importante referirse a las restricciones institucionales que inciden sobre el manejo de transiciones regulatorias en nuestro ordenamiento jurídico.

Para efectos de claridad argumentativa, distinguiré entre restricciones institucionales de carácter procedimental y aquellas sustantivas, sin perjuicio que en la mayoría de los casos ambas se mezclan. Dentro de las primeras, aquellas que tiene una mayor incidencia son el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 N° 24 CPR y la libertad para adquirir toda clase de bienes, que garantiza el artículo 19 N° 23. La primera disposición fija un límite de contornos difusos –la esencia del derecho de propiedad– a la posibilidad que el legislador, al modificar un esquema regulatorio, afecte los derechos de propiedad existentes. Alguna jurisprudencia ha estimado que, en caso que la limitación que establezca el legislador traspase ese límite, corresponde indemnizar al propietario afectado.⁶² No es este, sin embargo, el principal efecto que este derecho fundamental produce sobre las eventuales modificaciones regulatorias. Como lo demuestra la revisión de la historia legislativa de varios proyectos de ley en materia de recursos naturales,⁶³ este derecho es frecuentemente invocado no solamente para obtener una compensación en caso que la modificación se apruebe, sino también para bloquear esa modificación, ya sea a través de una intervención posterior del Tribunal Constitucional que declare la disposición en cuestión inconstitucional o bien para elevar los costos económicos de llevar a cabo la reforma, tornándola, justamente por la necesidad de pagar indemnización, demasiado onerosa para ser aprobada.

El artículo 19 N° 23 CPR es uno de los mayores obstáculos que debe remontar una modificación legal en materia de recursos naturales, sobretudo si se interpreta como hizo el Tribunal Constitucional en 1990, al controlar el

61 Para un interesante análisis del efecto de las reglas de decisión colectiva sobre la modificación de los derechos de propiedad, ver Wyman, Katryna, “From Fur to Fish: Reconsidering the Evolution of Private Property”, en *NYU Law Review*, Vol. 80, 2005. Para el análisis de las reglas de decisión que sujetos racionales adoptarían para cada materia, ver Buchanan, James y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent*, (University of Michigan Press) 1962.

62 El caso emblemático es Comunidad Galletué con Fisco, Corte Suprema, Rol 16743-1984, sentencia de fecha 7 de agosto de 1984.

63 Véase la historia legislativa de las aludidas Leyes 19.079 y 19.080 y la de la Ley 20.050 (Reforma al Código de Aguas), ambas disponibles en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

proyecto de Ley de Pesca.⁶⁴ Esa disposición, al interpretarse de esta forma, eleva el costo de introducir modificaciones que busquen limitar el acceso a un recurso natural; salvo, por cierto, que esa modificación diga relación con alguna de las categorías de bienes que la propia disposición exceptúa de su aplicación.⁶⁵ Si este no es el caso, la aludida modificación solo puede ser aprobada a través de una Ley de Quórum Calificado. Esto es sumamente problemático en materia de recursos naturales; tal como la experiencia de la Ley de Pesca demuestra, traspasada la capacidad de carga de un determinado recurso, este se congestiona y no queda otra alternativa que limitar el acceso al mismo.⁶⁶ Sin embargo, como esa determinación puede limitar, a su vez, la libertad para adquirir toda clase de bienes, solo puede ser aprobada en tanto se reúna el quórum propio de una Ley de Quórum Calificado. De esta manera, ante estas exigencias, no son alentadoras las noticias para la utilización de esta técnica tan necesaria en algunas instancias; el quórum requerido –cada voto adicional hace la diferencia para la aprobación de un proyecto de ley– hace probable que la reforma sea bloqueada o que, en caso que resultar aprobada, lo sea en términos tales que logre concitar altos niveles de consenso, para lo cual necesariamente tendrá que minimizar sus efectos sobre los beneficiados por el status quo.

Como sugiere el análisis precedente, los temas procedimentales son relevantes para el manejo de transiciones regulatorias. En materia de recursos naturales las cosas no son distintas de lo que sucede con la generalidad de las materias en el proceso legislativo en Chile: la Constitución Política entrega a la minoría mecanismos que, en los hechos, le otorgan poder de veto en la discusión de los proyectos de ley. Existe una abundante literatura sobre este punto.⁶⁷ Como sugieren Couso y Coddou, al sistema binominal –que subsidia a la minoría en la obtención de escaños en el Parlamento–, se le agregan las leyes de quórum especial, como en este caso una Ley de Quórum Calificado, para hacer obligatoria la negociación con la minoría al discutir una modificación

64 Ver Tribunal Constitucional, Rol 115-1990, sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990 (determinando que se requiere una Ley de Quórum Calificado para limitar el acceso a los recursos pesqueros).

65 Estos son las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público.

66 Para un argumento más elaborado sobre este punto, ver Rose, Carol, “Property and Expropriation: Themes and Variations in American Law”, en *Utah Law Review*, Vol. 1, 2000, p. 19.

67 Atria, Fernando, “Participación y alienación política: El problema constitucional”, en Fuentes, Claudio (ed.), *En el nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 2010, pp. 173-178.

legislativa.⁶⁸ Más aun, formulando un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, una muy pequeña minoría puede lograr que una disposición que no sea de su agrado sea eliminada de un proyecto de ley –a través de una declaración de inconstitucionalidad– o elevar los costos de la aprobación de una reforma, como hizo el Tribunal Constitucional cuando controló, en 1990, el proyecto de ley de pesca, al determinar que una limitación al libre acceso a los recursos pesqueros solo podía ser establecida a través de una Ley de Quórum Calificado.⁶⁹ Como es evidente, un gobierno que quiera lograr la aprobación de un proyecto de ley buscará por todos los medios evitar que se presente un requerimiento que pueda amagar el cumplimiento de ese objetivo.⁷⁰

Así las cosas, cuando se aplican al contexto chileno, las palabras de Levmore a las que se hizo alusión cobran mucho sentido: a menos que el Estado intervenga para mitigar los potenciales efectos desfavorables de una reforma, aquellos que los van a sufrir no permitirán su aprobación.⁷¹ Como se ha argumentado, las reglas del juego están hechas para que ese sea el resultado final. En efecto, para lograr la aprobación de una reforma, el Estado deberá lidiar con la sobrerrepresentación de la minoría que el sistema binominal determina, además de negociar para obtener los especiales quóruns de aprobación que la norma constitucional requiere y tener especial cuidado de que los parlamentarios que representan intereses de potenciales perdedores no formulen un requerimiento ante el Tribunal Constitucional. De esta forma, la única estrategia viable para lidiar con una transición regulatoria es aquella que logre ser inmune a toda esta serie de vetos que establece la Constitución Política. El gobierno utilizó una estrategia de esta naturaleza para lograr la aprobación de la Ley de Pesca.

Obviamente, en un sistema presidencialista como el chileno, existe un

68 Couso, Javier y Coddou, Alberto, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Fuentes (ed.), op. cit., p. 145.

69 Aun cuando, luego de la decisión del Tribunal Constitucional en el requerimiento formulado en contra del proyecto de ley de reforma al Código de Aguas, esta interpretación solo tendría cabida allí donde, antes de la modificación legislativa, existe propiedad susceptible de ser apropiada. En otras palabras, la aludida interpretación no aplica para aquellas hipótesis en donde la propiedad se origina en un acto de la autoridad, como sucede en materia de aguas, con el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas. Ver Tribunal Constitucional, Rol 260-1997, sentencia de fecha 1 de octubre de 1997.

70 Este argumento ha sido elaborado por Stone Sweet, en un estudio de los efectos del control preventivo sobre el proceso legislativo en Francia. Su argumento consiste en que la existencia de control preventivo induce la autolimitación de quienes apoyan la reforma; vale decir, estos últimos no llegan tan lejos como quisieran en la propuesta de reforma para evitar que sea impugnada por la oposición ante el Consejo Constitucional. Ver Stone Sweet, Alec, “Rules, Dispute Resolution and Strategic Behavior”, en *Journal of Theoretical Politics*, 1998, pp. 331-334.

71 Ver Levmore, op. cit., p. 1665.

mecanismo para contrarrestar el poder de veto del Congreso: el poder de determinar la agenda o de “agenda-setting” del Ejecutivo, aquel que tiene el Ejecutivo para decidir qué se discute y cuándo. En términos constitucionales, lo primero se manifiesta en las facultades de iniciativa exclusiva que detenta el Ejecutivo. Lo segundo, en tanto, se materializa en su facultad exclusiva de determinar el tipo de urgencia con que se va a discutir un proyecto. Estas facultades le permiten al Presidente forzar el asunto a ser discutido y el momento en que esto debe ser hecho. Estas atribuciones logran contrarrestar en cierta medida los poderes de veto que la Constitución entrega al Congreso.⁷² Sin embargo, por una razón que explicaré a continuación, ello no sucedió en la discusión de la nueva Ley de Pesca, lo que permitió que las minorías organizadas, a las cuales este sistema de vetos empoderan, extrajeran rentas de una mayoría cuyos intereses no fueron adecuadamente representados en el proceso legislativo.

Como hemos señalado, las sucesivas modificaciones introducidas en el sector pesquero desde 2000 tuvieron todas un carácter transitorio. La última de ellas, efectuada por la Ley 19.849, prorrogó la vigencia del límite máximo de captura por armador por 10 años, plazo que vencía el 31 de diciembre del 2012. Esto resulta determinante para entender las condiciones en que se discutió la nueva Ley de Pesca: en caso que no fuera aprobada antes de esa fecha, se volvía a la “carrera olímpica”, permitida por la regulación establecida en las Leyes 19.079 y 19.080. Esta particular línea de base impulsó la utilización de los poderes de agenda-setting del Ejecutivo.⁷³ A diferencia de lo que ocurre en la generalidad de las hipótesis –en que, de no aprobarse una reforma, se mantiene el estado de cosas–, el rechazo implicaba retrotraerse a un estado bastante peor que aquel existente al momento de discutirse la reforma.

Vistas así las cosas, no es difícil explicar el resultado final del proceso. Se debe tomar en consideración que el proyecto de ley solo se introdujo a la discusión legislativa en diciembre de 2011; el gobierno solo contaba con 13 meses

72 La elaboración original de este modelo y los casos que la sustentan en Por todos, Aninat, Cristobal, “The Political Economy of Productivity: The Case of Chile”, en *Interamerican Development Bank Working Paper Series*, N° IDB-WP-105, 2010, pp. 18-21.

73 La literatura estadounidense sobre análisis positivo de la teoría política denomina a esta línea de base, aquella que rige en caso que no se apruebe el proyecto de ley, la política reversa, *reversionary policy*. Por regla general, allí donde la política reversa no es la mantención del status quo sino la inexistencia de un marco legal, como ocurre en Estados Unidos con las leyes de presupuesto, el efecto sobre el debate legislativo del poder de *agenda-setting* aumenta. Ver MacCubbins, Matthew, “The Political Economy of Law”, en SIEPR Discussion Paper N° 04-35, 2005, pp. 57-58. El caso de la Ley de Pesca es, con todo, distinto; si no se hubiese aprobado, no hubiera habido inexistencia de un marco legal para la pesca, sino uno que era derechamente nefasto para el Estado.

para lograr la aprobación del proyecto. Ante este escenario, utilizó la estrategia de gestión de la transición regulatoria que maximizaba la posibilidad de que la reforma fuera aprobada en ese plazo: inmunizar a los beneficiados por el status quo de los efectos más drásticos que podía tener la reforma sobre su patrimonio. Nótese que, si se lograba la aprobación del proyecto, el Ejecutivo cumplía su principal objetivo: evitar el retorno a la “carrera olímpica”.⁷⁴ Desde esta perspectiva, en lo que a asignación de cuotas se refiere, se dio un alineamiento de los intereses de los regulados con aquellos del gobierno. Con la mantención del sistema de asignación de cuotas y de los costos que el mismo les irrogaría, los regulados se mantenían, a lo menos, en el mismo pie que antes de la reforma. Por su parte, en lo que respecta al gobierno, regalar las cuotas equivalía a un mal menor en comparación con lo que hubiera supuesto el regreso a la “carrera olímpica”. Fue así, entonces, como una minoría organizada logró hacerse de rentas que pertenecían a la difusa e inadecuadamente representada mayoría.

Epílogo: ¿Cómo evitar los regalos regulatorios?

La constitucionalidad de esta problemática Ley de Pesca fue escrutada por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol 2386. La mayoría del Tribunal estimó que, en lo que a asignación de cuotas se refiere, el proyecto no presentaba problema de constitucionalidad alguno. Hubo, sin embargo, una minoría de tres Ministros que estimó lo contrario:⁷⁵ que la manera en que se asignaron las cuotas entregaba a los beneficiarios un privilegio arbitrario. Esta minoría recalcó que la Ley entrega las cuotas de manera gratuita a los mismos que las tuvieron los últimos doce años, por otros cuarenta años, al cabo de los cuales la totalidad de las cuotas serán asignadas mediante licitación. La disidencia consideró que esos cuarenta años que la Ley otorga a los actuales titulares de autorizaciones de pesca para seguir operando bajo las mismas reglas del juego actuales son un período de transición exorbitante.⁷⁶

En el criterio de la minoría, se trata de un privilegio arbitrario que la nueva Ley de Pesca otorga a un grupo de privados.⁷⁷ Detrás de ese juicio hay una intuición interesante: los regalos regulatorios –si se dan ciertos supuestos– pue-

74 Esto explica la convocatoria a la “Mesa Pesquera”, a la cual se alude en la nota 5.

75 Estos Ministros son: Carlos Carmona, Francisco Fernández y Gonzalo García.

76 Ver Tribunal Constitucional, Rol 2386-2012, sentencia de fecha 23 de enero de 2013, considerando 18.

77 *Ibíd.*, considerando 30.

den constituir un privilegio arbitrario que vulnera la igualdad ante la ley y, por lo tanto, son susceptibles de ser declarados inconstitucionales. Estimamos que no es un criterio conveniente, que su aplicación puede ser problemática.⁷⁸ La razón de ello es que puede implementarse de manera sobre inclusiva, esto es, estimando como privilegios arbitrarios situaciones que no lo son. En esta materia, como casi siempre sucede, el filo de la navaja corta para los dos lados: si aceptamos que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar la constitucionalidad de la regulación económica, no solo va a poder declarar la inconstitucionalidad de aquella que otorgue un privilegio o beneficio arbitrario; también podrá estimar que una carga es arbitraria y, por tanto, inconstitucional.

Esto se vincula directamente con mi conclusión. La mejor forma de hacerse cargo de los regalos regulatorios no es a través de la jurisdicción constitucional sino que por medio de la deliberación legislativa. Para que ello sea posible, claro está, las reglas que estructuran el debate legislativo no deben estar sistemáticamente sesgadas en favor de las minorías. Una adecuada gestión legislativa de las transiciones regulatorias requiere de un proceso legislativo libre de esos vetos que hoy lo hacen actuar sesgadamente: el sistema binominal, las leyes de quórum y el control preventivo del Tribunal Constitucional. En términos de Fernando Atria, lo que se requiere para que los intereses de la mayoría sean adecuadamente representados en la gestión legislativa de una transición regulatoria es que nuestro proceso político deje de estar intervenido por la heteronomía.⁷⁹

78 Nótese el parecido de este escrutinio estricto sobre la asignación de las cuotas de pesca con la propuesta de Sax, *op. cit.*

79 Atria, *op. cit.*, p. 173.

LOS TRIBUNALES AMBIENTALES: SE COMPLETA LA REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

Marie Claude Plumer Bodin¹

Resumen

Con la creación de los Tribunales Ambientales se cierra un largo período de instalación de la nueva institucionalidad ambiental y se abre de inmediato una nueva etapa, la de su pleno funcionamiento. Efectivamente, con la instalación del Segundo Tribunal de Santiago, luego de un proceso no exento de dudas y controversias, asociado al nombramiento de sus Ministros, se inicia una jurisdicción ambiental especializada que concentra todas las reclamaciones vinculadas a los instrumentos de carácter ambiental regulados en la Ley 19.300, incluidas aquellas que se pronuncian sobre el procedimiento de invalidación y la acción por daño al medio ambiente. Las competencias del Tribunal Ambiental están asociadas a procedimientos diferenciados –de reclamación, de demanda por daño ambiental y de medidas provisionales–, no obstante existir respecto de ellos normas comunes. Si bien dichas competencias se refieren a todos los actos de la institucionalidad ambiental, resulta de especial interés el control judicial que existe sobre determinadas competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente. El presente artículo trata de los principales hitos asociados a los temas indicados, relevando sus características e identificando, cuando corresponde, las potenciales dificultades de aplicación de la Ley de Tribunales Ambientales, en relación a su propia regulación y respecto a su relación con la Corte Suprema, esta última en calidad de Tribunal de Casación y de Protección en última instancia.

Introducción

Con fecha 28 de diciembre de 2012, se instaló el Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Santiago, de conformidad a lo dispuesto

¹ Abogada, Master en Derecho Ambiental de la Universidad de París Panthéon-Sorbonne.

en el artículo primero transitorio de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales (en adelante, LTA). Dicho Tribunal se integró, luego de un largo, complejo y, de cierta manera, cuestionado proceso de nombramiento, con tres ministros, dos abogados² un ministro licenciado en ciencias con experticia en materias medioambientales³, dos ministros suplentes⁴: un abogado y un profesional de las ciencias con especialización en materias medioambientales. Para llegar a dicho hito, fue necesaria la intervención de los tres poderes del Estado: el Judicial, el Legislativo (Senado) y el Ejecutivo, siendo este último quien designó a sus integrantes, previa participación, al inicio del proceso, del Servicio Civil, a través de su Consejo de Alta Dirección Pública.

La creación de los Tribunales Ambientales⁵ (en adelante, TA) fue el resultado de una necesidad por parte del Ejecutivo de la época de disponer de los acuerdos para lograr aprobar la reforma ambiental impulsada en 2008⁶ (la modificación de la Ley 19.300), creando el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y, especialmente, la Superintendencia del Medio Ambiente; de tal manera que una –la reforma ambiental– no se obtenía si el Ejecutivo no accedía a los TA, expresión del debido contrapeso a las decisiones administrativas de carácter ambiental. De allí que las competencias de estos Tribunales recaigan sobre determinadas decisiones de la autoridad administrativa ambiental, específicamente, resoluciones de recursos de reclamación en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y los decretos supremos que fijan normas de calidad, emisión o planes de prevención o descontaminación o las resoluciones que aplican sanciones, entre otros actos administrativos. Ahora bien, las competencias de los TA se deben analizar en conjunto con el procedimiento fijado para su resolución. Efectivamente, la LTA establece tres procedimientos diferenciados, cada uno en relación a dichas competencias y cada uno dotado, como se verá, de reglas comunes.

A continuación se desarrollarán tres tópicos señalados: creación de los Tribunales Ambientales y nombramiento de sus integrantes; competencias y procedimientos asociados, tanto diferenciados como comunes, relevando aquellos aspectos propios o característicos de la jurisdicción ambiental que

2 Ministro Presidente, José Ignacio Vásquez y Ministro Rafael Asenjo Zegers.

3 Ministro Sebastián Valdés de Ferrari.

4 Ministra Ximena Fuentes y Ministro Juan Escudero.

5 Ley 20.600, publicada en el Diario Oficial el 28 de junio de 2012.

6 Boletín 5.947-12.

se crea; y la especial relación entre los TA y la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA).

1. La génesis de los Tribunales Ambientales

El programa de gobierno de la ex presidenta Michelle Bachelet Jeria comprometió el envío de un proyecto de ley que creara el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.⁷ Como es sabido, dicho proyecto se presentó el 3 de julio de 2008 a tramitación legislativa, surgiendo durante la discusión en el Senado con gran fuerza la necesidad de introducir contrapesos a las fuertes competencias fiscalizadoras y sancionatorias que tendría la SMA, a través de un órgano de control distinto, independiente, que otorgara garantías a todos los regulados y que representara un adecuado equilibrio entre certeza jurídica y protección ambiental.⁸ Este requerimiento provino con fuerza de la industria,⁹ que buscaba disminuir la “discrecionalidad administrativa”, otorgar mayor certeza jurídica¹⁰ a las decisiones administrativas¹¹ y aminorar la denominada “judicialización ambiental” y, en particular, el uso de la acción de protección como mecanismo recursivo en contra de las decisiones administrativas ambientales. Algunas Organizaciones No Gubernamentales¹² que intervinieron en la discusión, aceptaron la idea de los TA, basándose en argumentos distintos a los de la industria: entre ellos, tutela judicial efectiva y mayor acceso a la justicia ambiental; conveniencia de disponer de un tribunal especializado y, por ende, sensibilizado con el carácter propio y particular de la regulación medioambiental.

Lo anterior llevó a un acuerdo político transversal, expresado en el denominado “Protocolo de Acuerdo” suscrito entre representantes del Poder Ejecutivo y senadores pertenecientes a las bancadas representadas en el Congreso Nacional. Dentro de los términos de este Protocolo de Acuerdo, destaca que se suscribe con la finalidad de avanzar y finalizar la tramitación en el Senado del

7 Ibid.

8 H. Senador Pablo Longueira, Historia Fidedigna de la Ley 20.600, p. 336.

9 SONAMI y Consejo Minero, entre otros.

10 El H. Senador Pablo Longueira aseveró: “...la certeza jurídica, que a su juicio es fundamental en este proyecto, la garantiza la existencia de un tribunal especializado, el que permitirá crear una cierta especialización y jurisprudencia frente a los diversos temas ambientales”. Historia Fidedigna, op. cit.

11 Varios casos contribuyeron a crear, para determinados sectores, un escenario de “inestabilidad jurídica”, como Central Campiche y Celco Valdivia, entre otros.

12 Fiscalía del Medio Ambiente y Fundación Chile Sustentable, entre otras.

proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Asimismo, se asume el compromiso de disponer de un Tribunal Ambiental con las siguientes características: (a) un órgano jurisdiccional especializado y de composición mixta; (b) dispone de competencias sobre todas las decisiones administrativas ambientales establecidas en la Ley 19.300, incluidas las de la Superintendencia del Medio Ambiente, constituyéndose en la sede del contencioso administrativo ambiental; (c) competencias de control previo respecto a determinadas atribuciones, las más gravosas, que pudiese ejercer la SMA; y (d) amplias atribuciones para evaluar la legalidad, razonabilidad y contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia.

El Ejecutivo ingresó al Congreso el proyecto de ley que crea los TA¹³ dos días después de la firma del referido Protocolo de Acuerdo.

2. Del proyecto de ley a la Ley 20.600, que crea a los Tribunales Ambientales: Principales hitos de discusión

El mensaje del proyecto de ley funda la creación de los TA en, por una parte, lo que denomina “dilemas de eficiencia - eficacia de la regulación”, que se expresa en la necesidad de lograr el cumplimiento ambiental como fundamento de un Estado de Derecho e implica disponer de una normativa que otorgue certeza jurídica y contemple los incentivos y desincentivos necesarios para lograr dicho cumplimiento; y, por otra parte, en la garantía de derechos de los regulados y de los ciudadanos en general, en razón a garantizar un acceso a una tutela judicial efectiva de estos últimos, de modo de no restringir su competencia solo al control de las decisiones de la SMA, sino que esta abarque todo el contencioso administrativo de la Ley 19.300. El proyecto proponía un tribunal de integración mixta, formado por tres abogados y dos profesionales de las ciencias y la economía, siguiendo el modelo del Tribunal de la Libre Competencia; y de carácter único, basado, por un lado, en una razón de proyección o expectativas dada la demanda de causas actuales y esperables, y, por otro, con el fin de otorgar mayor predictibilidad a sus decisiones, promoviendo la seguridad jurídica. Igualmente, se pretendía trasladar al Tribunal todas las atribuciones contenciosas administrativas de la Ley 19.300, buscando, entre otros objetivos, integralidad en el sistema recursivo asociado a los instrumentos de carácter ambiental con un estándar amplio de revisión y con

¹³ Mensaje 1419-357, de fecha 28 de octubre de 2009, Boletín 6747-12.

modalidades de control directo, expresado en el control judicial previo a determinadas resoluciones de la SMA: especialmente para las medidas provisionales más gravosas dentro y fuera del procedimiento sancionatorio, y también la revisión plena y obligatoria en el caso de la consulta cuando se tratara de aplicación de sanciones como la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental o clausura del establecimiento.

Los ejes del proyecto de ley más discutidos en el Congreso fueron los referidos a la integración del Tribunal, el procedimiento para la designación de sus integrantes, la calidad de único en el país y el estándar de revisión sobre las actuaciones de la Institucionalidad Ambiental. El proyecto de ley inicial contemplaba la existencia de cinco ministros, tres abogados expertos en materias medioambientales y dos personas licenciadas o con postgrados en ciencias o economía. En la discusión parlamentaria se redujo a tres ministros titulares, dos abogados (a los que se requirió tener diez años de experiencia y haberse destacado en materias vinculadas al derecho ambiental o administrativo) y una persona licenciada en ciencias, especialista en medio ambiente, con diez años de ejercicio profesional. El debate sobre la integración del Tribunal se cruzó con la discusión de si se debía mantener la propuesta del Ejecutivo, en el sentido de disponer de un TA único, o, en razón a criterios de descentralización regional y acceso a la justicia, establecer tres TA distribuidos competencialmente en macrozonas –Antofagasta, Santiago y Valdivia–, terminando por imponerse esta última posición. Asimismo, se acordó una integración de tres ministros titulares y dos suplentes.

Respecto al procedimiento de designación, de una modalidad mixta de nombramiento –con intervención del Presidente de la República, la Corte Suprema y el Sistema de Alta Dirección Pública, según se tratara del nombramiento del Presidente del Tribunal o del resto de sus integrantes–, se pasó a una modalidad compleja y engorrosa, con intervención de los tres poderes del Estado, dejando sometida la designación de jueces especializados, de primera instancia, a acuerdos políticos, lo que afecta la esencia de todo tribunal: su independencia. Al complejo proceso de nombramiento deben agregarse los pesados requisitos de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, tanto para postular como ministro como para el ejercicio del cargo, e inclusive para dejar de ejercerlo.¹⁴

¹⁴ LTA, arts. 3, 9 y 11.

Las altas exigencias laborales y/o académicas para postular al cargo de ministro de un TA –que implican superar el proceso de selección que realiza el Consejo de Alta Dirección Pública, integrar la quina propuesta por la Corte Suprema, disponer del voto de los tres quintos de los miembros en ejercicio del Senado y ser designado Ministro de un TA por el Presidente de la República– lo transforman uno de los procesos de nombramientos de jueces de la República más complejos y burocráticos. Ello lo hace incierto en resultados, inhibitorio para potenciales candidatos y cuestionable para algunos.

En relación a la discusión sobre qué estándar de revisión ejercerían los TA, cabe indicar que el mensaje del proyecto de ley proponía un estándar amplio expresado en la facultad de sustitución y reemplazo de las decisiones administrativas ambientales. Se cuestionó, entre otras materias, que bajo dicho estándar y en relación a ciertos instrumentos ambientales (por ejemplo, normas de calidad o de emisión) el TA, en vez de ejercer jurisdicción e impartir justicia, se transformaría en un verdadero regulador ambiental. De tal manera que dicha propuesta se modificó, en el sentido de limitar el estándar de revisión, acotándolo a los ámbitos de la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, excluyendo la revisión plena de sustitución o reemplazo.

Finalmente, cabe indicar brevemente las intervenciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, tanto en el proceso de tramitación del proyecto de ley como en su examen de constitucionalidad. Durante el proceso de discusión parlamentaria, la Corte Suprema fue especialmente crítica al proyecto, lo que constituye un caso inédito por la dureza de los términos empleados. Llegó a formular incluso una objeción de constitucionalidad, por constreñir este severamente su facultad de nombramiento de los jueces de TA. Expresó molestia sobre cómo se habían considerado sus opiniones en la tramitación del proyecto de ley y reiteró sus críticas respecto a la creación de una nueva jurisdicción especial.¹⁵ Es así como en uno de sus informes señala “...en las condiciones en que el proyecto se propone, este no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear”.¹⁶ Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 17 de mayo de 2012, declaró la constitucionalidad del proyecto de ley, pero brindando una suerte de apoyo a la Corte Suprema al señalar, en materia de

15 Oficio de la Corte Suprema N°274 del 10 de diciembre de 2009; Oficio de la Corte Suprema N°133 del 10 de septiembre de 2010; Oficio de la Corte Suprema N°10 del 18 de enero de 2011 y Oficio de la Corte Suprema N°130 del 11 de agosto de 2011.

16 Oficio de la Corte Suprema N° 10, op. cit.

nombramiento de los miembros del tribunal, que realiza la declaración de constitucionalidad del mismo “...en el entendido de que la Corte Suprema, al dar el primer impulso al proceso de nombramiento de los jueces de los Tribunales Ambientales, puede señalar a dicho órgano cuáles son aquellos perfiles específicos de aptitudes, habilidades y destrezas que, a su juicio, debieran tener los candidatos que postulen por el sistema de Alta Dirección Pública para que puedan desempeñar adecuadamente el o los cargos de jueces ambientales”.¹⁷ Además, el Tribunal Constitucional establece prevenciones¹⁸ que refuerzan este apoyo a la Corte Suprema, señalando, entre otras materias, que las atribuciones de esta última se ven severamente afectadas al constreñir su facultad para confeccionar la quina de integrantes a la nómina que previamente le envía el Consejo de Alta Dirección Pública.¹⁹

3. Competencias de los Tribunales Ambientales y sus procedimientos²⁰

3.1. Competencias

Las competencias de los TA se encuentran determinadas en el artículo 17 de la LTA. Dicha norma dispone tres tipos de competencias:

3.1.1. Competencia para conocer de reclamaciones sobre los siguientes actos administrativos:

- i) Decretos Supremos que establezcan normas primarias o secundarias de calidad ambiental y normas de emisión; como asimismo los que declaren zonas latentes o saturadas, o establezcan los planes de prevención y/o de descontaminación.²¹
- ii) Resoluciones de la SMA, dictadas de conformidad lo dispone el artí-

17 Tribunal Constitucional, Rol 2180-2012, sentencia de fecha 17 de mayo de 2012, considerando 4.

18 Prevención de los ministros Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake y Enrique Navarro Beltrán.

19 Para mayor detalle sobre la discusión parlamentaria en relación al nombramiento, número de tribunales y observaciones de la Corte Suprema, entre otras materias, consultar: Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, “Los Tribunales Ambientales y la Superintendencia del Medio Ambiente: Una relación ineludible”, en *Actas de las Jornadas de Derecho Ambiental. Visión ambiental global: Presente y futuro*, (Legal Publishing Chile) 2012, pp. 521-548.

20 Para el desarrollo de este Capítulo se ha tenido a la vista los apuntes, presentaciones e ideas surgidas en el taller impartido por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a la Superintendencia del Medio Ambiente, específicamente, a los equipos de su Fiscalía y de la División de Cumplimiento y Sanción, de abril a julio de 2012, en el marco del Módulo: La Litigación ante el TA, profesores: Nicolás Rojas C., Ezio Costa y Francisco Agüero.

21 LTA, art. 17 N°1.

culo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante LO-SMA).²²

iii) Decisiones del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley 20.417, esto es, las reclamaciones en relación a las Declaraciones y Estudios de Impacto Ambiental, como respecto al procedimiento de revisión de las resoluciones de calificación ambiental.²³

iv) Decisiones del Comité de Ministros o el Director Ejecutivo en relación a observaciones ciudadanas formuladas en los procesos de evaluación ambiental, de conformidad lo dispone los artículo 29 y 30 bis, ambos de la Ley 20.417.²⁴

v) Actos administrativos para la ejecución o implementación de normas de calidad, de emisión y planes de prevención o descontaminación.²⁵

vi) Resoluciones que resuelvan procedimientos administrativos de invalidación de un acto administrativo ambiental.²⁶

3.1.2. Competencia para conocer las demandas de reparación del daño al medio ambiente.²⁷

3.1.3. Competencia para conocer de autorizaciones de ciertas medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la LO-SMA, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3 de dicha ley, y las resoluciones que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38, las que se elevarán en consulta.

3.2. Procedimientos

Sobre las indicadas competencias, la LTA establece tres procedimientos diferenciados.

²² *Ibíd.*, art. 17 N°3.

²³ *Ibíd.*, art. 17 N°6.

²⁴ *Ibíd.*, art. 17 N°5.

²⁵ *Ibíd.*, art. 17 N°7.

²⁶ *Ibíd.*, art. 17 N°8.

²⁷ *Ibíd.*, art. 17 N°2.

3.2.1. Procedimiento de reclamación²⁸

Respecto a las competencias para conocer de reclamaciones, la LTA establece el procedimiento de reclamación. Su regulación es concentrada y se ajusta a las reglas generales para el conocimiento y fallo del recurso de apelación. Contempla, en su artículo 27, un control de admisibilidad semiformal expresado en una revisión de aspectos meramente formales –interposición en tiempo y forma–, con la exigencia que esta se halle debidamente fundada y se precisen las peticiones concretas. Debe destacarse que el TA requiere unanimidad de sus miembros para declarar la inadmisibilidad de la reclamación. Una vez declarada la admisibilidad, el TA deberá requerir informe al órgano público que emitió el acto impugnado, otorgando un plazo de diez días, prorrogable hasta por cinco días más. Si el órgano público no emite el informe dentro de plazo, el artículo 29 señala que el TA “prescindirá” de aquel, dotando aquí al TA de un rol activo y de impulso procesal. Debe destacarse que, en materia de prueba, el mismo artículo establece una prohibición de aportar prueba testimonial ni confesional, lo que hará previsiblemente muy difícil aportar nuevas pruebas en esta etapa y obligará a hacerlo en el procedimiento administrativo respectivo. El TA dispondrá de un plazo de 30 días para dictar sentencia, dentro del cual podrá dictar de oficio medidas para mejor resolver, constituyendo esta facultad una innovación procesal. Queda por constatar si será utilizada o no por los TA.

3.2.2. Procedimiento de solicitud de autorización para medidas provisionales, y la consulta²⁹

No hay un procedimiento determinado en la LTA que regule los requisitos y formalidades procesales a cumplir para proceder a dichas solicitudes. La LTA remite a las normas que regulan dichas materias en la LO-SMA, las que, a su vez, son escuetas y carentes de precisiones procedimentales, radicando su determinación, respecto a las solicitudes de las medidas provisionales y las suspensiones, en autos acordados de los TA. En este contexto, con fecha 8 de marzo de 2013,³⁰ el TA reguló el funcionamiento del 2° TA, que precisa, entre otras materias, los requisitos formales que deberá cumplir la SMA para ejercer las atribuciones contenidas en las letras c), d) y e) del artículo 48, y letras g) y h) del artículo 3, ambos de la LO-SMA.

²⁸ *Ibíd.*, arts. 27 a 31.

²⁹ *Ibíd.*, art. 32.

³⁰ Acta de sesión ordinaria N° 22, del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, de fecha 8 de marzo de 2013.

3.2.3. Procedimiento para demandas de reparación por daño ambiental³¹

Este procedimiento se encuentra más regulado que el de reclamación. A diferencia del anterior, contempla una amplia admisibilidad de medios de prueba, sin establecer límites de ninguna especie. Como contrapartida de aquello, la LTA admite variadas facultades a los TA para limitar la prueba presentada: podrá disminuir el número de pruebas si estima que son reiterativas; está facultado para decretar diligencias probatorias en cualquier estado de la causa.³² Se destaca como innovación que en materia testimonial no se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil sobre tachas y se establece la institución de los testigos “expertos”, respecto de los cuales se debe acreditar su idoneidad.³³ La diligencia central del procedimiento de reparación es la audiencia. En ella se concentran los trámites de conciliación, prueba y los alegatos orales de las partes.³⁴ Terminada la audiencia, el TA debe citar a oír sentencia y dictar fallo dentro de un plazo de 30 días, salvo que se haya solicitado informe pericial y el plazo para evacuarlo se encuentre pendiente.

Cabe precisar que la LTA regula solo la demanda por daño ambiental³⁵, esto es, aquella que tiene por objeto lograr la reparación en naturaleza, es decir, una reparación *strictu sensu*; y que se la define como una “acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en su caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.³⁶ Por tanto, el objeto inmediato de la acción ambiental es una condena a hacer: reponer el medio ambiente lesionado o restablecer sus propiedades básicas. Se excluye la competencia de los TA para el conocimiento de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado, quedando esta última entregada al conocimiento de los Tribunales Ordinarios de Justicia. Dicha separación no resulta coherente y es abiertamente ineficiente, dado que es en sede del TA donde se conocerán to-

³¹ LTA, arts. 33 a 44.

³² *Ibid.*, art. 35 inciso segundo.

³³ *Ibid.*, art. 40 inciso segundo.

³⁴ *Ibid.*, art. 38.

³⁵ El artículo 18 N° 2 de la LTA establece con claridad quiénes son legitimados para interponer la acción por daño ambiental, disposición que debe relacionarse con el artículo 54 de la Ley 19.300. Cabe destacar que, en los casos que se haya establecido una sanción por parte de la SMA y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, o si presentado este no se ejecuta satisfactoriamente, la acción de reparación de daño ambiental debe ser ejercida por el Consejo de Defensa del Estado. Así lo disponen los artículos 43 de la LO-SMA, en relación al artículo 18 N° 2 de la LTA.

³⁶ Ley 19.300, art. 2 letra s).

dos los antecedentes y se determinarán, cuando corresponda, la responsabilidad y la obligación de reparación ambiental. Incorporar a otro tribunal para la determinación de los perjuicios civiles y de la indemnización implica que este último deberá partir desde cero, formar su propia convicción, promoviendo la dilación y el desmembramiento de las decisiones judiciales ambientales; más aun cuando la propia Ley 19. 300 prevé en forma expresa, en sus artículos 53 y 63, la posible concurrencia de ambas responsabilidades (la ambiental y la derivada del daño ambiental irrogado) y también reconoce que, en materia de prescripción, de un daño ambiental pueden nacer acciones civiles.

3.3. Normas comunes a los procedimientos

No obstante la existencia de los procedimientos diferenciados, la LTA establece normas comunes a todos ellos.³⁷ De estas normas comunes, se destacan:

3.3.1. *Amicus curiae*³⁸

Constituye la gran innovación de la LTA, por cuanto es la primera ley “interna” que reconoce, en términos expuestos, dicha institución.³⁹ Consiste en permitir la opinión de cualquier persona, natural o jurídica, ajena al proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia sometida al TA. Estos expertos “amigos de la Corte” no deben acreditar interés en el resultado del proceso. La presentación deberá ser “considerada” en la sentencia definitiva, lo que implicará que el TA deberá hacerse cargo de la misma, pronunciándose sobre ella. La LTA incorpora esta innovación en términos muy restrictivos. Otorga un plazo extremadamente breve (solo 30 días desde la publicación del aviso en el sitio electrónico del Tribunal de la admisión a trámite de la reclamación o de la demanda de daño ambiental), lo que hace muy difícil que terceros ajenos al proceso lo conozcan. Exige, además, que la presentación sea patrocinada por un abogado, ello fundado, probablemente, en la necesidad de dar “seriedad” a la presentación. Y se imposibilita a quien la haya realizado a efectuar actuaciones durante el proceso.

³⁷ LTA, arts. 18 a 26, y 35.

³⁸ *Ibíd.*, art. 19.

³⁹ Cabe precisar que la institución del “amicus curiae”, ha sido reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

3.3.2. Notificación por correo electrónico⁴⁰

Esta es otra innovación de la LTA regulada de manera restrictiva y con innumerables vacíos, que el TA deberá resolver a través de autos acordados. La notificación por correo electrónico solo se reconoce en la medida que sea solicitada por cualquiera de las partes, procediendo solo respecto a la parte solicitante. No regula la norma aspectos tan importantes como: ¿Desde cuándo se entiende notificado? ¿Qué normas de confirmación se aplicarán? ¿Se requerirá firma electrónica avanzada por parte del TA? ¿Qué sucederá en caso de errores informáticos? ¿Cómo se compatibilizará este tipo de notificación y las notificaciones del Código de Procedimiento Civil, siendo estas últimas las de aplicación general?

3.3.3. La sana crítica como regla de valoración de la prueba

Si bien su regulación se encuentra contenida en el artículo 35 de la LTA, dentro del procedimiento por daño ambiental, debe entenderse aplicable a todos los procedimientos, en consideración a lo dispuesto en el artículo 26 inciso cuarto de la LTA, que señala, como causal de procedencia del recurso de casación en la forma, "...cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica". Esta modalidad de valoración de la prueba exige al TA expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. Para ello, deberá tomar especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la decisión.

3.3.4. Medidas cautelares⁴¹

La LTA establece una regulación amplia y genérica de las medidas cautelares, con escasas restricciones. Como novedad, introduce las medidas "innovativas", entendidas como las que buscan modificar un estado de cosas preexistente. Se diferencian así de las medidas "conservativas" tradicionales, que buscan asegurar el resultado de la pretensión. Las medidas innovativas solo se pueden interponer cuando exista un inminente "perjuicio irreparable". Con todo, si el TA no lo estima así, "podrá decretar la cautelar que a su juicio co-

⁴⁰ LTA, art. 22.

⁴¹ *Ibid.*, art. 24.

responda”. El TA tiene un amplio poder para imponer las medidas que considere necesarias en función a las circunstancias. No obstante, dado el carácter genérico de la atribución, el TA podría recurrir, para su propio resguardo, a las medidas contempladas en el artículo 48 de la LO-SMA.

3.3.5. La sentencia

El artículo 25 de la LTA, señala que esta se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronunciará.

Además de lo anterior, la LTA establece normas especiales para sentencias recaídas en recursos de reclamación. El artículo 30 contempla que, en caso que se acoja la reclamación, se debe declarar que el acto impugnado no es conforme a la normativa vigente, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido, y dispondrá, cuando corresponda, que se modifique la actuación impugnada. En los casos de los decretos supremos que establezcan las normas de calidad ambiental, normas de emisión, zonas latentes o saturadas y planes de prevención o descontaminación, y en los actos que dicten los ministerios o servicios públicos en la ejecución o implementación de dichas normas y planes, el TA no podrá determinar el contenido específico de los preceptos de alcance general ni el contenido discrecional de los actos anulados. En estos casos, el TA solo declara la ilegalidad del acto, pero no puede sustituir o reemplazar al regulador ambiental.⁴²

3.3.6. Régimen de recursos

Es posible afirmar que existe un régimen recursivo común aplicable a los distintos procedimientos de la LTA: recurso de apelación, en contra de determinadas resoluciones;⁴³ y la casación de fondo y forma. Respecto de estos últimos, cabe destacar que la casación de fondo procede solo por la causal contemplada en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, esto es, sentencias “que se hayan pronunciado con infracción a la ley y que esta infracción haya influido substancialmente en los dispositivo de la sentencia”; por su parte, la casación en la forma procede por las causales contempladas en los N°

⁴² *Ibíd.*, arts. 25 y 30.

⁴³ De conformidad lo dispone el artículo 26 de la LTA, las resoluciones taxativamente señaladas son: la que declara la inadmisibilidad de la demanda; las que reciban la causa a prueba; y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación.

1, 4, 6 y 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil⁴⁴ y, además, en contra de sentencia que ha sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

No obstante dicho régimen común de recursos, existen algunas particularidades. Es el caso, por ejemplo, del recurso de reposición, que aplica solo para los casos de los artículos 27 y 36 referidos a la impugnación de la resolución que declare inadmisibles una reclamación en forma unánime y en contra de la resolución que recibe la causa a prueba dentro del procedimiento de reparación de daño ambiental. La casación, tanto de fondo como de forma, no precede en contra de las resoluciones que se pronuncian sobre las solicitudes de medidas provisionales.

El sistema recursivo establecido en la LTA permite esperar largos y costosos procedimientos y, por ende, una dilación de las controversias ambientales. Ello puede motivar a los interesados a preferir la sede de protección, dado que, además del beneficio de la celeridad, les importará menores cargas en la prueba y costos de litigación.⁴⁵ En tal sentido, resultarán de gran interés las resoluciones de la Corte Suprema de las casaciones provenientes de los TA y de las acciones de protección ambiental; y cómo los futuros recurrentes concurrirán a estas jurisdicciones.

4. El Tribunal Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente

Como bien es sabido, la SMA es la prima donna de la reforma a la institucionalidad ambiental. Su concreción representó la culminación de un anhelo de diferentes sectores e intereses de la sociedad. Al igual que la creación de los TA, toda la reforma ambiental y, en particular, la creación de la SMA fue el resultado de acuerdos o consensos políticos. En el caso específico de la SMA, se optó por un órgano con competencias en fiscalización y sanción sobre instrumentos de carácter ambiental y no sobre componentes ambientales; una Superintendencia con competencias fiscalizadoras preventivas y correctoras, bajo un complejo modelo de gestión (los programas y subprogramas de fiscalización); una entidad no necesariamente “persecutora” sino más bien

⁴⁴ Código de Procedimiento Civil, art. 768: N° 1 Tribunal incompetente o integrado en contravención a la ley; N° 4 Ultra petita; N° 6 Dada contra otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta se haya alegado oportunamente en el juicio; N° 7 Decisiones contradictorias.

⁴⁵ Poklepovic, Iván, “Compatibilidad del Recurso de Protección Ambiental con la competencia del Tribunal Ambiental en el contencioso administrativo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en *Actas de las Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro*, (Legal Publishing Chile) 2012, pp. 503-520.

que incentiva el cumplimiento con potentes instrumentos (programas de cumplimiento); una institución con altos estándares de transparencia en su información;⁴⁶ y fuertemente controlada, tanto ex ante⁴⁷ como ex post⁴⁸ por los TA.

4.1. El Control ex ante: Las autorizaciones de los TA previas a la imposición de las medidas urgentes y transitorias y de algunas medidas provisionales por parte de la SMA

En estos casos, la SMA es el único órgano legitimado ante los TA.⁴⁹ Ella debe solicitar la autorización cada vez que requiera aplicar medidas urgentes y transitorias del artículo 3 letras g) y h) de la LO-SMA, o alguna de las medidas provisionales: clausura temporal, parcial o total, detención del funcionamiento de las instalaciones o suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental, todas señaladas en el artículo 48, letras c), d) y e) de la misma ley.

La autorización que el TA podrá otorgar deberá ser previa a la dictación de la SMA de la resolución en virtud de la cual imponga dichas medidas o suspensiones. En consecuencia, la naturaleza de la autorización judicial que la SMA solicitará en los supuestos de hecho descritos en la ley, dice relación con una habilitación previa a la actuación de aquella, materializando una modalidad o expresión de control jurisdiccional sobre la concurrencia de presupuestos tales como la proporcionalidad, razonabilidad y legalidad de la medida o suspensión que pretende imponer.

Finalmente, si requerida por la SMA la respectiva autorización del TA, aquél no la acoge, la SMA podría alternativamente optar por alguna medida provisional de menor intensidad que no requiere la aprobación judicial previa,⁵⁰ como por ejemplo, la contenida en la letra a) del artículo 48, esto es, medidas de corrección, seguridad o control, alternativa que podría ser utilizada recurrentemente por la SMA dado su carácter genérico; esta también podría insistir en la solicitud original acompañando nuevos y mejores ante-

⁴⁶ LO-SMA, arts. 18, 26 y 31.

⁴⁷ Se requiere autorización del Tribunal Ambiental para aplicar las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3° de la Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente, de conformidad lo dispone su artículo 48 inciso final.

⁴⁸ Se requiere siempre elevar en consulta al Tribunal Ambiental la aplicación de las sanciones contempladas en las letras c) y d) del artículo 38 de la LO-SMA.

⁴⁹ LTA, art. 18 N°4.

⁵⁰ Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño, como el sellado de aparatos o equipos.

cedentes, los cuales permitan obtener del TA un pronunciamiento favorable sobre la concurrencia de los presupuestos materiales que justifican las medidas o suspensiones que se pretende decretar por la Autoridad. Como se ha indicado, la LTA reguló escuetamente el procedimiento tanto para la solicitud de autorización como la propia autorización del TA. Su artículo 32 señala que “deberán remitirse al Tribunal en conformidad a lo dispuesto en dicha ley”,⁵¹ debiendo entenderse que se refiere a la LO-SMA. Esta ley incluye de modo genérico un procedimiento respecto de la solicitud de las autorizaciones judiciales que se requieren respecto de las medidas provisionales que la SMA pretenda decretar, disponiendo en su artículo 48 que “La autorización deberá obtenerse por la vía más expedita posible, incluida la telefónica, de alguno de sus ministros, según la regla de turno que se determine mediante auto acordado,⁵² que deberá contemplar a un titular y un suplente”.⁵³ Por su parte, a las autorizaciones judiciales que se requieren en relación a las suspensiones previstas en las letras g) y h) del artículo 3 LO-SMA se les aplican los mismos requisitos y exigencias indicadas para las medidas provisionales.

4.2. Control ex post: La consulta

El artículo 57 de la LO-SMA, en relación al artículo 38 de la LTA, señala que, “Cuando la Superintendencia aplique las sanciones señaladas en las letras c) y d) del artículo 38,⁵⁴ la resolución que las contenga deberá siempre ser elevada en consulta al Tribunal Ambiental”. Al igual que para las autorizaciones, ni la LO-SMA ni la LTA contemplan un procedimiento detallado respecto a este mecanismo.

En general, se entiende por consulta al trámite ordenado por ley en virtud del cual un tribunal de primera instancia está obligado a elevar –con todos sus antecedentes– una sentencia que no ha sido apelada para que la revise un tribunal superior. La doctrina procesal nacional ha desarrollado algunos criterios útiles de considerar a propósito de la consulta como instituto procesal. Así, por ejemplo, Chaigneau del Campo define la consulta como “un trámite procesal que la ley ordena en casos determinados y por el cual una resolución

51 LTA, art. 32.

52 Acta de sesión ordinaria N° 22, del 8 de marzo de 2013, que Regula funcionamiento del 2° Tribunal Ambiental de Santiago.

53 *Ibíd.*

54 Las sanciones son la clausura temporal o definitiva y la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

judicial es revisada por la Corte de Apelaciones cuando no la ha conocido”;⁵⁵ para Mosquera y Maturana, “En materia civil, la regla general es que la consulta suspende el cumplimiento del fallo”.⁵⁶

La norma de competencia prevista en el artículo 17 N° 4) de la LTA dispone que la consulta procederá en los casos en que la SMA aplique las sanciones previstas en las letras c) y d) del artículo 38, esto es, la clausura temporal o definitiva y la revocación de la RCA. Lo anterior supone, entonces, que la consulta se lleva a cabo de manera posterior al cierre del procedimiento sancionatorio, es decir, una vez dictada la resolución sancionatoria y notificada al afectado.

Por lo mismo, se hace necesario que la propia resolución sancionatoria disponga en su parte resolutive que ella sea elevada en consulta al TA, sin perjuicio de los derechos y acciones del afectado. Ello porque las reclamaciones que se pueden interponer en su contra lo son directamente ante el mismo TA. La posibilidad de una doble revisión ante el TA debiera ser desestimada de acuerdo a consideraciones de economía procesal: de existir una resolución sancionatoria elevada en consulta y una reclamación respecto de la misma, ambas debieran acumularse, verse y fallarse conjuntamente por el tribunal, pudiendo dicha acumulación solicitarse por cualquiera de las partes o incluso decretarse de oficio por el tribunal, de acuerdo lo dispone el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil, cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 92 del mismo código.⁵⁷ No existiendo más regulación ni detalle en la LO-SMA, la tramitación de la consulta debiera hacerse conforme a las reglas generales de los artículos 20 y siguientes de la LTA y demás disposiciones aplicables del Código de Procedimiento Civil.

55 Chaigneau, Alberto, *Tramitaciones en las Cortes de Apelaciones. Sus principales materias*, (Editorial Jurídica de Chile) 4ffi ed. actualizada, 1997, p. 206.

56 Mosquera, Mario y Maturana, Cristián, *Los recursos procesales*, (Editorial Jurídica de Santiago) 2ffi ed. actualizada, 2012, p. 89.

57 Código de Procedimiento Civil, art. 92: “La acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa. Habrá, por tanto, lugar a ella: 1° Cuando la acción o acciones entabladas en un juicio sean iguales a las que se hayan deducido en otro, o cuando unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos; 2° Cuando las personas y el objeto o materia de los juicios sean idénticos, aunque las acciones sean distintas; y 3° En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro”.

Art. 94: “La acumulación de autos se decretará a petición de parte; pero si los procesos se encuentran en un mismo tribunal, podrá éste ordenarla de oficio”.

“Se considerará parte legítima para solicitarla todo el que haya sido admitido como parte litigante en cualquiera de los juicios cuya acumulación se pretende”.

4.3. El reclamo de ilegalidad

El reclamo de ilegalidad se encuentra previsto en el Título III Párrafo 4° *De las Infracciones y Sanciones*, específicamente en el artículo 56 de la LO-SMA que preceptúa en su inciso primero que “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrá reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contados desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”. Por su parte, el artículo 17 N° 3 de la LTA señala que los TA son competentes para conocer las reclamaciones que se presenten en contra de las resoluciones de la SMA, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 LO-SMA, siendo tribunal competente aquel “(...) del lugar en que se haya originado la infracción”. Según las disposiciones señaladas, el reclamo de ilegalidad procede en contra de las resoluciones dictadas con ocasión o en el contexto del procedimiento sancionatorio instruido por la SMA, incluidos la resoluciones dictadas en razón a la solicitud de medidas provisionales o medidas urgentes. Así procedería, por ejemplo, en contra de la resolución que se pronuncia respecto a la inadmisibilidad de una autodenuncia;⁵⁸ de una resolución que se pronuncia acerca de la ejecución (satisfactoria o no) del Programa de Cumplimiento o Plan de Reparación; o de la resolución que niega diligencias probatorias, de conformidad lo dispone el artículo 50 de la LO-SMA. Son legitimadas para interponer el reclamo del artículo 56 las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la SMA, disponiendo de quince días hábiles para interponerlo, contado desde la notificación de la respectiva resolución. Debe fundarse en que la resolución impugnada no se ajusta a la ley (LO-SMA), reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, y que la ilegalidad de la referida resolución le afecta directamente, correspondiendo a quien lo ejerce invocar, al menos, un interés legítimo a su favor, en el sentido en que se considere perjudicado con el contenido de la resolución.

Cabe indicar que la impugnación de los actos administrativos de la SMA dictados en ejercicio de su potestad normativa o fiscalizadora están comprendidos igualmente en las competencias de los TA, específicamente en el artículo 17 número 7) de la LTA, que señala que estos tribunales serán competentes para “Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecu-

⁵⁸ Rol N° 01-2013. Reclamación de Compañía Minera Nevada SpA ante la Superintendencia del Medio Ambiente.

ción o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados”.

Es así que no existe acto administrativo de la SMA, dictado en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y sancionatorias, que no se encuentre sometido a eventual control jurisdiccional de los TA.

Conclusión

Será de gran interés seguir cómo los Tribunales Ambientales irán resolviendo las controversias sometidas a su decisión.⁵⁹ Será a través de sus resoluciones que irá construyendo las “confianzas” procesales y sustantivas ante la Corte Suprema, en relación a la deferencia técnica que esta última les otorgue y al alcance de la discrecionalidad que se les permita. Por ello, los primeros fallos de los TA que sean recurridos ante la Corte Suprema serán de gran relevancia, no solo por las decisiones propiamente tales sino ante todo por cómo la Corte Suprema acogerá lo resuelto por ellos.

Esta relación de “confianza” aplica, también, entre los TA y la SMA. La SMA deberá construir dicha confianza ante los TA a través del ejercicio proporcional, racional y sobre todo legal de sus competencias. Ello cobra especial importancia para el caso de las solicitudes de autorización de determinadas medidas provisionales, las más intrusivas respecto a su destinatario.

Finalmente, la experiencia indicará si uno de los objetivos de la creación de los TA –*sustraer las controversias ambientales de la acción de protección*– se cumplirá. Hoy es posible conjeturar que, dada la forma en que se legisló la jurisdicción especializada de carácter ambiental, la acción de protección ambiental pervivirá y probablemente seguirá siendo la elegida para resolver, en menor tiempo, con mayor efectividad⁶⁰ y con menores costos asociados, las controversias administrativas ambientales.

59 *El Mostrador*, Cash, Jorge, “De qué sirven los Tribunales Ambientales”, 24 de abril de 2013.

60 Un ejemplo de ello es la reciente paralización –10 de abril de 2013– del proyecto Pascua Lama por la dictación de una Orden de No Innovar de la Corte de Apelaciones de Copiapó, en el marco del recurso de protección presentado por comunidades indígenas del Valle del Huasco.

INFORMACIÓN PRIVILEGIADA, FICHA ESTADÍSTICA CODIFICADA UNIFORME (FECU) Y DEBER DE ABSTENCIÓN: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO LAN

*Rafael Mery Nieto*¹

Resumen

La Corte Suprema, en su sentencia del 28 de noviembre de 2012, confirmó la sanción impuesta por la SVS a Juan José Cueto Plaza por “no observar el deber de abstención que pesa sobre quien tiene acceso a información privilegiada, consistente en no aceptar para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada, transgrediendo lo dispuesto en la parte final del inciso 1° del artículo 165 de la Ley N° 18.045”. La decisión de la Corte Suprema viene a confirmar una interpretación de la SVS conforme a la cual, primero, los estados financieros de una compañía contenidos en la FECU, antes de ser entregados a la SVS, puede ser considerados información privilegiada en los términos del artículo 164 de la Ley 18.045 y, segundo, que el inciso 1° del artículo 165 de la misma Ley contempla un deber de abstención, como una figura infraccional autónoma que se configuraría cuando (a) cualquier persona, en razón de su cargo, posición, actividad o relación, tenga acceso a información privilegiada, y (b) adquiera para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea dicha información.

Introducción

A las 10 de la mañana del 24 de julio de 2006 se dio comienzo a la sesión ordinaria del directorio de LAN Airlines S.A., la que se extendió hasta las 15:30 horas, después de aprobarse los estados financieros de la empresa al 30 de junio de ese año. Veintinueve minutos después de que se levantara la sesión, a las 15:59 horas, la sociedad Inversiones Santa Cecilia S.A., representada por Sebastián Piñera Echeñique, a esa fecha director de LAN Airlines S.A., y la So-

1 Profesor Facultad de Derecho y de Economía y Empresa Universidad Diego Portales.

ciudad Inversiones Mineras del Cantábrico S.A., representada por Juan José Cueto Plaza, también director de LAN Airlines S.A. a esa fecha, compraron 3.000.000 de acciones de LAN, la primera, y 250.000, la segunda, a un valor de \$3.280 cada una.

A las 16:40 horas del día siguiente, LAN Airlines S.A. envió los estados financieros a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), bolsas de valores del país y mercado internacional, haciendo pública la referida información, la que, sin embargo, el mercado conoció recién al día siguiente por encontrarse cerrado a la hora de su remisión.

Al final de la jornada de ese día 26 de julio de 2006, la acción de LAN Airlines S.A. alcanzó los \$3.520, esto es, un 4,88% más de lo pagado por Inversiones Santa Cecilia S.A. e Inversiones Mineras del Cantábrico S.A.

Hasta ahí, todo iba bien. Sin embargo, el 10 de enero de 2007, mediante Oficio Reservado N° 004, la SVS formuló cargos al señor Cueto Plaza por “no observar el deber de abstención que pesa sobre quien tiene acceso a información privilegiada, consistente en no aceptar para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada, transgrediendo lo dispuesto en la parte final del inciso 1° del artículo 165 de la Ley N° 18.045, que dispone que ‘cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada’”.² La SVS le aplicó una multa equivalente a 1.620 unidades de fomento mediante Resolución Exenta N° 307 de fecha 6 de julio de 2007.

Posteriormente, Juan José Cueto Plaza reclamó de la sanción ante la justicia ordinaria, y el Vigésimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol N° 14.627-2007, rechazó dicha reclamación en su sentencia del 8 de enero de 2009, dándole la razón a la SVS. Frente a ello, el señor Cueto interpuso recurso de casación en la forma y apelación en contra de la referida sentencia de primera instancia, los que fueron rechazados por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia del 8 de marzo de 2010, confirmando la sentencia de primera instancia, aunque con un voto en contra del abogado integrante, señor Ángel Cruchaga Gandarillas. Finalmente, recurrió ante la Excma. Corte Suprema, interponiendo un recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de segunda instancia. La Excma. Corte Suprema, en su sentencia de

2 Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 307 del 6 de julio de 2007, pp. 2-3. Disponible en http://www.svs.cl/documentos/res/res_2007_307.pdf [visitado el 12/03/2013].

28 de noviembre de 2012, rechazó el referido recurso, dejando firme la sanción impuesta al señor Cueto por parte de la SVS.

¿Podía Juan José Cueto Plaza, director de LAN Airlines S.A., después de haber tomado conocimiento del estado financiero de la compañía y antes de que fuera divulgado al mercado, comprar 250.000 acciones de esta? La Excm. Corte Suprema, siguiendo a la SVS y a los tribunales de instancia, sostuvo que no.

En las líneas que siguen, intentaremos revisar la referida sentencia de la Excm. Corte Suprema, presentando los hechos controvertidos, la decisión de la Corte y un análisis de la misma.

1. Los hechos controvertidos

Según se desprende de los cargos formulados por la SVS, los descargos hechos por Cueto y las alegaciones contenidas en las distintas instancias judiciales, los hechos controvertidos, relevantes para el análisis, son (a) el carácter privilegiado de la información contenida en los estados financieros de la compañía LAN Airlines S.A. y (b) las figuras infraccionales contenidas en el artículo 165 de la Ley 18.045 y, en particular, el llamado “deber de abstención”.

1.1. Carácter de privilegiada de la información contenida en los estados financieros de la compañía

El artículo 164 de la Ley 18.045 dispone que

Para los efectos de esta ley, se entiende por **información privilegiada** cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.

También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores.

De la definición legal es posible desprender aquellos elementos o requisitos que permiten delimitar el concepto de información privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la ley habla de “cualquier información”, con lo que, en principio, podemos sostener que toda información tiene la capacidad de lle-

gar a ser privilegiada en tanto información concreta. Sin embargo, la definición que nos ofrece el citado artículo 164 va más allá al señalar que se debe tratar de cualquier información referida a:

- a) Uno o varios emisores de valores;
- b) Los negocios de uno o varios emisores de valores; o
- c) Uno o varios valores emitidos por emisores de valores.

Segundo, debe tratarse de una información que no se haya divulgado al mercado, esto es, debe ser desconocida e inaccesible para el público en general. Es esta característica lo que lleva a utilizar los adjetivos “privilegiada”, “reservada” o “confidencial”, para referirse a la información que no ha sido divulgada públicamente (*unpublished information*) y que es de conocimiento de un grupo limitado de personas que debido a su posición privilegiada tienen acceso a la misma. A contrario sensu, la información es pública cuando se pone a disposición del mercado, es decir, desde el momento en que cualquiera puede acceder a ella (criterio de la accesibilidad). Así, lo fundamental es que la información sea puesta a disposición del público, siendo irrelevante el medio por el que se accede a esta, por lo que una información a la que se tiene libre acceso será ya una información pública dejando, de esa manera, de ser privilegiada.

En tercer lugar, la información debe ser trascendente, esto es, que su conocimiento, por la naturaleza de la misma, es capaz de influir en la cotización de los valores asociados al emisor. En efecto, la información debe incidir sustancialmente en el precio de las cotizaciones (*price sensitive information*), ya que de lo contrario no tendría el carácter de privilegiada.

Con todo, afirmar que una información es relevante para influir en el precio de los valores no es una cuestión sencilla, toda vez que ello suele ser producto de un conjunto de factores, por lo que resulta complejo distinguir entre la incidencia efectiva de una información privilegiada y otros factores.

La doctrina ofrece algunos criterios a partir de los cuales es posible determinar si una información concreta sobre valores o emisores es trascendente o idónea para incidir sustancialmente en el precio de las cotizaciones, distinguiéndose un análisis cualitativo de la información y la determinación del momento en el cual realizar la valoración de la misma.

Respecto a lo primero, esto es, al análisis cualitativo de la información, la doctrina ofrece dos criterios: (a) un criterio subjetivo, según el cual una información será relevante para las cotizaciones cuando a juicio de un “hombre

razonable” tales datos influirían sustancialmente en los precios de los títulos de valores, y (b) un criterio objetivo, donde lo determinante es la aptitud de la información para influir en las cotizaciones, atendiendo a la incidencia objetiva que tiene la información en las cotizaciones una vez que ha sido publicada.

En el contexto del artículo 164 de la Ley 18.045, la “capacidad de influir” debe ser apreciada –a nuestro juicio– en base a un criterio objetivo, siendo lo determinante la aptitud causal o la potencialidad de producir el resultado, sin que la materialización del mismo sea requisito para su configuración. Dicho en palabras de Roberto Guerrero, “no es preciso que la información produzca efectivamente una influencia en la cotización de los valores, pero si tiene la aptitud de poder hacerlo pasa a tener el carácter de información privilegiada, concurriendo los demás requisitos”.³

En este sentido lo ha entendido también nuestra jurisprudencia, al señalar que “para que exista información privilegiada no es requisito que esta efectivamente influya en el mercado, sino únicamente que tenga la capacidad para hacerlo, que posea la aptitud para ello”.⁴

En cuanto al momento en el que debe realizarse el juicio sobre la valoración de la información, todo indica que ello debe hacerse ex ante, cuestión que parece desprenderse del tenor de la ley cuando señala que la información, para ser calificada de privilegiada, debe ser “capaz de influir”, y no usa expresiones como “hubiera influido”, que denotarían la intención expresa de recurrir a un juicio ex post para determinar si la información era o no relevante para las cotizaciones.

En el caso en comento, la discusión se presentó precisamente sobre este último elemento, a saber, si la información reflejada en los estados financieros contenida en la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU)⁵ era o no información privilegiada capaz de influir en la cotización de los valores de LAN Airlines S.A.

La posición de Juan José Cueto Plaza, en síntesis, sostuvo que los estados financieros no podían ser considerados, per se, información privilegiada con aptitud suficiente, en sí mismos, para afectar la cotización del valor, indepen-

3 Guerrero, Roberto, Informe en Derecho N°2, Adquisición de acciones sociales: Uso de información privilegiada, 2007. Disponible en <http://www.microjuris.cl>, MJDI52 [visitado el 02/04/2013].

4 Corte Suprema, Rol N° 3364-2006, sentencia de fecha 27 de julio de 2007, considerando 16.

5 La Ficha Estadística Codificada Uniforme o FECU es un informe a través del cual las sociedades anónimas dan a conocer sus estados financieros a la Superintendencia de Valores y Seguros, el que debe presentarse trimestralmente y debe incluir el Balance y el Estado de Resultados de la compañía.

diente de la información específica allí contenida. Ello en base a que la información contenida en los estados financieros de LAN Airlines S.A. solo venía a confirmar algo que el mercado conocía con anterioridad, las bajas utilidades obtenidas por la compañía en el segundo trimestre de 2006.

Lo sostenido por Cueto Plaza, según se desprende del relato hecho por el juez del Vigésimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago en su sentencia, era que la Resolución de la SVS incurría en un grave error al definir información privilegiada “sobre la base de una construcción en abstracto”,

estimando equivocadamente como tal y per se a los estados financieros sin importar su contenido, incurriendo por ello en dos claros y graves errores jurídicos: primero, presumir de derecho, el carácter privilegiado de la información contenida en los estados financieros, conclusión para la que no estaba facultada por la ley, alterando con ello, de hecho, el peso de la prueba, postura que no fuera la misma cuando conociera y dictara, en otros casos de su competencia, las Resoluciones Exentas N° 581, 582 y 583 de 17 de octubre de 2005 donde, sin presumir de derecho el carácter privilegiado de la información contenida en determinados documentos, analizó su contenido, examen que si consideró “esencial” en esas oportunidades, concluyendo que ellos, así ponderados, no habían tenido la capacidad de influir en la cotización de las acciones de los agentes del mercado a que tales resoluciones se referían, lo que en el caso de este reclamo no hizo.

Una segunda equivocación de la SVS consiste en confundir el “contenido” con el “contenido”, esto es, la información que la ley califica de privilegiada con el instrumento en que esta supuestamente se contendría, tal es la definida en el artículo 164 de la LMV, consistente en hechos, datos o antecedentes específicos y concretos referidos a un emisor o valor y su concurrencia solo puede determinarse efectuando un análisis específico de esta, contrariamente a lo sostenido erróneamente por la SVS de que los estados financieros per se constituyen, sin otro análisis, información privilegiada después de aprobados por el directorio de la empresa.⁶

⁶ Vigésimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-14627-2007, sentencia del 8 de enero de 2009, fojas 299 y 300.

La SVS, por su parte, señaló que los estados financieros y la información de la empresa que ellos contienen constituyen información privilegiada en los términos del artículo 164 de la Ley 18.045. Los estados financieros –sostuvo la SVS– “son por definición esenciales para la determinación y cuantificación de los instrumentos representativos de una compañía que se transa en Bolsa”,⁷ por lo cual, “sobre la base de una construcción en abstracto, una persona razonable que participa en el mercado de valores, le asigna relevancia y factor preponderante en sus decisiones de inversión”.⁸

Durante la tramitación del juicio se acompañaron tres informes en derecho que se hacen cargo de este punto. Por una parte, el informe emitido por Eduardo Palma Jara, quien argumentó que “la FECU no es per se una información privilegiada. La información contenida en la FECU puede ser privilegiada o no, dependiendo de las características de la misma. Los estados financieros materia de este informe no son constitutivos de información privilegiada pues no tienen las características jurídicas de tal, conforme lo puede apreciar un inversor medio”.⁹ Raúl Varela, en esa misma línea de argumentación, sostuvo que “la información contenida en la FECU de LAN no era apta para elevar ni bajar los precios de la acción en el mercado, cuestión que es de hecho, la información [...] no tenía carácter de privilegiada”.¹⁰

Roberto Guerrero, en cambio, sostuvo que “los estados financieros de una sociedad (la FECU), antes de ser entregados a la Superintendencia o divulgados al mercado, constituyen en los términos definidos en la LMV una información privilegiada”.¹¹

A nuestro juicio, los estados financieros de una sociedad, contenidos en la denominada FECU, per se, no son información privilegiada, toda vez que, entender lo contrario, implicaría dotar de dicho carácter a un tipo de información que el legislador no le ha dado tal. Si lo ha hecho, en cambio, en el inciso segundo del artículo 164 de la Ley 18.045, respecto de “las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores”, que expresamente ha calificado como información privilegiada. Cual-

7 Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 307, op. cit., p. 6.

8 Ibid.

9 Palma J., Eduardo, Informe en Derecho N°1, Adquisición de acciones sociales: Uso de información privilegiada, 2007. Disponible en <http://www.microjuris.cl/MJD151> [visitado el 02/04/2013].

10 Varela, Raúl, Informe en Derecho N°2 ,Adquisición de acciones sociales: Uso de información privilegiada, 2007. Disponible en <http://www.microjuris.cl/MJD153> [visitado el 02/04/2013].

11 Guerrero, op. cit.

quier otra información, como es el caso de aquella contenida en los estados financieros de una sociedad, debe cumplir copulativamente con los requisitos contenidos en el inciso primero del referido artículo 164, antes señalados.

Así las cosas, lo que corresponde entonces es determinar si la información incluida en los estados financieros de una sociedad, contenidos en la FECU, satisface los requisitos exigidos por ley para ser calificada de privilegiada.

Primero, debe tratarse de una información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios, o a uno o varios valores por ellos emitidos, cuestión que se satisface en el caso de los estados financieros y que, además, no fue algo discutido en el juicio seguido por Juan José Cueto Plaza en contra de la sanción que le impusiera la SVS.

Segundo, la información no debe haber sido divulgada al mercado, por lo que, para que los estados financieros contenidos en la FECU se consideren información privilegiada, no deben haber sido puestos en conocimiento del mercado. Dicho de otra manera, los estados financieros de una sociedad, contenidos en la FECU, “pueden o deben considerarse como información privilegiada cuando aún no han sido divulgados”.¹²

Por último, debemos determinar si los estados financieros contienen información cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos.

Los estados financieros reflejan la situación financiera de una sociedad e incluyen su balance, estado de resultados, estado de flujo de efectivo y el análisis razonado de los mismos. Es a partir de dicha información que es posible conocer la posición financiera y el desempeño económico de una sociedad. La FECU, por su parte, es la ficha a través de la cual las sociedades anónimas inscritas en el Registro de Valores informan a la SVS de sus estados financieros trimestrales y anuales.

Así, lo que interesa determinar, para efectos de calificar a la información contenida en los estados financieros de que da cuenta la FECU, previo a hacerse pública, consiste en su capacidad de influir en la cotización de los valores asociados al emisor. Dicho de otra manera, lo que interesa aquí es determinar si el acceso a la información de la FECU de una empresa, previo a hacerse esta pública, debe considerarse información privilegiada, conducente a negociaciones con ventaja respecto de los que no poseen acceso a la misma.

Desde un punto de vista teórico, es posible sostener que la información

¹² *Ibid.*

contenida en los estados financieros “tiene una potencialidad de influir, positiva o negativamente, en los precios de transacciones de valores”.¹³ Ello toda vez que la información contenida en la FECU ofrece una “fotografía” financiera de la sociedad, permitiendo que cualquier persona que realiza un análisis de la misma pueda formarse un juicio razonable sobre el estado de la sociedad y el precio de los valores emitidos por ella.

Lo anterior es coherente con el hecho de que el precio de las acciones varía de acuerdo a la información de que se disponga de las variables que lo determinan. Así, si las expectativas acerca de alguna de estas variables cambian, es razonable esperar que el precio de la acción también lo haga. Por lo tanto, de allí se sigue que, si un agente posee más información que el resto de los que participan en el mercado (v. gr. conoce los estados financieros de la sociedad), es esperable que pueda estimar de mejor manera el valor de la acción.

El legislador parece haber tenido esto en mente al momento de regular esta materia en la Ley 18.045, toda vez que el artículo 9 dispone que “la inscripción en el Registro de Valores obliga al emisor a divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto de sí mismo”, idea que vuelve a repetir el artículo 10. Como destaca María Fernanda Vásquez, “la FECU es concebida dentro de este contexto, de manera que es evidente que la información que en ella se contiene (estado financiero) era estimada, tanto por la entidad como por la SVS, como esencial, y, como tal, debe estimarse que era capaz de influir en la cotización de los valores emitidos”.¹⁴

Durante la discusión parlamentaria de la reforma a la legislación del mercado de capitales, el entonces Senador de la República Sebastián Piñera Echeñique señaló que “durante mucho tiempo hemos sabido que el día que se publica en la Superintendencia y en los diarios especializados la FECU (Ficha Estadística de Codificación Unificada), que es trimestral, cuando a una compañía le había ido bien en el trimestre anterior, sus acciones saltaban de valor ese mismo día. Todos quienes se encontraban dentro de tal empresa, obviamente, conocían de mucho antes dicha información, y por tanto, si la utilizaban y compraban acciones, quien vendió acciones de esa empresa sin contar con la misma información de quien compró no se encontraba, como es lógico, en igualdad de oportunidades”.¹⁵

13 Ibid.

14 Vásquez, María Fernanda, “Caso LAN y uso de información privilegiada: Un análisis de la correcta delimitación de las infracciones legales”, en *Revista Ius et Praxis*, año 16, 2, 2010, p. 471.

15 República de Chile, *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 329ffi, Ordinaria, Sesión 17ffi, del 3 de agosto de 1994, p. 2400.

Ahora bien, otra forma de responder a la pregunta acerca de si los estados financieros contienen información cuyo conocimiento, por su naturaleza, es capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, es recurrir a la evidencia empírica.

Elizabeth Vásquez, en su tesis *Retornos accionarios anormales alrededor de la fecha de publicación de los estados financieros por parte de la SVS*,¹⁶ y a propósito del caso objeto de este comentario, señala que es posible observar retornos anormales en el precio de las acciones en el mercado chileno alrededor de la fecha en que la SVS publica los estados financieros.

Para ello, estudia el período que va de marzo de 2002 a marzo de 2007, sobre la base de empresas IPSA,¹⁷ así como las transacciones de personas relacionadas a dichas empresas (*insiders*)¹⁸ durante ese tiempo. Los resultados indican que los estados financieros tienen capacidad para influir en el precio de los valores. En efecto, Elizabeth Vásquez concluye que “la frecuencia con que la FECU produce cambios de precio significativos en el mercado,[...] los cuatro tipos de estudios de evento realizados permiten establecer que esto ocurrió en promedio entre un 10% a un 13% de las ocasiones en que las empresas informaron sus estados financieros a la SVS”,¹⁹ mostrando en efecto retornos anormales y estadísticamente significativos. En sus palabras, lo anterior “hace posible afirmar que existen ocasiones en que la divulgación de los estados financieros impacta al mercado y la frecuencia con que esto ocurre puede ser interpretada como ajustes de las

16 Vásquez, Elizabeth, *Retornos accionarios anormales alrededor de la fecha de publicación de los estados financieros por parte de la SVS*, 2007. Disponible en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/vasquez_em/sources/vasquez_em.pdf [visitado el 05/04/2013].

17 Índice de Precio Selectivo de Acciones.

18 Los *insiders* son aquellas personas que tienen acceso a información sobre una compañía, ya sea porque no está disponible o es privada, que el resto de los participantes del mercado no posee. De allí que se use la expresión *insider trading* para referirse a las operaciones que realizan este tipo de personas. De acuerdo al artículo 166 de la Ley 18.045, son considerados *insiders* en nuestro mercado de valores los directores, gerentes, administradores y liquidadores del emisor o del inversionista institucional; o que se desempeñen en una sociedad que tenga la calidad de matriz o coligante controlador de la emisora de cuyos valores se trate, o del inversionista institucional en su caso; las personas controladoras o sus representantes, que realicen operaciones o negociaciones tendientes a la enajenación del control; los directores, gerentes, administradores, apoderados, asesores financieros u operadores de intermediarios de valores; los auditores externos e inspectores de cuenta del emisor, así como los socios y administradores de las sociedades de auditoría; los socios, administradores y miembros de los consejos de clasificación de las sociedades clasificadoras de riesgo, que clasifiquen valores del emisor o a este último; los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor o del inversionista institucional; las personas que presten servicios de asesoría permanente o temporal al emisor; los funcionarios públicos dependientes de las instituciones que fiscalicen a emisores de valores de oferta pública o a fondos autorizados por ley; y los cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los directores, gerentes, administradores y liquidadores del emisor o del inversionista institucional.

19 Vásquez, Elizabeth, op. cit.

expectativas con respecto a las proyecciones sobre los resultados de la empresa”.²⁰

En otra línea de investigación, Vanessa Ramírez y Guillermo Yáñez²¹ midieron el efecto informativo que tiene la FECU sobre el proceso de determinación de precios de las acciones. Para ello, analizaron las políticas de *blackout*²² de todas las empresas IGPA²³ listadas durante 2009 que registraron al menos una transacción de *insiders* en el período entre el 1 de junio de 2008 y el 31 de mayo de 2009. Los resultados mostraron que los *insiders* obtienen retornos anormales para las transacciones realizadas en un lapso de 10 días previos al inicio del período de *blackout*. El estudio de Ramírez y Yáñez prueba que los retornos acumulados de las acciones son negativos (positivos) antes de las compras (ventas) de los *insiders*, y positivos (negativos) después de dicha transacción. En sus palabras, “los *insiders* compran las acciones de sus empresas cuando la acción ha tenido un desempeño deficiente con respecto a lo que predice el mercado por un período sostenido de tiempo (30 días); luego de la transacción de compra, el desempeño de la acción mejora con respecto a lo esperado por el mercado. En forma contraria, antes de la transacción de venta del *insider*, la acción ha tenido normalmente un desempeño significativamente mayor a su nivel teórico; mientras que, luego de la venta, el rendimiento de la acción es menor al nivel teórico correspondiente”.²⁴

La evidencia,²⁵ entonces, refuerza la idea de que la información contenida en los estados financieros tiene la capacidad para influir en la cotización de los valores.

Aun más, las políticas que restringen las transacciones de las personas que tienen acceso a información privilegiada (*insiders*) en períodos cercanos a los anuncios de ganancias, *blackout*, dan cuenta del valor de la información

20 *Ibíd.*

21 Ramírez, Vanessa y Yáñez, Guillermo, “Información en los estados financieros y período de *blackout*: Evidencia para Chile”, en *Serie Documentos de Trabajo (SVS)*, 10, 2010.

22 El período de *blackout* es una política corporativa que establece una prohibición a los *insiders* para realizar transacciones de compraventa de acciones de la respectiva sociedad.

23 Índice General de Precios de Acciones

24 Ramírez y Yáñez, *op. cit.*, p. 28.

25 Para una evidencia comparada, ver Betzer, André y Theissen, Erik, “Insider Trading and Corporate Governance: The Case of Germany”, en *European Financial Management*, Vol. 15, 2, 2009, pp. 402-429; Ke, Bin, Huddarta, Steven y Petroni, Kathy, “What Insiders Know About Future Earnings and How They Use It: Evidence from Insider Trades”, en *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 35, 2003, pp. 315-346; Givoly, Dan y Palmon, Dan, “Insider Trading and the Exploitation of Inside Information: Some Empirical Evidence”, en *Journal of Business*, Vol. 58, 1, 1985, pp. 69-88; Elliott, John, Morse, Dale y Richardson, Gordon, “The Association between Insider Trading and Information Announcements”, en *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, 4, 1984, pp. 521-536.

contenida en los estados financieros mientras no han sido divulgados. De lo contrario, la adopción de políticas de blackout no tendría justificación.

En efecto, la SVS, en su norma de carácter general N° 270 de fecha 31 de diciembre de 2009, establece las normas para la publicidad de políticas y procedimientos relativos al manejo y divulgación de información para el mercado, y hace referencia a los períodos de bloqueo o prohibición, que afectan a los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y a las personas relacionadas a cualquiera de ellos, a fin de que no puedan realizar transacciones con valores emitidos por la sociedad.

Así entonces, somos de la opinión de que los estados financieros de una sociedad, contenidos en la FECU, antes de ser entregados a la SVS o divulgados al mercado, satisfacen también el tercer requisito, esto es, contienen información cuyo conocimiento, por su naturaleza, es capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, y es posible sostener que estamos frente a información privilegiada.

Por tanto, los estados financieros de LAN Airlines S.A. al 30 de junio de 2006 y la información que ellos contenían, y que fueron aprobados en la sesión de directorio de 24 de julio de 2006, mientras no se había hecho públicos, era información privilegiada en los términos del artículo 164 de la Ley 18.045.

1.1. Figuras infraccionales contenidas en el artículo 165 de la Ley 18.045

El artículo 165 de la Ley 18.045 dispone que

Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada.

Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza.

No obstante lo dispuesto precedentemente, los intermediarios de valo-

res que tengan la información privilegiada a que se refiere el artículo anterior, podrán hacer operaciones respecto de los valores a que ella se refiere, por cuenta de terceros no relacionados a ellos, siempre que la orden y las condiciones específicas de la operación provengan del cliente, sin asesoría ni recomendación del corredor.

Para los efectos del inciso segundo de este artículo, las transacciones se entenderán realizadas en la fecha en que se efectúe la adquisición o enajenación, con independencia de la fecha en que se registren en el emisor.

Dicho artículo establece los deberes de conducta que pesan sobre quienes están en conocimiento de información privilegiada. Así, podemos señalar que los deberes y obligaciones que se imponen a quienes tienen acceso a la información privilegiada son las siguientes:

- a) Obligación de guardar estricta reserva sobre la información;
- b) Prohibición de utilizar la información en beneficio propio o ajeno;
- c) Prohibición de adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posean información privilegiada;
- d) Prohibición de valerse de la información para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores;
- e) Obligación de abstenerse de comunicar la información a terceros;
- f) Prohibición de recomendar la adquisición o enajenación de los valores; y
- g) Obligación de velar para las obligaciones señaladas en las letras e) y f) no se trasgredan a través de subordinados o terceros de su confianza.

Ahora bien, como la sanción fue aplicada al señor Juan José Cueto Plaza por parte de la SVS en razón de no haber observado el deber de abstención que pesa sobre quien tiene acceso a información privilegiada, consistente en no adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea esa información, transgrediendo –en opinión de la SVS– lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 165 antes citado, nuestra atención se pondrá únicamente en dicha prohibición, esto es, la indicada en la letra c).

La figura que establece la parte final del inciso final del referido artícu-

lo 165, constituye una infracción autónoma, cuyo sujeto activo es “cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada”, pesando sobre ellos el deber de abstenerse de “adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada”.

Una primera cuestión que se ha discutido a propósito del caso en comento es si este “deber de abstención” se trataría de una infracción autónoma o, en cambio, de un tipo infraccional subordinado, toda vez que este existiría únicamente por alguna de las figuras al cual va referido, a saber, el deber de reserva y la prohibición de utilizar o valerse de la información privilegiada con que se cuenta para obtener beneficios propios o ajenos.

La fuente de la discusión vendría dada por el término “ni” que une la última parte del inciso primero del citado artículo 165. Ello toda vez que una posible forma de interpretar la norma es sostener que el legislador no quiso establecer una tipificación de una conducta infraccional autónoma, sino que la estableció ligada al uso de la información privilegiada. Dicho de otra manera, lo que el legislador vendría a sancionar es el uso de información privilegiada en el contexto de un proceso de compra de acciones, por lo que la adquisición de acciones y el uso de información privilegiada constituirían un solo tipo de conducta infraccional. Lo que hizo el legislador sería utilizar el término “ni” como un énfasis, en el sentido de que no se permite utilizar la información privilegiada “ni” siquiera al comprar acciones. Esta es la postura que trató de defender la parte de Cueto Plaza.

En palabras de María Fernanda Vásquez, “el uso de información privilegiada es la conducta genérica de esta infracción que plantea diversas acciones u omisiones particulares, como la adquisición de valores, esta última resulta ser la forma o manera en que la información es utilizada. En otras palabras, el uso es un término amplio que denota una generalidad, en cambio, la adquisición y la enajenación resultan ser acciones concretas particulares que se subsumen en la primera”.²⁶

Otra forma de interpretar la norma es sostener que se trataría de una figura infraccional autónoma, ya que el legislador, al utilizar la expresión “ni”, lo haría en su sentido natural y correcto, esto es, como una conjunción copulativa que une o coordina de manera aditiva dos o más componentes que denotan negación o prohibición en una misma oración. De esta for-

26 Vásquez, María F., op. cit., p. 474-475.

ma, la expresión “ni” debe ser entendida como equivalente a “y no”, lo que haría clara la intención del legislador de incluir una prohibición adicional: adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada. Esta, a nuestro juicio, es la interpretación correcta.

Ahora bien, otra cuestión discutida es si se trata de un tipo objetivo, donde no será exigible un elemento volitivo del parte del sujeto activo, o bien se trataría de un tipo subjetivo que, para su configuración, requeriría que se acredite además la intención del sujeto de obtener beneficios, evitar pérdidas o utilizar la información privilegiada en beneficio propio o ajeno.

Quienes afirman que frente al deber de abstención estaríamos ante un tipo infraccional subjetivo, sostienen que es necesario prestar atención a la intencionalidad del infractor a fin de determinar si el uso de información privilegiada se hizo con un propósito o finalidad determinada. Específicamente, lo que corresponde acreditar es si el sujeto utilizó la información “en beneficio propio o ajeno” (art. 165 inciso primero) o lo hizo “para obtener beneficios o evitar pérdidas” (art. 165 inciso segundo).

Como ha sostenido Enrique Alcalde, “la exigencia que formula el legislador en relación con la finalidad u objetivo perseguido constituyen, desde un punto de vista jurídico, una forma o modalidad especial de ‘dolo’ con el cual debe actuar el sujeto respecto a quien se reprocha su incumplimiento del precepto. De esta manera, y guardando armonía con la doctrina de la responsabilidad subjetiva que sigue nuestro legislador en el orden normativo común o general, en la situación que estudiamos no habrá un ilícito sino en la medida que el infractor haya efectivamente perseguido un resultado prohibido”.²⁷

La SVS, en el caso en comento, siguió esta postura al hacerse cargo del elemento subjetivo a fin de configurar el tipo infraccional. En efecto, en el considerando N°14 de la Resolución Exenta N° 307, por medio de la cual aplica sanción de multa a Juan José Cueto Plaza, sostiene que “la culpabilidad en el infractor de un deber legal de abstención queda configurada por el hecho de realizar la conducta prohibida a sabiendas o debiendo saber que la ley se lo prohíbe, sin que sea necesario establecer que actuó con la intención expresa y determinada de ignorarla o infringirla. En consecuencia, el elemento de culpabilidad del infractor se establece en su falta de diligencia y cuidado al no

27 Alcalde, Enrique, “Uso de información privilegiada: Algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de la prohibición en relación con su sujeto, objeto y sanción”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, 1, 2000, p. 21.

adoptar medidas de prudencia o precaución que pudieran evitar que incurra en la conducta prohibida”.²⁸

Con todo, a nuestro juicio, aquí estaríamos frente a un tipo infraccional objetivo, donde el elemento subjetivo o intencional sería irrelevante para la configuración de la infracción. Así, no sería necesaria la concurrencia de una finalidad objetiva en la adquisición para sí o para terceros, directa o indirectamente, de los valores sobre los cuales se posea información privilegiada. Bastaría, en efecto, que cualquier persona que, en razón de su cargo, posición, actividad o relación, tenga acceso a información privilegiada adquiriera para sí o para terceros acciones, para que se diera la infracción.

Por lo tanto, el deber de abstención se configuraría –a nuestro juicio– cuando (a) cualquier persona, en razón de su cargo, posición, actividad o relación, tenga acceso a información privilegiada, y (b) adquiriera para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea dicha información.

Respecto a la primero, esto es, a la especial característica del sujeto activo, cabe señalar –siguiendo a Arturo Prado– que lo relevante es la expresión “en razón de”, la que “alude a una función o a un oficio desempeñado por determinados sujetos, lo que subraya que la conducta del insider viene determinada por la posición particularmente estrecha con el bien jurídico que se busca tutelar, esto es, la buena fe y la igualdad de oportunidades”.²⁹ Así, el deber de abstención pesaría sobre todos quienes por actividades de su trabajo tienen acceso a información privilegiada en razón del vínculo que los une con la sociedad emisora.

Lo relevante, entonces, sería el vínculo entre el sujeto activo y la sociedad emisora, en virtud del cual tiene acceso a la información privilegiada. Dicho vínculo debe ser entendido como “cualquier conexión o vinculación que una persona tenga en este caso con la información de que se trate en relación con la compañía de la cual tiene su origen la información”.³⁰

Con todo, el legislador fue más allá a efectos de completar el alcance de los sujetos pasivos de las obligaciones referidas a la información privilegiada, y enumeró, en el artículo 166 de la Ley 18.045, un conjunto de presunciones de acceso a la información privilegiada, las que, por una parte, presumen el

28 Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 307, op. cit., considerando 14.

29 Prado, Arturo, “Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno: Su alcance, contenido y límites”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 2., 2003, p. 262.

30 Guerrero, op. cit.

acceso de todos aquellos sujetos enumerados en el inciso primero del referido artículo y, por otra, “agrega la relación directa con la fuente como usuarios primarios, lo cual permite al insider estar en disposición a conocerla”.³¹

2. La decisión de la Corte Suprema

Como se adelantó, la Corte Suprema, en su sentencia del 28 de noviembre de 2012, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de marzo de 2010, con lo cual dejó firme la multa impuesta a Juan José Cueto Plaza por la SVS por infracción al deber de abstención conforme al artículo 165 de la Ley 18.045.

En su argumento, establece que el artículo 165 inciso primero de la Ley 18.045 “contempla la prohibición de adquirir valores sobre los cuales se posea información privilegiada y que la sanción aplicable a la infracción de esa prohibición es la contemplada en los artículos 28 y 29 del D.L. N° 3.538, en conformidad a lo establecido en el artículo 58 de la Ley N° 18.045 por no tener contemplada una sanción específica en esta ley”.³²

Para arribar a ello, señala primero que la parte final del inciso primero del artículo 165, cuando dispone que la persona que tenga acceso a la información privilegiada “no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno”, “ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada”, “el término ‘ni’ no puede ser interpretado como énfasis, sino que como la adición de un término negativo a otro, ‘...y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno ni adquirir’ o como un elemento análogo de una misma secuencia; como el legislador en el mismo inciso había expresado ‘y no’ incluyó la prohibición adicional de adquirir con la conjunción ‘ni’”.³³

En segundo lugar, recurre a la historia de la ley al señalar en su considerando noveno que “surge en forma clara que el inciso primero del artículo 165, en la primera oportunidad que fue sometido a discusión legislativa, incorporaba la prohibición de adquisición de acciones”.³⁴

Por último, haciéndose cargo de la alegación del recurrente, quién sostuvo que la Ley de Mercado de Valores solo sanciona la divulgación o utilización

31 Guerrero, op. cit., p. 264.

32 Corte Suprema, Rol N° 3054-2010, sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando 10.

33 Ibid., considerando 8.

34 Ibid., considerando 9.

de información, toda vez que el artículo 172 inciso 3° de la referida ley no contempla una sanción específica para la infracción del deber de abstención, la Corte concluye que

La infracción por la cual se le sanciona, carece de una sanción específica en el Título XXI de la Ley de Valores y en las demás disposiciones de este cuerpo legal, por lo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de este, cabe aplicar la sanción establecida en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, que en lo pertinente dispone que las personas sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, podrán ser objeto de la aplicación por esta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentos de una o más de las siguientes sanciones: 1) censura; 2) multa a beneficio fiscal hasta por un monto global por persona equivalente a 15.000 unidades de fomento.³⁵

Sobre el carácter de privilegiada de la información, la Corte se pregunta si “la FECU al 30 de junio de 2006, aprobada por el Directorio de LAN Airlines S.A. en sesión de 24 de julio del mismo año en que se acuerda además el reparto de un dividendo, constituye una información que tenga la aptitud de influir en la cotización de las acciones de esa empresa, sin relación a la circunstancia si las mismas sufrieron o no una variación de su cotización en Bolsa”.³⁶ Y luego de fundamentar su posición echando mano al análisis normativo, la historia de la ley, la sentencia recurrida y alguna jurisprudencia de la misma Corte Suprema,³⁷ concluye que

...la información de los estados financieros trimestrales contenidos en la FECU, es una información concreta acerca de la situación financiera de la sociedad, su liquidez, el endeudamiento, resultados operacionales y no operacionales, utilidades y pérdidas antes de impuestos, rentabilidad, variaciones de capital, distribución de dividendos, que por su naturaleza tiene la aptitud para ejercer influencia sobre la decisión de un

35 *Ibíd.*, considerando 10.

36 *Ibíd.*, considerando 11.

37 Corte Suprema, Rol N° 3364-2006, ELESUR S.A. con SVS, sentencia del 26 de julio de 2007; y Corte Suprema, Rol N° 4930-2008, Pérez Zeballos, Ricardo con Maury Munita, Wilde E., sentencia del 10 de junio de 2009.

hombre juicioso en orden a efectuar o no una determinada inversión. La aprobación por parte del Directorio de LAN Airlines S.A. de los estados financieros trimestrales, le confiere el carácter de cierta a la información contenida en estos, incluyendo la distribución de los dividendos, oportunidad en la cual, y hasta su divulgación la convierte en información privilegiada conforme al concepto de esta contenido en el artículo 164 de la Ley de Valores.³⁸

Así, luego de un análisis acabado de las cuestiones controvertidas, desestima el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de segunda instancia por no haber incurrido en los errores de derecho alegados por la parte de Cueto Plaza.

Conclusiones

En el verano de 1966, Paul Curtis, interesado en comprar un terreno en Lake Count, Orlando, Estados Unidos, tomó contacto con su propietario, Robert Chapman. Ambos eran destacados corredores de propiedades de la zona. Luego de algunas conversaciones, en agosto de ese año se cerró el trato y Curtis terminó pagando US \$ 47.500, lo que, de acuerdo a las condiciones de mercado de aquel entonces, representaba un precio equivalente a 1.5 veces el valor del terreno. Tanto Curtis como Chapman consideraban haber hecho un muy buen negocio.

La historia hubiera quedado hasta ahí, salvo por un detalle: Curtis poseía información, desconocida por Chapman y que no reveló a la hora de llevar adelante las negociaciones sobre la compra del terreno. En efecto, Curtis sabía que Walt Disney había considerado construir Disneyworld en la zona. Como es de suponer, el impacto de la decisión de Walt Disney en el valor de los inmuebles del lugar, incluido el que fue objeto de la operación, fue impresionante. Los precios se multiplicaron varias veces por la sola difusión de la noticia.

Chapman demandó a Curtis, ya que el silencio de este último lo había inducido a error. La Corte, sin embargo, estimó que no había nada deshonesto ni injusto en la conducta de Curtis y que las partes negociaron en igualdad de oportunidades, por lo que el contrato era perfectamente válido.³⁹

³⁸ Corte Suprema, Rol N° 3054-2010, op. cit., considerando 15.

³⁹ District Court of Appeal of Florida, L & N Grove v. Chapman 291 So. 2d 217, 1974.

Como han señalado Easterbrook y Fischel, “si cada parte tuviera la misma información que las otras, habría poco incentivo para hacer la transacción. Lo que es más importante: el incentivo para adquirir inicialmente información bajaría si la oportunidad para lucrar con información superior se elimina. Y si no hay incentivo para obtener información, los mercados perderían su función de otorgar señales de precios a los distintos partícipes de la economía”.⁴⁰

Con todo, el problema no surge cuando una de las partes posee más información que la otra, como en el caso de Curtis, sino cuando esa información es obtenida por medios ilegales, rompiendo la igualdad de oportunidades que está a la base de la competencia y del mercado.

Este es el caso de la información privilegiada y lo que está detrás de la sanción a Juan José Cueto Plaza.

Como se deja ver en las actas de la tramitación de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, el Ministro de Hacienda de la época, Sergio de Castro, señaló:

La mayor parte de las distorsiones que se producen en los mercados de valores se debe a que hechos trascendentales que afectan la marcha de una empresa son desconocidos para la gran masa de inversionistas ya sea por omisión involuntaria de informar o por ocultamiento de los hechos. El grueso de los inversionistas se encuentra entonces en situación absolutamente desequilibrada frente a aquellas personas “internas” a la empresa que conociendo la situación pueden aprovecharla para comprar o vender al resto, con evidentes ventajas económicas. Nuestra historia financiera conoce muchos de estos casos. Ciertamente ellos no contribuyen a generar confianza en el mercado de valores.⁴¹

Lo que está detrás de la protección de la información privilegiada y la sanción, en sus distintas formas, de su uso indebido, es precisamente la asimetría entre las partes (equidad), la confianza en el mercado de valores (amenaza a la fe pública) y la transparencia. Dicho en otras palabras, prohibir el uso de la información privilegiada busca fomentar el buen funcionamiento del mercado de valores de manera igualitaria, eficiente y competitiva.

⁴⁰ Easterbrook, Frank y Fischel, Daniel, *The Economic Structure of Corporate Law*, (Harvard University Press) 1998.

⁴¹ De Castro, Sergio, *Informe Técnico del Ministerio de Hacienda*, citado por Ried, José M., “Fundamentos de la prohibición del uso de la información privilegiada en Chile: Una visión crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, 3, 2004, p. 446.

Por ello, parece correcta la decisión de la Corte Suprema al confirmar la sanción impuesta por la SVS a Juan José Cueto Plaza, la que hace suyo el objetivo que tuvo en mente el legislador de prohibir el uso de la información privilegiada al adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea dicha información.

Lo anterior es independiente de la finalidad de quien tiene acceso a la información, ya que lo que se busca con una prohibición objetiva es garantizar la igualdad de oportunidades que está en la base de la competencia y el hecho de que las políticas públicas económicas deben ser ideadas teniendo presentes los hechos más usuales y no algunos excepcionales, porque, como recuerda George J. Stigler, el hecho que algunos conductores puedan manejar seguramente a 150 kilómetros por hora no es objeción a que establezcamos límites de velocidad.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE
LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE
FECUNDACIÓN IN VITRO**

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

Francisco Zúñiga¹

Resumen

El presente artículo analiza la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, en el que se reclama ante el sistema interamericano de derechos humanos por una decisión de la Corte Suprema de Costa Rica que prohibió la realización de la fecundación in vitro como técnica de reproducción asistida, por considerar que en el desarrollo de la misma se perdían óvulos fecundados, lo que atentaría en contra del derecho a la vida. En la sentencia, la Corte Interamericana rechaza el argumento, negando que la realización de la técnica de fecundación in vitro afecte el derecho a la vida y señalando que, por el contrario, su prohibición afecta los derechos fundamentales de los recurrentes.

1. Controversia

El presente caso comenzó por una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte del abogado Gerardo Trejos Salas, en representación de un grupo de 18 personas, en contra de la República de Costa Rica por la violación general a los derechos humanos que significaba la prohibición general de practicar la fecundación in vitro (FIV) en ese país, por una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

Se alegó que dicha prohibición afectó la vida privada y familiar de las personas y su derecho a determinar la forma de hacer familia. Asimismo, se argumentó que la prohibición constituía una discriminación arbitraria, puesto que impedía a la personas el acceso a un tratamiento para superar la situación de desventaja

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

que significaba no poder tener hijos o hijas biológicos. Finalmente, se alegó que esta prohibición generaba un efecto especialmente negativo en las mujeres.

2. Alegaciones de Costa Rica

En primer lugar, Costa Rica interpuso excepciones preliminares. Se señaló que no se habían agotado todos los recursos internos, dado que la Corte Suprema solamente prohibió un tipo de procedimiento de FIV, sin que ello obstara a la procedencia de otros medios que cumplieran con lo establecido por la Corte o incluso el mismo método de FIV, si el avance de la técnica hiciera posible realizarla sin pérdida de embriones. Por lo demás, las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte no son vinculantes para sí misma, por lo que, en caso de que una autoridad administrativa se negase a realizar algún tratamiento, siempre pudo interponerse el recurso contenciosos administrativo que correspondiese, cuestión que no se hizo.

Ante este argumento, la sentencia discurre acerca de la relación existente entre la subsidiariedad de su jurisdicción y las formas procesales que deben considerar los Estados en sus alegaciones:

22. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Lo anterior significa que no solo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención.

23. Asimismo, esta Corte ha sostenido de manera consistente que una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es, durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado señalar en esa debida oportu-

tunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad. Al respecto, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado.

En cualquier caso, se estima por parte de la sentencia que la vía procesal que plantea el Estado no resulta adecuada para los objetivos planteados, por lo que debe entenderse que se encuentran agotados los medios internos:

27. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (infra párr. 162). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

Luego, el Estado arguyó la incompetencia del Tribunal por haber debate sobre hechos nuevos, que no constaban en la presentación a la Comisión ni tampo-

co derivaban de ellos, como es el caso de la situación reflejada en la prensa por el procedimiento ante la Comisión. Esta excepción es desechada, por cuanto la sentencia estima que implica un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos debatidos, lo que es improcedente en una excepción preliminar:

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (infra párr. 133). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

3. Exploración de conceptos técnicos relativos a hechos

En cuanto a los hechos, la sentencia se detiene en el análisis de dos conceptos que se encuentran en relación de género a especie: las técnicas de reproducción asistida y la FIV:

63. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratúbica de embriones, la criopreservación de

ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial.

64. Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

4. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica

Un decreto de febrero de 1995 autorizó a practicar la FIV en Costa Rica, regulando su ejecución. De acuerdo a la normativa constitucional de dicho país, cualquier persona puede recurrir solicitando la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Iniciado dicho procedimiento, derivó en la dictación de una sentencia por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema que declaró inconstitucional el mencionado decreto, de acuerdo a lo que se expone en la sentencia:

71. De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma “cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”. Basándose en dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declara-

ra inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelv[a]n a producir”. Entre los argumentos que se alegaron en la acción de constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) “el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural”; ii) “la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y] por las características privadas y aisladas [...] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”; iii) “[l]a vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada– resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos[,] o sea niños[,] tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

72. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”.

73. Por otra parte, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Señalan que antes de la fijación del preembrión este se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva –primer esbozo del sistema nervioso–; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un ovulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico. (Énfasis añadido)

5. Análisis de los diversos derechos humanos vulnerados

5.1. Integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar

La sentencia contextualiza y configura el derecho a la privacidad y a la vida familiar en la Convención, desde una perspectiva amplia, incluyendo diversos aspectos del desarrollo de la personalidad.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Posteriormente, se relaciona este derecho con el acceso a la tecnología y tratamientos específicos relacionados con la vida familiar de las personas, centrandó la argumentación en determinar si la prohibición de la FIV afecta el derecho y en justificar esa afectación:

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre este y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la

Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. 151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

A juicio de la Corte, existe en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, una injerencia en la vida privada de las personas, ya que el efecto de dicha sentencia implicó que no pudiesen realizar procedimientos de FIV en el país, lo que obligó a las víctimas a paralizar sus tratamientos o trasladarse a otros países.

161. La sentencia de la Sala Constitucional implicó entonces que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La citada sentencia generó que las parejas tuvieran que modificar su curso de acción respecto a una decisión que ya habían tomado: la de intentar tener hijos por medio de la FIV. La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra

relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aun si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa que algunas de las presuntas víctimas señalaron que una de las causas que influyó en la ruptura del lazo matrimonial se relacionó con el impacto de la prohibición de la FIV en la imposibilidad de tener hijos.

162.- Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

5.2. Vida del embrión

Respecto de la valoración de la afectación de los derechos consagrados en la Convención, la Corte se refiere a la proporcionalidad de la medida adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que contiene una protección absoluta a la vida del embrión, lo que lleva a analizar el concepto de “ser humano” contenido en la Convención:

173.- En el presente caso la Sala Constitucional consideró que estos y otros alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción (supra párr. 76). Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Con-

vención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

5.2.1. Interpretación conforme al “sentido corriente”

El primer parámetro interpretativo utilizado por la sentencia es el del sentido corriente de los términos. En base a esta fórmula, se analiza el concepto de persona, señalándose:

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

En cuanto a los elementos científicos de la definición, se llama la atención precisamente sobre el impacto que tiene la FIV en el concepto de “concepción” y, por tanto, del inicio de la personalidad, ya que la posibilidad de fecundar óvulos fuera del cuerpo de la mujer altera sustancialmente las concepciones a este respecto:

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

180. La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entien-

de “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

181. Por su parte, el perito Zegers señaló que, cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía “concepción” como “acción y efecto de concebir”, “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”. La Corte observa que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas. Asimismo, el perito indicó que:

una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que **la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión**. Solo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando este se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y **lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio**". (Énfasis añadido)

182. Por otro lado, según el perito Monroy Cabra, la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”. En términos parecidos, la perita Condic consideró que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”.

183. Ahora bien, además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la “concepción”, las partes han planteado una discusión diferente respecto al momento en que se

considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano², mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso.³

Finalmente, en base a las pruebas científicas reunidas, la Corte toma posición, en cuanto a que la concepción no puede sino producirse desde la implantación del embrión en el útero, puesto que, si bien es cierto que antes existe una célula con el material genético suficiente para dar origen a una persona, ello es inviable si no hay implantación.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría

2 En este sentido, *inter alia*: Lobo Prada, Tanya, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656) y L. Condic, Maureen, “Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos”, en *Is This Cell a Human Being?*, (Springer-Verlag) 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594).

3 Al respecto, la perita Condic indicó que “un número de definiciones alternativas de cuándo inicia la vida humana han sido ofrecidas, incluyendo la singamia (aproximadamente 24 horas después de la fusión espermatozoide-óvulo), implantación (aproximadamente 5 días después de la fusión espermatozoide-óvulo), formación de la línea primitiva (aproximadamente 14 días después de la fusión espermatozoide-óvulo) e inicio de la función cerebral”. Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2589).

desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

5.2.2. Interpretación sistemática e histórica

De acuerdo a una lectura sistemática, la sentencia estima que no es posible otorgar el estatus de persona al embrión, dadas las diversas normas que centran la protección en la madre embarazada y no en el embrión.

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra

el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

223. Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

Luego se analizan diversos instrumentos, diferentes a la Convención, en cuanto a este punto. En primer lugar, se señala que la Declaración Universal de Derechos Humanos no otorga protección al no nacido:

224. Respecto al alegato del Estado según el cual “la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde [...] el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”, la Corte estima que, según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración. Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, analizando su historia, la sentencia arriba a la conclusión que tampoco se tuvo la intención de otorgar carácter de persona al embrión:

225. Respecto al alegato del Estado según el cual el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”, la Corte observa que durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, el Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Ante la resistencia contra la formulación “desde el momento de la concepción” a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, el Líbano sugirió la formulación “en cualquier fase del desarrollo humano” (“at any stage of human development”). Esta formulación, aceptada inicialmente, fue borrada posteriormente. Otra propuesta del Reino

Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente, pero luego fue también abandonada. Durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción. En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: “a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley”. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor y 17 abstenciones. Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.

En cuanto a la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación en contra de la Mujer, se señala que esta expresamente privilegia la protección de la mujer por sobre la de la vida en formación:

227. Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante, Comité de la “CEDAW” por su sigla en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Al respecto, en el caso *L.C. vs. Perú*, el Comité encontró al Estado culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una intervención quirúrgica trascendental so pretexto de estar embarazada, privilegiando al feto por sobre la salud de la madre. Dado que la continuación del embarazo representaba un grave peligro para la salud física y mental de la joven, el Comité concluyó que negarle un aborto terapéutico y postergar la intervención quirúrgica constituyó discriminación de género y una violación de su derecho a la salud y la no discriminación.

Según establece la sentencia, la Convención de Derechos del Niño, pese a que tiene algunas referencias a los no nacidos, tampoco otorga a los embriones el mismo nivel de protección que a los nacidos, de modo tal que las referencias

que se realicen, de acuerdo a la historia de la Convención, no implican una protección análoga entre nacidos y no nacidos:

231. Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida. En efecto, en los trabajos preparatorios se indica que dicha frase no tenía “la intención de vulnerar la interpretación del artículo 1 o de ninguna otra disposición de la Convención”. En efecto, mientras que el borrador revisado para una Convención sobre los Derechos del Niño, presentado por Polonia, no hacía alusión a la vida prenatal en el Preámbulo, el Vaticano pidió la ampliación del Preámbulo por la expresión “antes y después del nacimiento”, lo cual causó opiniones encontradas entre los Estados. Como compromiso las delegaciones acordaron una expresión tomada de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959.

232. Ante la dificultad de encontrar una definición de “niño” en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión “tanto antes como después del nacimiento” en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención.

En cuanto al sistema europeo, la sentencia se refiere a la jurisprudencia, que excluye explícitamente la protección del no nacido, en términos análogos a la de los nacidos:

236. En el Caso Paton vs. Reino Unido de 1980, que trató de una alegada violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH

“tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”. Señaló que “[l]a vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. Si el artículo 2 comprendiese al feto y su protección fuese, en ausencia de una limitación, entendida como absoluta, el aborto tendría que considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo presente grave peligro para la vida de la embarazada. Ello querría decir que ‘la vida en formación’ del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la embarazada”. También en los Casos R.H. vs. Noruega (1992) y Boso vs. Italia (2002), que trataron de la presunta violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura.

237. En el Caso Vo. vs. Francia, en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria por el peligro para su salud producido a raíz de tratamientos médicos inadecuados, el Tribunal Europeo señaló que: A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” [...] los cuales [cuya] “vida” es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.” [...]

El problema de cuando el derecho a la vida comienza viene dentro un margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deben gozar en esa esfera pese a la interpretación evolutiva de la Convención, un “instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día” [...] Las razones para esa conclusión son, en primer lugar, [...] el problema de que dicha protección no ha sido resuelta dentro de la mayoría de los Estados parte, en Francia en particular, donde es tema de debate [...] y, en segundo lugar, que no hay un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio a la vida. [...]

A nivel europeo, la Corte observa que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del embrión y/o feto [...], aunque ellos hayan recibido alguna protección a la luz del progreso científico y las consecuencias potenciales de investigación dentro de la ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones. **Cuando más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona –gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido [...]– requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida” a los efectos del artículo 2. [...]**

No es deseable, ni aun posible tal como están las cosas en este momento, contestar en abstracto si un no nacido es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención. (Énfasis añadido)

Finalmente, en el sistema africano de derechos humanos, también se descartó expresamente una redacción que incluya en el derecho a la vida al embrión, en los mismos términos que los nacidos:

243. El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos señala que “[l]os seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona”. Los redactores de la Carta descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción. El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”.

Por tanto, se concluye que ninguno de los instrumentos en que la Corte Suprema de Costa Rica basó su decisión establece que el embrión pueda ser

considerado como persona en los términos del Art. 4° de la Convención, sin que tampoco pueda desprenderse tal cosa de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistémica.

5.2.3. Interpretación evolutiva

La interpretación evolutiva arranca de la concepción de los tratados como instrumentos vivos, que varían con la evolución de la sociedad, lo que debe tenerse en consideración al momento de interpretar la norma. La interpretación evolutiva, según lo estipulado en la sentencia, tiene especial importancia en este caso, por cuanto la FIV no existía al momento de celebrarse la Convención, no estando presente este problema al momento de su redacción.

Teniendo esto en consideración, la Corte se explaya acerca del estatus jurídico del embrión, señalando:

247. Ha sido señalado que en el Caso *Vo. vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida” (supra párr. 237).

248. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (en adelante el “Convenio de Oviedo”), adoptado en el marco del Consejo de Europa, establece lo siguiente en su artículo 18: Artículo 18. Experimentación con embriones in vitro:

1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, esta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.
2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

249. En consecuencia, dicho tratado no prohíbe la FIV sino la creación de embriones con propósitos de investigación. Sobre el estatus del embrión en dicho Convenio, el TEDH señaló que:

El Convenio de Oviedo sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina [...] se cuida de definir el término “toda persona”, y su informe explicativo indica que, en ausencia de unanimidad acerca de la definición, los Estados miembros han decidido permitir al derecho interno hacer las precisiones pertinentes al efecto de la aplicación de esta Convención [...]. Lo mismo aplica para el Protocolo Adicional so-

bre la prohibición de clonar seres humanos y el Protocolo Adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de “ser humano”.

Se constata entonces, de acuerdo al criterio interpretativo, que en los diversos países miembros del Convenio no se ha interpretado que la FIV atente contra los derechos humanos:

255. Ahora bien, de la prueba aportada por las partes en el expediente, la Corte observa que si bien la FIV se realiza en un gran número de países, lo anterior no necesariamente implica que esta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas. Al respecto, el Tribunal destaca que, de las legislaciones comparadas anexadas por las partes sobre técnicas de reproducción asistida (Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay), se desprende que existen normas que regulan algunas prácticas en la materia. El Tribunal constata que, por ejemplo, existe: i) la prohibición de clonación humana en Chile y Perú; ii) las legislaciones de Brasil, Chile y Perú prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana; iii) Brasil establece que el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad, y prohíbe la utilización de procedimientos que “apunten a una reducción embrionaria” y la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito, y iv) existen diversos tipos de regulaciones sobre la crioconservación. Por ejemplo, en Chile se prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones, mientras que en Brasil y en Colombia se permite la criopreservación de embriones, espermatozoides y óvulos. Por otra parte, en algunos países, como Argentina, Chile y Uruguay, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal.

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados

se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

5.2.4. Principio de interpretación más favorable o finalista

En base a este criterio interpretativo, se señala que la finalidad de la Convención, al proteger el derecho a la vida, no era que ello sirviese de excusa para la negación de otros derechos de forma absoluta, debiendo por tanto armonizarse la protección de los diversos derechos:

258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

260. Al respecto, la Corte considera que otras sentencias en el derecho

constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula “en general, desde la concepción” establecida en el artículo 4.1 de la Convención. A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.

La sentencia señala más adelante:

263. Por tanto, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

5.2.5. Colofón general

La conclusión del análisis anterior es que la “concepción” tiene lugar con la implantación del embrión en el útero de la mujer, por lo que el Art. 4° de la Convención no tiene aplicación al presente caso, dado que en la FIV no existe tal implantación:

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino [que] es gradual e incremental se-

gún su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

5.3. Proporcionalidad de la prohibición absoluta de la FIV

Posteriormente, la sentencia se centra en analizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado, en tanto las mismas significan una restricción al derecho de las personas a tener hijos por medio de técnicas de reproducción asistida, cuestión que ha sido reconocida por la Corte como parte de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.

Por tanto, se analizan diversos puntos a efectos de determinar si la medida ha implicado una restricción proporcionada, considerando la entidad de los bienes jurídicos en cuestión:

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión”, como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (*supra* párr. 264), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión.

274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.

5.3.1. Severidad de la medida

Primeramente, respecto a la proporcionalidad de la medida, se destaca que la misma tiene un alto impacto en la vida de las personas, dadas las características de los pacientes que concurren a someterse al tratamiento de FIV:

278. La Corte ha señalado que la injerencia en el presente caso no se relaciona con el hecho de no haber podido tener hijos (*supra* párr. 161). A continuación se analiza el grado de severidad de la afectación del derecho a la vida privada y a fundar una familia, y del derecho a la integridad personal, teniendo en cuenta el impacto de la prohibición de la FIV en la intimidad, autonomía, salud mental y a los derechos reproductivos de las personas.

279. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. Al respecto, la señora Bianchi Bruna señaló que:

a la pareja, a nosotros como esposos el estrés económico que significa sacar esta cantidad de dinero lo más antes posible, porque aquí prima también un factor de tiempo que es muy importante, ya tiene uno un diagnóstico [...] y no se sabe en cuanto tiempo uno puede recaudar esa suma, menos si va a tener que recaudarla varias veces, el estrés de este tipo que tiene que enfrentar una pareja, cuántas parejas no se separan por estrés económico comunes y corrientes, es enorme la falta de privacidad en el hecho de que laboralmente todos mis empleadores tenían que darse cuenta que yo me estaba sometiendo a este tratamiento porque tenía que estar constantemente pidiendo permiso, al mismo tiempo que decía tengo que renunciar justo antes de que tenga que irme de

viaje porque nadie me va a dar permiso para irme de viaje en 24, con notificación de 24 horas, el seguimiento me lo podían hasta 24 horas antes de viajar, después tenía que viajar con 24 horas de notificación a Colombia y de ahí en adelante me seguían el procedimiento durante 5 días y luego tenía que volver a Costa Rica a hacerme 10 días después la prueba de embarazo y luego seguirme el embarazo. Esto conllevaba que todo el mundo se diera cuenta [...] La intimidad es totalmente violada, todo mundo no solamente se entera que aunque sea la mujer la que es infértil todo mundo asume que la pareja también lo es o que no ha sido capaz de producir esa procreación, eso para él fue muy difícil también, asimismo de tener que estar apoyando constantemente en cosas que realmente no entiende [...], me sometió a un estrés social y familiar puesto que mi familia se vio dividida de repente.

[...]

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, como ocurría en los casos del señor Mejías y la señora Calderón Porras. En similar sentido, la señora Arroyo Fonseca, quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuv[er] la oportunidad de superar [su] problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que [en ese momento] le hubiera permitido tener más hijos”.

5.3.2. Discriminación indirecta, infertilidad como discapacidad

Posteriormente, señala la sentencia que la medida adoptada es una discriminación indirecta en razón de una discapacidad de las personas, entendiendo como tal la infertilidad.

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “CDPD”) se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Mientras que el perito Caruso consideró que solo se puede hablar de la infertilidad como discapacidad en determinadas condiciones y supuestos, y por tanto solo en casos es-

pecíficos. El perito Hunt observó que “la infertilidad involuntaria es una discapacidad”, considerando que:

[e]l Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Costa Rica es Parte, reconoce que la “discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, esta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida.

290. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), en su artículo 18, señala que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante, “CIADDIS”) define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las

barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Se agrega, que las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad deben tener una protección especial de parte del Estado, que las ayude a superar esa condición, obligación en contra de la cual atenta la decisión tomada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica:

292. Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

5.3.3. Discriminación indirecta en razón del género

De igual forma, la sentencia estima que la decisión adoptada implica una discriminación indirecta por género, dado el impacto especial que puede producir en

las mujeres, independientemente de que la medida afecta por igual a hombre y mujeres:

296. La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres.

297. El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una “decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”, esta resulta discriminatoria. La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.

Se genera un impacto especial en las mujeres con la medida adoptada por la Corte Suprema, en tanto sus cuerpos se relacionan especialmente con los procedimientos necesarios para la realización de la FIV, que en varios casos se vieron interrumpidos por la decisión:

299. Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

300. Al respecto, el Tribunal resalta que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, como

por ejemplo en las parejas conformadas por la señora Artavia Murillo y el señor Mejías Carballo (supra párr. 87), el señor Yamuni y la señora Henchoz (supra párr. 92), la señora Arroyo y el señor Vega (supra párr. 108), el señor Vargas y la señora Calderón (supra párr. 118), y el señor Acuña y la señora Castillo (supra párr. 121). Este tipo de interrupción en la continuidad de un tratamiento, tiene un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Por otra parte, las mujeres podrían acudir a la FIV sin necesidad de una pareja. La Corte concuerda con la Comité de la CEDAW cuando ha resaltado que es necesario considerar “los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos [...], tales como [...] su función reproductiva”.

Finalmente, en este punto, la Corte aclara que la argumentación anterior no avala estereotipos que son contrarios a la Convención:

302. La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan solo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

5.3.4. Discriminación indirecta en razón de la situación económica

Por último, se afirma que la medida ha significado una discriminación en razón de la situación económica de las personas, entre quienes se encontraban en situación de viajar fuera del país para someterse a la FIV y quienes no:

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. Consta del expediente que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta González, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y

María del Socorro Calderón Porras no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV en el extranjero. 304. El señor Mejías Carballo, en su testimonio durante la audiencia pública ante esta Corte, declaró que él y su ex esposa se sintieron “muy tristes [...] porque no podía salir a otro país porque no tenía el dinero, ya no podía acá en Costa Rica porque lo habían prohibido” [...].

5.3.5. Controversia en torno a la pérdida de embriones

La decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se basa fundamentalmente en la pérdida de embriones que la FIV genera, argumento que es rechazado por la Corte puesto que se basa solo en la protección absoluta de la vida del embrión, la que había sido descartada por la sentencia de la Corte al analizar el derecho a la vida, señalándose:

310. Tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV solo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia (supra párr. 264). Por el contrario, la Corte observa que el perito Zegers-Hochschild resaltó que “[e]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora”.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones

responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (supra párr. 66).

5.3.6. Conclusión respecto de la severidad de la medida y la finalidad perseguida

Concluyendo respecto de la anterior, la Corte estima que la medida adoptada por la Sala Constitucional afecta derechos humanos de las personas de forma desproporcionada a la finalidad perseguida por la misma, atendiendo a la protección jurídica otorgada a los embriones:

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

315. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación, no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (supra párr. 264).

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación

y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (supra párr. 264), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

6. Reparaciones

De esta forma, considerando la sentencia de la Sala Constitucional como contraria a la Convención, la sentencia adopta las medidas de reparación que considera pertinentes, teniendo en consideración el principio de la reparación íntegra del daño:

319. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera íntegra, por lo que, además de las compensaciones pecuniarías, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

Lo primero, en este sentido, es determinar a la parte lesionada en el caso, señalando la sentencia:

322. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a Grettel Artavia Muriello, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, quienes en su carác-

ter de víctimas de las violaciones declaradas en el Capítulo VII, serán considerados beneficiarios de las reparaciones que ordene el Tribunal.

6.1. Medidas de rehabilitación, satisfacción y de garantía de no repetición

La primera de las medidas adoptadas por la Corte es la publicación de un resumen de la sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y de la sentencia íntegra en la página web de la rama judicial, debiendo estar disponible por un año.

Luego se determinan las medidas para la no repetición de los atentados a los derechos humanos, ordenándose al Estado que adopte las acciones necesarias para ello, incluyendo no solo la no prohibición de la FIV sino también la obligación de proveer acceso a ella:

334. La Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.

335. En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Es decir, los Estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

336. En primer lugar y teniendo en cuenta lo señalado en la presente Sentencia, las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia (supra párr. 317). El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

337. En segundo lugar, el Estado deberá regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, te-

niendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia. Además, el Estado debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

338. En tercer lugar, en el marco de las consideraciones desarrolladas en el presente Fallo (supra párrs. 285 a 303), la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

6.2. Otras medidas: Reparación por daño material e inmaterial

En este punto, es relevante destacar los criterios utilizados por la Corte para valorar, en primer lugar, el daño material producido por la medida adoptada por el Estado:

349. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que este supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”.

350. De acuerdo a los alegatos presentados por la partes, la Corte considera necesario determinar los criterios que tomará en cuenta para fijar los montos correspondientes a daño material. En primer lugar, el Tribunal resalta que las vulneraciones declaradas anteriormente se hallan relacionadas con el impedimento para ejercer autónomamente una serie de derechos (supra párrs. 317), no por haber podido o no tener hijos biológicos, razón por la cual no es de recibo el argumento estatal según el cual las parejas que pudieron tener hijos no deberían ser indemnizadas. En segundo lugar, la Corte tiene en cuenta que la técnica de la FIV no era un procedimiento que se encontrara cubierto por la Caja Costarricense de Seguro Social (supra párr. 70), por lo cual las parejas hubieran tenido que incurrir en los gastos médicos que fueron señalados con independencia de la sentencia de la Sala Constitucional.

En consecuencia, el Tribunal considera que no existe nexo causal entre la totalidad de gastos mencionados anteriormente (supra párrs. 346 y 347) y las violaciones declaradas en la presente Sentencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que los gastos que tienen un nexo causal con las vulneraciones del presente caso son solo aquellos que se hayan derivado como efecto de la decisión de la Sala Constitucional, principalmente aquellos gastos en los que incurrieron las parejas que tuvieron que salir al exterior para realizarse el tratamiento.

[...]

352. Al respecto, la Corte recuerda que el criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales, de los daños materiales y para fijar el lucro cesante. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan.

En segundo lugar, se procede a analizar los elementos para la valoración del daño inmaterial, señalándose:

361. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que este “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, solo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad.

362. Asimismo, la Corte reitera el carácter compensatorio de las indemnizaciones, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que no pueden significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores.

363. En el presente caso, el Tribunal recuerda que el daño en el presente

caso no depende de si las parejas pudieron o no tener hijos (supra párr. 350), sino que corresponde al impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer de manera autónoma sus derechos (supra párrs. 317). Como quedó comprobado en el capítulo VIII, se han acreditado en este proceso los sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, las secuelas en la posibilidad de decidir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente. En atención a los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial.

Conclusiones

Esta sentencia de la Corte, ha tenido repercusión en Chile en los medios de comunicación escritos. En primer lugar, el Dr. Fernando Zegers Hochschild, del Programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana de la Universidad Diego Portales, quien actuó como perito en el caso, en columna publicada en el diario El Mercurio llamó la atención sobre los puntos que le parecen más importantes de la sentencia, a saber:

1. Los derechos reproductivos son parte de los derechos humanos. El derecho a fundar familia y el derecho a la autonomía para vivir la vida privada deben ser protegidos y respetados por todos los países.
2. Reconoce la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo. Así, impedir el uso de los TRA⁴ constituye una discriminación en contra de personas con una discapacidad reproductiva. Esta discriminación es aun mayor contra mujeres y personas de bajos recursos económicos.
3. Establece que, de acuerdo a la Convención Interamericana de Derecho Humanos, el embrión no es sujeto de derecho a la vida como son las personas. Que la protección al embrión se ejerce a través de la protección a que tienen derecho las mujeres preñadas (Art. 4.1. de la Convención). Explícitamente, reconoce que la palabra “concepción” se refiere a la implantación del embrión y no al momento de la fecundación.

4 En adelante, Tratamientos de Reproducción Asistida.

Así, la depositaria del derecho a la vida es la mujer, y no el embrión.

4. La CIDH reconoce que existe una gradualidad en la adquisición de los derechos humanos y reafirma que el embrión no es sujeto de derecho como las personas actuales.

5. Establece que el derecho de las mujeres a ser protegidas por el derecho internacional no puede ser afectado por leyes que protejan a los embriones. Es decir, explícitamente establece a la mujer como titular de derecho y no al embrión.

6. Por último, recuerda que existe derechos humanos que están protegidos universalmente por encima de las decisiones, incluso democráticas, de un determinado país. Así, un país no puede coartar el derecho de las personas a fundar una familia, el derecho a la privacidad y autonomía y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente.⁵

Esta columna tuvo respuesta en el mismo medio, el 31 de diciembre de 2012, en una carta al director de profesores de derecho del Centro Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, Ignacio Covarrubias, Julio Alvear, Sergio Verdugo y Alejandro Leiva, quienes criticaron la decisión de la Corte de no considerar como personas a los embriones, argumentando que la línea seguida en la sentencia justificaría el aborto. Igualmente, sostuvieron que la gradualidad en la adquisición de los derechos pone límites imprecisos al momento de la adquisición de la personalidad, lo que podría justificar no solo el aborto sino que también el infanticidio y la eutanasia, ya que tampoco se sabe cuándo termina la progresión en la adquisición de los derechos. Acusan asimismo a la Corte de activismo por transformar opiniones subjetivas en valores universales:

Llamamos la atención a un hecho gravísimo: desde hace tiempo la Corte IDH viene pervirtiendo sus funciones en las materias llamadas “valorísticas”, convirtiendo las opiniones subjetivas de algunos de sus ministros en planteamientos jurídicamente universales.⁶

En el mismo sentido, se habían publicado otros dos artículos de opinión en que se criticaba lo sentenciado por la Corte en base a argumentos muy similares.

5 *El Mercurio*, Columna, “La reproducción asistida”, 28 de diciembre de 2012.

6 *El Mercurio*, “Fallo de Corte Interamericana”, 31 de diciembre de 2012.

En la edición de 29 de diciembre de 2012 del mismo medio, el profesor de derecho civil de la Universidad de Los Andes Hernán Corral cuestionó lo resuelto por la Corte⁷. Señaló que nadie puede dudar que el “niño” es persona desde la concepción y que la misma ocurre desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, momento desde el cual debe ser protegida la vida. A juicio de Corral, la interpretación de la Corte pone en riesgo la cultura de los derechos humanos, amenazando con abrir la puerta a toda una pléyade de males que quedan permitidos; “más allá de esta cuestión particular, la doctrina que la Corte construye acerca del estatuto jurídico del embrión humano pone en riesgo el respecto a la vida y cultura de los derechos humanos universales que impera en los países latinoamericanos. Desconociendo los preceptos del Pacto de San José, la Corte deja en indefensión a los seres humanos no nacidos frente a los más graves atentados: píldora del día después, aborto legal, eugenesia, clonación, experimentación de embriones, etcétera.” Todo lo anterior derivaría directamente de la decisión de la Corte de no sumarse a la decisión de prohibir la realización de la técnica de fertilización in vitro. Corral acusa a la Corte de activismo y de estar imponiendo una agenda ideológica particular por sobre el texto de la Convención, por lo que hace un llamada a denunciar la jurisdicción de la Corte en los mismos términos en que Colombia denunció la jurisdicción de la Corte de La Haya.

Cabe consignar, por último, una columna de opinión del profesor de derecho de la Universidad de Los Andes Joaquín García Huidobro donde reitera la misma línea argumental respecto de la condición de persona del embrión y que la interpretación de la Corte abre la puerta a la admisión del aborto. García Huidobro también acusa a la Corte de activismo, señalando que se “vestiría” de derecho la pura prepotencia e invocando a su favor la opinión de Marx:

Ahora, en cambio, las mayores violaciones a los derechos humanos (comenzando por el derecho a la vida del no nacido) se visten de derechos: derechos reproductivos, derecho a disponer del propio cuerpo, derecho a la autonomía, etc. El poderoso, entonces, ocupa el lugar del derecho y desde allí oprime con facilidad al débil. Ya Marx había advertido sobre esta siniestra posibilidad, que ahora vemos realizada.⁸

7 *El Mercurio*, “Corte Interamericana y derecho a la vida del concebido”, 29 de diciembre de 2012.

8 *El Mercurio*, “Cuando la prepotencia se viste de derecho”, 30 de diciembre de 2012.

Ninguno de los tres artículos se hace cargo del mérito de lo fallado por la Corte, sin percibir la diferencia anotada en la sentencia entre un embrión implantado en el útero y un embrión no implantado, y la relevancia que dicha distinción tiene respecto de un posible reproche, desde la perspectiva de los derechos humanos, a la práctica de la FIV. Este primer paso en la progresión de la adquisición de derechos es omitido por los comentaristas, sin tomar en consideración su relevancia para sus propios puntos, en especial su preocupación respecto del aborto. Lo cierto es que la decisión de la Corte Interamericana proporciona la *lex artis* para definir el principio de vida que amerita la protección del *nasciturus* (embrión implantado en el útero), la que es una de las opciones posibles, negando además al embrión el estatus de persona titular de derechos y tratando a la infertilidad como una patología digna de atención por el sistema sanitario.

Esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se une a la sentencia recaída en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* del 24 de febrero de 2012, que hemos comentado en *Estudios Constitucionales*⁹; en que también se recurre a una regla hermenéutica de interpretación evolutiva, admitiendo un concepto abierto de matrimonio en cuanto a las opciones sexuales de las personas, de raíz sociológica.

Instalada la cuestión de la protección legal del *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico, la lectura (dominada por una interpretación sistémica y evolutiva) realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del art. 4.1 de la Convención no es muy distinta a la nuestra del artículo 19 N° 1 de la Constitución vigente en nuestro país. En efecto, una lectura hermenéutica rigurosa y positiva del artículo 19 N° 1 de la Constitución, al consagrar el derecho a la vida e integridad física y síquica de las personas, instituye una garantía constitucional normativa consistente, simplemente, en un mandato de habilitación al legislador y no uno de prohibición: garantía que ordena al legislador democrático determinar los institutos de protección de la vida del que está por nacer (protección civil, penal, sanitaria, previsional), dado que el *nasciturus* no es persona y, por ende, no es titular de derechos fundamentales.

Esta cuestión también plantea la inserción dogmática y positiva de los denominados derechos reproductivos de la mujer como derechos humanos de última generación en el plexo de derechos fundamentales, y cómo juega el

9 Zúñiga, Francisco, "Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012", en *Estudios Constitucionales*, Año 10, 1, 2012, pp. 429-468.

derecho de libertad en la protección de la libertad sexual de las personas y el derecho a la salud en los “derechos reproductivos”. En este punto, la sentencia comentada es extraordinariamente valiosa al situar los TRA (v.gr. la fecundación in vitro) como dispositivos para tratar enfermedades (infertilidad) que no pueden servir de base a discriminaciones o para afectar los derechos sobre el cuerpo de la “mujer preñada”.

El Centro de Justicia Constitucional UDD carga las tintas de su crítica en el horizonte ideológico del sistema interamericano. Esta crítica constata lo obvio: que la matriz ideológica dominante en los jueces que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la liberal, algo frecuente en los sistemas judiciales del Occidente capitalista y moderno. Tal matriz ideológica de la Corte Interamericana, que es predicable de los órganos del sistema en general, tiene consecuencias en las decisiones judiciales provenientes de órganos de los sistemas judiciales nacionales que profesan una matriz ideológica neoconservadora o neoliberal: lo que es observable al comparar esta sentencia referida al art. 4.1 de la Convención Americana y la decisión de nuestro Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después (“caso píldora II”), decisión local que ha perdido uno de sus argumentos de “autoridad”.

La matriz ideológica liberal dominante entre los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que tiene como disidente al conservador juez chileno de dicho tribunal) se refleja en un sesgo inevitable de su labor jurisprudente, cuyo centro de gravedad son los derechos civiles. Un buen ejemplo de ello es el tratamiento dado a la libertad de prensa como libertad negativa, haciendo tabula rasa de las concentraciones monopólicas mediales y multimediales; o a la libertad en los medios para los comunicadores sociales y cómo ello afecta el derecho a la información, a la opinión pública y la estabilidad de los sistemas políticos democráticos del continente. Al mismo tiempo, el sistema interamericano tiene un convidado de piedra que lentamente ha logrado quebrar el hielo: la protección de derechos económicos, sociales y culturales.

La matriz ideológica liberal dominante en la Corte posibilita hoy que esta crecientemente se aleje de predeterminaciones ideológicas metafísicas de raíz religiosa, como ocurre con la identificación del principio de vida del nasciturus o la definición sociológica de matrimonio, que imperan en tribunales de horizonte ideológico neoconservador o neoliberal.

La crítica al enfoque ideológico de la Corte y de los órganos del sistema interamericano es francamente una ñoñería. A nuestro juicio, quedan por

explorar las posibilidades de un sistema más plural en lo ideológico y más deferente con las soluciones nacionales o el margen de apreciación nacional. En este sentido, los críticos nacionales de la sentencia comentada son neoconservadores o neoliberales que arrojan su cuestionamiento en argumentos político institucionales o ético religiosos, sin hacerse cargo de la estructura argumentativa de la sentencia.

Lo anterior se conecta con una línea de trabajo crítico que hemos desarrollado frente al activismo judicial (de “derechas” o de “izquierdas”) disfrazado de garantismo. Una de las expresiones más nítidas del activismo de la Corte Interamericana es el control de convencionalidad.

El activismo de la Corte Interamericana es una realidad paradójica, ya que se centra en derechos civiles y, en menor medida, derechos políticos, descansando en el sistema institucional de la Organización de Estados Americanos, que es particularmente anacrónico. Este sistema no permite identificar a América o, mejor dicho, a la América al sur del Río Grande como un espacio político democrático interamericano. El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema internacional, no supranacional, aquejado de fuentes fundantes (tratados) de un marcado déficit democrático.

Se añade a esta paradoja otra contradicción: las miserias en la protección de derechos humanos y derechos fundamentales en los Estados parte del sistema, que poseen economías subdesarrolladas y sistemas institucionales no del todo consolidados, lleva a la Corte Interamericana a decisiones que ostentan un cierto maximalismo, dejando poco o ningún espacio al margen de solución nacional (como ocurre, por ejemplo, con los estándares del procedimiento de consulta de pueblos indígenas en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012). Ello conlleva el peligro de la impotencia de sus decisiones frente a la facticidad.

Con todo, a pesar de nuestra perspectiva crítica del sistema interamericano, a nuestro juicio la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir en el sistema judicial nacional de fuente de consulta para el desarrollo de una doctrina del seguimiento crítico y reflexivo de la labor jurisprudente interamericana, que permita no solo la consolidación de una cultura jurídica garantista volcada al perfeccionamiento de los derechos fundamentales y derechos humanos, sino de un sistema judicial deferente con las instituciones democráticas y con los espacios de la política.

LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA ENTRE PARÉNTESIS. COMENTARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Luis Alejandro Silva Irrázaval*¹

Resumen

La sentencia Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica por haber prohibido la fecundación in vitro. En este comentario se analizan críticamente los argumentos de la sentencia que sostienen la condena y se concluye que todos ellos convergen en uno solo, que es el valor condicionado de la vida humana. En efecto, la tesis que se defiende en este trabajo es que la sentencia niega el valor intrínseco de la vida humana y, en cambio, condiciona su protección jurídica a factores extrínsecos a ella. La vida humana se protege en cuanto es valiosa por algo y no porque sea valiosa en sí. Los términos en que la sentencia fundamenta la condena al Estado de Costa Rica proyectan su validez más allá del contexto específico de la fecundación in vitro, hacia otros supuestos en que la vida humana podría verse amenazada. En definitiva, la sentencia Artavia Murillo refleja una concepción de la vida humana que, independientemente del estado de desarrollo en que se encuentra, se valora en función de condiciones externas. Esto significa un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque desconoce que la vida humana es inviolable.

Introducción

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) había afirmado durante largo tiempo el valor inalienable de la vida humana,² hasta ahora. Antes de la sentencia Artavia Murillo, la Corte IDH

¹ Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl.

² Corte IDH, caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, sentencia de fecha 29 de julio de 1988, párr. 188; Corte IDH, voto disidente de los jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren y Cançado Trindade,

se mantuvo fiel a la idea de que el ser humano nunca puede ser entendido solo como un medio, sino siempre como un fin.³ Pero con la sentencia sobre la fecundación in vitro se verificó un cambio en esta línea, porque en ella la protección de la vida humana quedó condicionada a razones ajenas al valor mismo de la vida.

La sentencia reconoce que la vida del embrión es humana pero afirma que su protección depende de otros factores (v.gr. la viabilidad). En este caso, la vida humana es valiosa, desde el punto de vista de su protección jurídica, en función de una serie de bienes de la mujer (v.gr. proyecto de vida, capacidad económica). De allí que la sentencia condene la prohibición de la fecundación in vitro: puesto que, en determinadas condiciones, la muerte de los embriones puede ser irrelevante para el Derecho, no puede tolerarse una prohibición que proteja la vida de los embriones sin condiciones.⁴

Al condicionar la protección de la vida humana, la sentencia Artavia Murillo sienta las bases para tratar al ser humano solo como un medio, porque si lo considerara un fin en sí mismo debería haber reconocido una protección incondicional de su vida. La sentencia no afirma esto de manera explícita, probablemente contenida por un cierto pudor. Las apariencias todavía se guardan. Pero, en el fondo, el argumento de la sentencia debilita la concepción de la vida humana y se abre a que sea tratada solo como un medio. Aunque el contexto del argumento es el de la fecundación in vitro, su validez no se restringe a la vida de los embriones humanos antes de la implantación, sino que se extiende a otros supuestos de vida humana.

Este comentario se divide, fundamentalmente, en dos partes. Primero se exponen los argumentos de la sentencia, poniendo al descubierto su entramado. Luego se desarrolla la principal crítica que esos argumentos merecen y que ha quedado expresada en los párrafos anteriores: que la protección jurídi-

caso Gangaram Panday vs. Surinam. Fondo, sentencia de fecha 21 de enero de 1994, párrs. 2-4; Corte IDH, caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo, sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999, párr. 144; Corte IDH, caso Sánchez vs. Honduras. Fondo, sentencia de fecha 7 de junio de 2003, párrs. 108-111.

3 La formulación clásica de este principio, típicamente moderno, es la del imperativo categórico de Kant: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca solo como un medio".

4 En principio, la sentencia Artavia Murillo introduce una importante distinción, entre embriones implantados y no implantados, y define que la Convención Americana de Derechos Humanos no protege incondicionalmente la vida del embrión no implantado. Pero esta distinción es menos importante de lo que pudiera parecer, porque la sentencia tampoco reconoce incondicionalmente el derecho a la vida del embrión implantado. La protección del no nacido (el embrión, en cualquiera de sus fases de desarrollo) está condicionada siempre. La sentencia define qué condiciones valen respecto del embrión no implantado.

ca de la vida humana está condicionada y esto significa desconocer su carácter inviolable.

1. Resumen del caso

La sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de la Corte IDH, recayó sobre la convencionalidad de la sentencia N° 2000-02306 de la Corte Suprema (Sala Constitucional) de Costa Rica. Esta sentencia de la Corte Suprema, del 15 de marzo de 2000, declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S que regulaba la fecundación in vitro, por ser contrario al derecho a la vida del embrión. La consecuencia que siguió a la sentencia de inconstitucionalidad fue la suspensión de los procedimientos de fecundación in vitro que estaban en curso y la imposibilidad de acceder en el futuro a este método de “salud reproductiva”.

Un grupo de parejas infértiles afectadas por la decisión de la Corte Suprema presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) la petición de que se declarara la incompatibilidad de la sentencia de inconstitucionalidad con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). La CIDH declaró admisible la petición y solicitó a la Corte IDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por la infracción de los artículos 11.2 (prohibición de toda injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado en la vida privada o familiar), 17.2 (derecho a fundar una familia) y 24 (igualdad ante la ley) de la CADH.

La Corte IDH acogió la solicitud de la CIDH y declaró la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica. El motivo de la condena fue que la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro infringió los artículos 5.1 (derecho a la integridad), 7 (derecho a la libertad personal), 11.2 (prohibición de toda injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado en la vida privada o familiar) y 17.2 (derecho a fundar una familia) de la CADH, en relación al artículo 1.1 del mismo instrumento.

2. Planteamiento de la cuestión

La cuestión sobre la que resuelve la Corte IDH es la licitud de la prohibición de la fecundación in vitro a la luz de la CADH. ¿Puede un Estado Parte de la CADH prohibir la fecundación in vitro? Para responder a esta pregunta, la sentencia debió determinar el estatuto jurídico del embrión, ya que la CADH protege la vida humana en general, desde la concepción (artículo 4.1). En otras palabras, la Corte IDH hubo de resolver si la vida del embrión humano

estaba protegida por la CADH, porque, si estaba protegida, entonces no podía condenarse la prohibición de un método en que la muerte de embriones es una consecuencia cierta. Esta es la cuestión central del caso y de aquí que prácticamente una cuarta parte del texto de la sentencia esté destinada a la interpretación del artículo 4.1 de la CADH y, específicamente, a la expresión [el derecho a la vida estará protegido por la ley] “y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Aparejada a la cuestión del estatuto jurídico del embrión (v.gr. ¿se encuentra su vida protegida por el artículo 4.1 de la CADH?) está la de los motivos o fundamentos de la respuesta. Esta es la materia que me interesa abordar críticamente en este comentario de la sentencia *Artavia Murillo*. Más allá del interés por criticar el curso argumentativo que siguió la sentencia para concluir que la vida del embrión no está protegida antes de su implantación en el útero de la mujer, me interesa desarrollar una crítica a las premisas del argumento y proyectar sus consecuencias.⁵

A primera vista, la distinción que hace la sentencia *Artavia Murillo* entre embriones no implantados y embriones implantados pudiera parecer esencial, pues la sentencia define que con la implantación comienza la concepción y el artículo 4.1 CADH protege la vida desde el momento de la concepción. Luego, los embriones no implantados no estarían comprendidos en el supuesto del artículo 4.1 CADH. Sin embargo, la distinción no es tan importante como podría parecer puesto que la propia sentencia la desconoce luego. En efecto, si la Corte IDH hubiera sido consistente con definición de concepción, no habría tenido sentido demostrar cómo la prohibición de la fecundación *in vitro* afectó de manera desproporcionada una serie de derechos de la mujer; habría bastado con declarar que en ningún caso la vida de los embriones no implantados puede protegerse en nombre del artículo 4.1 CADH. Otra inconsistencia radica en el amplio desarrollo sobre la protección de la vida del embrión implantado. ¿Qué razón habría para esto? La explicación más satisfactoria parece ser que la propia Corte IDH admite que la diferencia entre embriones no implantados e implantados no es suficiente para justificar la interpretación que hace del artículo 4.1 CADH. Para ser coherentes con este presupuesto, en este comentario no se considerará

5 Para una crítica del discurso argumentativo, especialmente desde el punto de vista de la interpretación y sus fuentes, ver Paúl, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del Caso *Artavia*”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208087; *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013 (en preparación).

como relevante la distinción excepto cuando sea necesario para explicar el argumento de la sentencia.

Todo el aparato retórico desplegado en la sentencia para demostrar que el embrión no es persona y que, por lo tanto, su vida no está protegida por la CADH me parece fútil como objeto de un comentario crítico. Lo verdaderamente relevante del caso es si la vida del embrión merece protección y por qué. A primera vista la distinción entre estos dos puntos (si el embrión es persona/si el embrión merece protección) puede parecer inútil porque, al fin y al cabo, la personalidad sería el fundamento de la protección jurídica. Pero yo no comparto –en el contexto de la sentencia Artavia Murillo– la premisa de que la calidad de persona determina su protección jurídica.⁶ Señalo esto porque la calificación de un ser como persona depende del concepto de persona que tenga quien haga la calificación. La concepción de persona que maneja la sentencia Artavia Murillo es distinta de la que sostengo yo. Por eso, prefiero eludir la discusión –semántica, al fin– sobre si el embrión es persona o no.

3. La tesis de este comentario: La vida humana se protege solo en cuanto medio, no en cuanto fin

En este comentario se afirman dos tesis que están intrínsecamente unidas. La primera tesis postula que la sentencia Artavia Murillo niega que la vida humana sea un bien en sí y que, por ello, merezca protección jurídica. La segunda tesis sostiene que, en la sentencia, el valor de la vida humana y, por lo tanto, su protección jurídica está condicionado por factores extrínsecos a la vida misma, es decir, la vida humana es concebida solo como un medio y no como un fin.

La tesis de este comentario implica que la sentencia Artavia Murillo introduce una cuña en su jurisprudencia sobre el derecho a la vida y la interpretación del artículo 4.1 CADH. Hasta ahora, la Corte IDH nunca discriminó entre seres humanos vivos para decidir quiénes merecerían protección y quiénes no. Este constreñimiento del alcance del derecho a la vida no afecta solo ni principalmente la vida del embrión antes de la implantación sino la vida del ser humano en general, cualquiera sea la etapa de desarrollo en que se halle.

6 Es importante entender esta afirmación en su contexto. Que la calidad de persona determina la protección jurídica de la vida del ser humano puede ser una premisa inútil en un diálogo en que las posiciones conciben de manera distinta la personalidad. Yo no estoy negando absolutamente que la personalidad determina la protección de la vida, sino que estoy expresando mi desacuerdo con la definición de persona implícita en la argumentación de la sentencia Artavia Murillo.

4. Los argumentos de la sentencia

A continuación se exponen los argumentos de la sentencia que resultan pertinentes a la tesis de este comentario.

4.1. La vida del embrión humano es humana pero no por eso amerita protección

La sentencia nunca pone en duda la calidad de ser vivo del embrión humano. Tampoco discute la naturaleza humana de la vida del embrión humano. Para la Corte IDH, el embrión es un ser humano vivo. Lo que discute la Corte IDH es que este ser humano vivo merezca protección. De entrada, la sentencia es cauta al señalar que “hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida”.⁷ Pero después, al interpretar el artículo 4.1 de la CADH, todo el discurso sugiere que el embrión no es jurídicamente merecedor de protección en sí mismo.⁸

Obviamente, la sentencia no afirma que el embrión humano carezca absolutamente de protección jurídica. Sí afirma, en cambio, que la vida del embrión humano no merece una protección absoluta.⁹ En otras palabras, la protección jurídica de la vida del embrión humano está condicionada. La sentencia define que esta condición se verifica en el momento de la implantación del embrión en el útero de la mujer.

4.2. La vida del embrión merece protección si y solo si está implantado

Para determinar si la vida del embrión estaba protegida por el artículo 4.1 de la CADH, la sentencia hubo de definir el término “concepción”, al señalar el artículo 4.1 que la ley protege el derecho a la vida “a partir del momento de la concepción”. Asumiendo que la fecundación y la implantación son dos momentos “complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario”,¹⁰ la sentencia define que la concepción consiste en la implantación ya que si el

7 Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Fondo, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, párr. 172.

8 Por ejemplo, alude a “algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida” (ibíd., párr. 261); o también, después de revisar el Derecho Internacional sobre la materia, concluye que “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (ibíd., párr. 253).

9 Es cierto que ningún derecho es absoluto; pero afirmar esto no significa renunciar a que, en ciertos supuestos, la protección de un derecho es absoluta. La sentencia incurre en este error cuando confunde una “prohibición absoluta” con un “derecho absoluto” (ibíd., párr. 159 y ss.) y propone una protección “gradual e incremental” de la vida del embrión (ibíd., párr. 264)

10 Ibíd., párr. 186.

embrión “no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”.¹¹ La implantación es un momento decisivo para la protección del embrión porque solo entonces se producen signos que dan cuenta de su existencia¹² y no porque altere la naturaleza del embrión.¹³

La protección que la sentencia reconoce a la vida del embrión implantado no debe llevar a pensar que, desde ese momento, la vida del embrión está absolutamente protegida. Lo que la sentencia dice es que, desde el momento de la implantación, la vida del embrión está protegida por el artículo 4.1 de la CADH, “en general”. Desde luego, permanece abierta la posibilidad del aborto en el margen de las excepciones a que autoriza la expresión “en general” del propio artículo 4.1.¹⁴

Podría decirse que, según la sentencia, la vida humana puede legítimamente (v.gr. por la CADH) ser protegida desde el momento de la concepción. En otras palabras, sería lícito que un Estado prohibiera el aborto. Pero no dice más. Luego, no sería contrario a la CADH que un Estado autorizara el aborto. La razón que sustenta la consistencia de esta interpretación del artículo 4.1 de la CADH es, en definitiva, que la vida del embrión merece protección jurídica en función de factores extrínsecos a su condición de ser humano. Estos factores podrían entenderse bajo el rótulo de los así llamados derechos de la mujer.¹⁵

11 *Ibíd.*

12 *Ibíd.*, párr. 181 (cita del informe pericial) y párr. 187.

13 La definición de la implantación como criterio para proteger la vida es arbitraria. Tal como la implantación, hay muchos otros momentos a lo largo del complejo desarrollo de la vida humana – intra y extrauterina– que determinan su viabilidad sin alterar la naturaleza del sujeto vivo. Luego, las razones que justificarían la protección de la vida humana (v. gr. la viabilidad del sujeto) serían distintas al hecho mismo de estar vivo: la vida humana dejaría de ser un bien merecedor de protección jurídica por su valor intrínseco.

14 La sentencia no lo dice explícitamente, pero así lo han entendido tanto quienes celebran la sentencia (Chia, Eduardo, “La Corte Interamericana y las nuevas dimensiones del estatuto jurídico del feto y los derechos de las mujeres”, [Columna de opinión] *Diario Constitucional*, 1 de marzo de 2013: “aun cuando la decisión de la CIDH versa sobre un tema ajeno al aborto, varios aspectos resolutivos del fallo son de suma relevancia para la argumentación jurídica en torno a la permisibilidad legal de la interrupción del embarazo”, disponible en <http://www.diarioconstitucional.cl>) como quienes la critican (Paúl, op. cit.: “[la CIDH] termina afirmando tácitamente que los Estados no pueden establecer determinado tipo de prohibiciones al aborto, (...) [a] establecer que la protección del no nacido debe ser solo gradual e incremental”, p. 23). Un exhaustivo trabajo sobre la interpretación del artículo 4.1 de la Convención, Paúl, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación”, en *Ius et Praxis*, 18 N° 1, 2012, pp. 61-112.

15 La paradoja que supone una sentencia que declara el derecho a ser madre (v. gr. acceder a la técnica de la fecundación in vitro) con los mismos argumentos con que afirma el derecho a no serlo (v. gr. aborto) es solo aparente. En la lógica de la sentencia, la vida humana es un medio que merece reconocimiento jurídico en función del fin al que se ordena. Desde que la vida humana queda convertida en un medio para satisfacer un fin (v. gr. el deseo de la mujer de ser madre), la contradicción desaparece y, en cambio, se convierte en un resultado lógico.

4.3. La vida del embrión es jurídicamente significativa en función de otros bienes/derechos de la mujer

Desde que la sentencia define que la concepción consiste en la implantación, “la Corte entiende que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer”.¹⁶ La sentencia hace suya la definición del perito Zegers-Hochschild en cuanto a que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”.¹⁷ Esta premisa permite a la sentencia concluir “respecto al artículo 4.1 de la CADH, que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada”.¹⁸

De acuerdo a la interpretación del artículo 4.1 de la CADH, la protección de la vida del embrión vendría a ser una consecuencia de la protección de la mujer embarazada. El artículo 4.1 protege la vida del embrión implantado no por el bien que es en sí mismo, sino por lo que significa respecto de la mujer embarazada. Luego, si la mujer embarazada no quiere estarlo, ¿qué razón habría para proteger la vida del embrión? ¿Acaso se protegerá a la mujer de sí misma contra su voluntad?

La sentencia concluye que la finalidad del artículo 4.1 “es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención (...) en otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”.¹⁹ Por supuesto, ha de entenderse que esos “otros derechos” son los de la mujer, que han de preferirse a la vida del embrión.²⁰ En definitiva, la vida del embrión humano solo merece protección jurídica (solo es jurídicamente relevante) cuando es compatible con los derechos de la mujer.

16 Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 187.

17 *Ibid.*, párr. 181. En el original subrayado y en negrita.

18 *Ibid.*, párr. 222.

19 *Ibid.*, párr. 258.

20 *Ibid.*, párr. 227: “Los Informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación”.

4.4. La vida del embrión humano no es jurídicamente significativa cuando es incompatible con los derechos de la mujer²¹

El título de este punto puede parecer injusto, porque la sentencia no declara sin más la ilicitud de la prohibición de la fecundación in vitro, sino que pondera sus efectos para saber si es proporcional a la finalidad perseguida, considerando los efectos que produce. Esto, en principio, significa que la Corte IDH estuvo abierta a que la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica no hubiera resultado contraria a la CADH, es decir, a que la prohibición de la fecundación in vitro viniera exigida por el artículo 4.1 de la CADH. Sin embargo, el título de este apartado es certero porque los criterios con los que la sentencia juzgó la proporcionalidad supusieron, en los hechos, un condicionamiento total de la vida del embrión a los derechos de la mujer, como se verá a continuación. Esto fue decidido así antes de concluirlo; sirvió como premisa del argumento que concluyó lo mismo que la premisa. En otras palabras, el argumento fue falaz porque fue una petición de principio.

En el caso *Artavia Murillo*, las eventuales víctimas invocaron una serie de derechos protegidos por la CADH. La sentencia de la Corte IDH razonó acerca de ellos con el fin de establecer si la prohibición de la fecundación in vitro los afectó en forma desproporcionada y arbitraria. Las premisas de este juicio de proporcionalidad remiten todas a una sola conclusión: la vida del embrión humano no es jurídicamente significativa cuando es incompatible con los derechos de la mujer. Desde esta perspectiva, ofrezco a continuación un examen del argumento de la sentencia respecto de cada uno de los derechos discutidos.²²

4.4.1. Derecho a la vida privada

El concepto de vida privada acuñado por la jurisprudencia de la Corte IDH es amplio, ya que comprende la posibilidad de “escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia [de la persona], conforme a sus propias opciones y convicciones”.²³ Acotada a las circunstancias del caso,

21 En la sentencia prácticamente no hay referencia a los derechos de los hombres; siempre es la mujer y sus derechos el término de referencia para juzgar la convencionalidad de la prohibición de la fecundación in vitro. La sentencia reconoce esto cuando dice, por ejemplo, que “la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV [fecundación in vitro] no está expresamente dirigida hacia las mujeres (...) tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas” (ibíd., párr. 299).

22 No está de más advertir que el derecho a la vida no fue discutido, porque los peticionarios no sentían que estuviera afectado.

23 Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 142.

“la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye (...) la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.²⁴

Dada la definición de vida privada que la sentencia sienta al inicio del argumento, la posibilidad de que resulte compatible con una prohibición de la fecundación *in vitro* está cerrada. Si el derecho a la vida privada incluye el derecho de ser madre, entonces debe estar abierta la posibilidad de las mujeres para acceder a un método que puede convertirlas en madres.²⁵ La sentencia no menciona ningún límite para la satisfacción de este derecho.²⁶

La satisfacción del derecho a ser madre –o a dejar de serlo–²⁷ no está limitado por la vida de los embriones. La vida de los embriones creados *in vitro* es valiosa en cuanto se ordenan a satisfacer la maternidad deseada; y es jurídicamente relevante cuando es viable.²⁸ A contrario sensu, la vida de los embriones es jurídicamente irrelevante si no se ordena a la satisfacción del derecho a ser madre.

4.4.2. Derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva

La sentencia define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.²⁹ La esterilidad es considerada una enfermedad³⁰ y, en cuanto tal, superarla es una exigencia del derecho a la salud; de la salud reproductiva, específicamente. De hecho, “la salud reproductiva implica

24 *Ibíd.*, párr. 143. Las referencias al padre aquí son una concesión eufemística, porque en definitiva es la voluntad de la mujer la que determinaría la posibilidad de que nazca un hijo.

25 En este punto la sentencia no repara en la distancia que puede llegar a haber entre las decisiones de vida privada y los medios para satisfacer esas decisiones. La definición de un proyecto de vida no implica necesariamente el derecho a satisfacerlo; sin embargo, la Corte IDH omite esta salvedad y, en cambio, presenta la fecundación *in vitro* como un medio necesariamente exigido por el derecho a la vida privada.

26 Las referencias a la ley –en el Párrafo 142– como límite a este derecho no las considero serias, porque la CIDH tiene competencia para condenar a un Estado por leyes contrarias al derecho a la vida privada.

27 En la concepción de la Corte IDH, la vida privada es un derecho que comprende tanto la decisión de quedar embarazada como de interrumpir el embarazo.

28 Por esta razón la protección jurídica se inicia con el cumplimiento de la que es considerada como la primera condición de un embarazo viable, esto es, la implantación.

29 Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 148. Hace referencia a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

30 *Ibíd.*, párr. 288.

los derechos del hombre y de la mujer (...) a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad”.³¹

No satisfacer las exigencias de la salud reproductiva, entendida en los términos definidos en la propia sentencia, es atentar contra la integridad personal porque salud e integridad personal están directa e inmediatamente vinculados.³² Pero la satisfacción de este derecho no tiene límites reconocibles en la sentencia. Por de pronto, la vida del embrión humano no podría contarse entre ellos. Antes al contrario, la vida de los embriones humanos está condicionada a la satisfacción del derecho a la salud (v.gr. reproductiva) de la mujer: si la mujer quiere ser madre, no cabe oponer como objeción a ese deseo la muerte de algunos embriones, que es consecuencia del método para satisfacerlo.

4.4.3. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico

La referencia a este derecho no señala ningún fundamento normativo-positivo. Se lo menciona como un derecho al que, en este caso, se extienden los derechos a la vida privada, a la autonomía reproductiva y a fundar una familia.³³ En las concretas circunstancias que motivaron la sentencia, este derecho comprende “el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva”.³⁴

La vida de los embriones humanos no es un límite a la satisfacción de este derecho, como se infiere del alcance que define la sentencia para este derecho, en cuanto comprende “la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure o de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”.³⁵ La prohibición de la fecundación *in vitro* para proteger la vida de los embriones es una restricción desproporcionada, según la sentencia. Esto significa que la vida de los embriones está condicionada a la satisfacción del derecho a gozar de los adelantos de la ciencia en materia reproductiva.³⁶

31 *Ibíd.*, párr. 149.

32 *Ibíd.*, párr. 147.

33 *Ibíd.*, párr. 150.

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*

36 Esta conclusión me parece ilustra la concepción de la técnica como una nueva moral: los actos de intervención/transformación técnica de la naturaleza realizan la perfección del hombre (Cfr. Brague, Rémi, *La sabiduría del mundo*, José Antonio Millán (trad.), (Encuentro, Madrid) 2008, pp. 301-302).

4.4.4. Derecho a la igualdad (principio de no discriminación)

La sentencia estimó que el grupo de parejas afectadas por la prohibición de la fecundación in vitro fue arbitrariamente discriminada en razón de su discapacidad, género y capacidad económica. La infertilidad es una discapacidad y la prohibición de un método que ayuda a superarla supone un trato desigual y vejatorio para quienes la padecen.³⁷ Los estereotipos vigentes sobre la mujer (v.gr. ser madres) implican que la prohibición de un método que puede ayudarlas a serlo sea una discriminación del género femenino.³⁸ Por último, la prohibición de la fecundación in vitro supuso para algunas de las parejas afectadas la imposibilidad de acceder al método en otro país por los altos costos económicos involucrados. Luego, la prohibición discrimina entre los que cuentan con los medios económicos suficientes y los que no.³⁹ Por estos tres motivos, la prohibición absoluta de la fecundación in vitro para proteger la vida del embrión resulta desproporcionada, a juicio de la Corte IDH.

El carácter arbitrario de la discriminación reposa en la insignificancia de la vida del embrión humano. En otras palabras, la vida del embrión humano no puede protegerse al costo de producir en las mujeres un sentimiento de discriminación (no importa si desde el punto de vista de la incapacidad, el género o la situación económica). Y esto es así porque el valor del embrión, en cuanto realidad digna de protección jurídica, está en función de factores extrínsecos (v.gr. los deseos o sentimientos de la mujer). De nuevo se repite lo que con los anteriores derechos analizados: no se niega absolutamente la protección de la vida del embrión humano sino que se la condiciona a la verificación de circunstancias ajenas al hecho de estar vivo.

5. Crítica a las razones de la sentencia

La sentencia reconoce la protección jurídica del embrión, pero no absolutamente. La premisa con que la sentencia justifica la defensa de la vida del embrión humano es incompatible con afirmar el valor intrínseco de la vida humana o, en otras palabras, que el derecho a la vida no es inviolable. Al sostener la sentencia que la protección jurídica del no nacido depende de los derechos de la mujer que lo tiene implantado, está afirmando que la razón para proteger la vida del embrión no es el hecho de ser un humano vivo sino

37 Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, op. cit., párrs. 288-293.

38 *Ibíd.*, párr. 299.

39 *Ibíd.*, párrs. 303 y 304.

el valor que la mujer le reconoce. La vida del embrión es valorada por la mujer para decidir tanto sobre los costos de quedar embarazada como de dejar de estarlo. Vistas así las cosas, la vida humana se inscribe prácticamente dentro de la lógica del consumo de bienes, en la que la satisfacción del cliente es determinante en la producción.⁴⁰

Pero la premisa de la sentencia no solo convierte la vida del no nacido en un bien de consumo, sino que pone entre paréntesis el valor de la vida humana en general como algo que merezca, de suyo, protección jurídica. Los fundamentos de la sentencia son tales, que incluso la protección de la vida de los seres humanos nacidos queda condicionada a factores extrínsecos que la hagan valiosa.

¿Qué diferencia habría, por ejemplo, entre la implantación y el nacimiento, que pudiera justificar desde este segundo momento un protección incondicional que desde el primero se le garantiza en forma “gradual e incremental” (v.gr. condicionalmente)? Tanto como la implantación, el nacimiento podría ser considerado un evento significativo para la mujer. Por su parte, el sujeto que se implanta es el mismo que luego nace: nada le ha acontecido que justifique una protección de su vida fundada exclusivamente en el valor intrínseco que tiene.⁴¹ Esta ausencia de toda justificación es lo que permite proyectar la validez del argumento de la sentencia, desde el supuesto de los embriones fecundados in vitro hacia cualquier otro supuesto de vida humana, no importa la etapa de desarrollo en que se halle.

De la justificación de la muerte de embriones no implantados al aborto no hay obstáculos teóricos. De la justificación del aborto al infanticidio parece que tampoco hay obstáculos.⁴² Esto lleva a concluir algo que todavía se está

40 Cualquier intento por justificar la protección de la vida del embrión sin reconocer su valor intrínseco, desemboca inevitablemente en la “cosificación” del embrión. Si el embrión es tratado como una cosa, no importa cuán valiosa se la considere, siempre deberá ceder cuando su protección entre en conflicto con los intereses/derechos de la mujer/madre. Ver Corral, Hernán, *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, (LexisNexis, Santiago) 2007, p. 74.

41 Corral hace ver cómo los intentos por justificar el condicionamiento de la protección de la vida del embrión son incapaces de explicar por qué las condiciones valen solo respecto del embrión: “No explican qué cambio cualitativo o esencial se produciría (...) que determinaría que lo que era un organismo, aún no humano, pase a convertirse en un ser humano protegible e inviolable en sus derechos”. *Ibíd.*, p. 70.

42 “If criteria such as the costs (social, psychological, economic) for the potential parents are good enough reasons for having an abortion even when the fetus is healthy, if the moral status of the newborn is the same as that of the infant and if neither has any moral value by virtue of being a potential person, then the same reasons which justify abortion should also justify the killing of the potential person when it is at the stage of a newborn”, Giubilini, Alberto y Miverva, Francesca, “After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?”, en *Journal of Medical Ethics*, 2012, disponible en <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full>.

lejos de aceptar: que la vida del ser humano es disponible, que su protección está condicionada a ponderadores distintos del valor intrínseco de la vida. Aunque todavía cueste reconocer una conclusión como esta, la verdad es que las premisas de la sentencia la sostienen. Con la interpretación que la sentencia Artavia Murillo hizo del artículo 4.1 de la CADH, la Corte IDH puso entre paréntesis la protección de la vida humana desconociendo su propia jurisprudencia sobre el carácter inviolable del derecho a la vida. En efecto, al entender que la expresión “en general” significa que “la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”,⁴³ la Corte IDH dejó abiertas las puertas para ampliar el alcance de las excepciones al alero de la expresión “en general”. Lo más grave es que no hay ninguna razón para limitar las excepciones a los estadios de desarrollo anteriores al nacimiento.

La cuña que la Corte IDH introdujo en el deber general de proteger la vida humana desde la concepción para distinguir entre el embrión no implantado y el embrión implantado, no encuentra ninguna resistencia para discriminar en otros supuestos. Es así que al amparo de la cláusula “en general” queda abierta la posibilidad de negar la protección de la vida a otros seres humanos, cuando incumplan alguna condición definida por la Corte IDH como determinante para estos efectos. En efecto, ¿en razón de qué podría pretender limitarse la elasticidad de la cláusula “en general” del artículo 4.1 CADH solo al supuesto de la fecundación in vitro? En otras situaciones límite también podría argumentarse que, dentro del margen de excepciones de dicha cláusula, caben otros supuestos. Pero en estos casos imaginables, como en el de la fecundación in vitro, se estaría yendo indiscutiblemente contra la propia CADH.

Conclusión

El principal argumento de la sentencia Artavia Murillo descansa en la definición de la implantación como el evento que justifica la protección

⁴³ Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, op. cit., párr. 265. No parece haberse percatado la Corte IDH del error en la que incurrió en el párrafo 259 al afirmar “la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.” Es un error porque, según su propia definición de concepción (como sinónimo de implantación), esta interpretación del artículo 4.1 de la CADH es inútil para el caso de los embriones no implantados.

jurídica de la vida del embrión y en la afirmación que la implantación sería el momento decisivo porque desde entonces el embrión se convierte en algo significativo para la mujer. Luego, el embrión no se protege porque sea en sí algo relevante para el Derecho sino porque es relevante para la mujer. En esto, el embrión no se diferenciaría de una cosa.

La sentencia no aporta ninguna razón que justifique la protección del no nacido por su valor intrínseco. Antes al contrario, todos los argumentos condicionan su protección al valor que le reconoce la mujer. Este resultado implica un reconocimiento tácito del aborto. Además, se abre al reconocimiento de otras formas en que la protección de la vida humana quede condicionada a factores extrínsecos. En efecto, al decidir que la vida del embrión está protegida solo en virtud de la significación que tiene para la mujer, la etapa de desarrollo del embrión es irrelevante para el Derecho (indirectamente será relevante, en cuanto lo sea para la mujer) como criterio de protección.

Dado que la etapa de desarrollo del no nacido es irrelevante para determinar la protección jurídica de su vida, cabe preguntarse qué otro momento en el desarrollo del ser humano podría justificar la protección de la vida en función de su valor intrínseco. La sentencia en este punto no ofrece ninguna respuesta. Es más, las conclusiones a las que arriba respecto de la protección de la vida del embrión podrían extenderse a la vida del ser nacido, y no podría oponerse ninguna objeción con fundamento en el texto de la sentencia. En este punto, queda en evidencia que la sentencia Artavia Murillo no solo desconoce la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el carácter inviolable del derecho a la vida sino que, además, resulta incompatible con la propia CADH.

LOS DESAFÍOS PARA CHILE DE LA DECISIÓN ARTAVIA MURILLO CONTRA COSTA RICA DE LA CORTE IDH (CASO FERTILIZACIÓN IN VITRO): ALGUNOS COMENTARIOS

*Lidia Casas Becerra*¹

Resumen

Este trabajo examina los alcances de la decisión Artavia Murillo vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Examina sus implicancias no solo en lo relativo a la interpretación que la Corte realiza del artículo 4.1 de la Convención Americana, que ha servido de fundamento en Chile y otros países de la región para prohibir la anticoncepción de emergencia, sino también en cuanto alienta el desarrollo normativo de la ciudadanía reproductiva. La decisión va más allá de reconocer a las personas que pueden utilizar técnicas de reproducción asistida, anclando los derechos sexuales y reproductivos como conceptos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Introducción

El caso Artavia con Costa Rica ha levantado numerosas preguntas sobre la dirección que debería tomar la legislación y las decisiones judiciales en Chile y en el resto de las Américas respecto a las técnicas de reproducción asistida y sobre la cuestión de la autonomía y su impacto en el derecho a fundar una familia.

En la primera sección de este comentario describiré el caso y el contexto de Costa Rica; en la segunda me haré cargo de algunas observaciones formuladas a la Corte; y en la tercera discutiré sobre las cuestiones jurídicas planteadas en la decisión y los alcances del fallo en tres áreas: (a) el derecho a la vida y la protección de la vida en gestación, (b) la autonomía y la ciudadanía reproductiva, y (c) el derecho a fundar una familia.

¹ Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; candidata a doctora, Universidad de Ottawa.

1. Hechos del caso y las tensiones sobre los derechos reproductivos en Costa Rica

En Costa Rica, el 3 de febrero de 1995, el Ejecutivo expidió un decreto presidencial (N° 24029-S) sobre fecundación in vitro y transferencia de embriones, o técnica de reproducción asistida, para parejas conyugales que no pudieran concebir y reguló su implementación en forma restrictiva. No se cuestionó que todas las parejas fueran casadas. Los denunciados son parejas que no pudieron acceder al procedimiento de técnicas de reproducción asistida en Costa Rica y que debieron, por la prohibición, realizarlos en países vecinos como Colombia, Panamá e incluso España. La normativa significaba que todos los óvulos fecundados no podrían ser más de seis por ciclo y todos ellos transferidos a la mujer que se somete a la técnica.

Con posterioridad, el 15 de marzo de 2000,² la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en un proceso por inconstitucionalidad, declaró inconstitucional la norma por considerar que la práctica de la fecundación in vitro, tal como estaba reglamentada, implicaba una elevada pérdida de embriones causada por una manipulación consciente y voluntaria, prohibiéndose esta técnica.³ Los accionantes argumentaron la violación al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, el artículo 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño, CDN, y lo previsto en el artículo 21 de La Constitución Política de Costa Rica, que establece que la vida humana es inviolable. Esta no era la primera decisión de la Sala Constitucional acerca del derecho de las personas frente a la reproducción humana.

En una seguidilla de casos relativos a la esterilización voluntaria, las sentencias reconocieron el derecho de las mujeres al control de su propio cuerpo sin intromisión de cónyuge o conviviente o del aparato del Estado para ejecutar decisiones en tal sentido.⁴ Las acciones buscaban la declaración de inconstitucio-

2 Corte Suprema de Justicia, Acción constitucional 2000-02306, sentencia de fecha 15 de marzo de 2000.

3 La descripción de los hechos está tomada de la decisión de la Comisión. CIDH, Caso No. 12.361 Gretel Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro" vs. Costa Rica, Fondo, informe de fecha 29 de julio de 2011.

4 Tres casos distintos sobre esterilización voluntaria se presentaron ante la Corte Suprema de Costa Rica. En el primero, en 1992, un grupo de mujeres interpuso una acción de constitucionalidad a un decreto que obligaba a las mujeres que desearan someterse a una esterilización voluntaria a obtener la autorización del marido. La Corte estimó que la aplicación e interpretación de los artículos 5 y 12 del Decreto Ejecutivo 18080-S lesionaba el derecho a la igualdad y no discriminación cuando la comunidad médica exigía la autorización del marido y que, además, se violaba la libertad de las mujeres en el matrimonio. Ello significaba una maternidad impuesta incluso como un deber superior al propio derecho a la salud o la vida de las mujeres. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2776-92, de fecha 2 de septiembre de 1992. En una acción de 1999, un hombre accionó de amparo intentando evitar que su cónyuge se sometiera a

nalidad para evitar que las personas pudieran usar la esterilización voluntaria o que, de realizarse, los requisitos impuestos fueran discriminatorios. La Sala Constitucional de la Corte, en ese camino, fue consagrando el derecho de no intromisión del Estado frente a la decisión de no tener hijos.⁵

2. Algunas reflexiones previas sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido objeto de numerosas críticas respecto a este caso, y también por Atala Riffo y niñas con Chile. En *Artavia con Costa Rica*, uno de los reparos se basa en que los jueces que la integraron tenían ideas preconcebidas y conocidas pro aborto, tal como lo sostiene el profesor Álvaro Paul Díaz respecto de la jueza Ma-caulay y el juez García Sayán.⁶ Sin embargo, la cuestión es más compleja. Los jueces no son seres que pudieran actuar como si vivieran encapsulados de la sociedad en que viven, no son sujetos criopreservados que salen de su condición impoluta e ingresan a un mundo paralelo cuando deben adjudicar.

una esterilización voluntaria, fundamentando su recurso en el principio constitucional de protección a la familia. La Corte estimó que, si bien la Constitución reconocía el valor que se le otorga a la familia, “el derecho a la reproducción a la disposición del propio cuerpo en situaciones que no incidan con iguales derechos de terceros o con el orden público, son de ejercicio individual y personal por ser intrínsecos a la persona humana.” Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2950-99, de fecha 23 de abril de 1999. Una tercera acción de inconstitucionalidad fue promovida por un hombre quien sostuvo que se violaban los derechos a la integridad física, a la vida y el principio de reserva legal, y que promovía el delito de lesiones gravísimas del Código Penal. La Corte estimó que, garantizándose el consentimiento informado, no solo se protegía a las personas que se sometían al procedimiento sino también a los médicos que lo realizaban. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11015-00, de fecha 13 de diciembre de 2000. La última decisión fue resultado de una acción en contra del departamento de urología de un hospital por rehusarse a realizar una vasectomía, porque ello constituiría el delito de lesiones gravísimas. La Corte rechazó el recurso afirmando que no estaba validando como constitucional la negativa a realizar la vasectomía, sino que se encontraba en espera de criterios legales para proceder. En ese mismo hospital se realizaban esterilizaciones a mujeres sin objeción de parte de la comunidad médica. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2306-00, de fecha 15 de marzo de 2000. Esta decisión fue posteriormente revertida por el fallo de un amparo, que señaló que la decisión de realizarse una vasectomía es parte de los derechos sexuales y reproductivos que hombres y mujeres detentan, y que, atendida la antijuricidad y culpabilidad relacionada con el consentimiento informado y el derecho a la salud, no se configura el delito de lesiones gravísimas. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11015-00, de fecha 13 de diciembre de 2000. Todos los casos mencionados han sido citados en Jiménez, Rodrigo, “Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia constitucional costarricense”, en *Los derechos reproductivos de las mujeres en la administración de justicia*, V Encuentro de Magistradas de América Latina y el Caribeña “Por una justicia de género”, (Fundación Justicia y Género) 2005, pp. 92-97.

- 5 Resulta interesante la opinión de Solano, quien sostiene que el derecho a la vida se ve alentado con la utilización de técnicas de reproducción asistida y que, por otra parte, el aborto debe ser prohibido porque la destruye. Solano, Priscilla, “El derecho a la salud y la reproducción asistida”, en *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*, Vol. 20, 1, 2003. Disponible en: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152003000100003&script=sci_arttext.
- 6 Paul Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, Año I, 2, 2013, p. 303 y nota 2 a pie de página.

Quienes tienen el rol de jueces, al igual que cualquier ciudadano o ciudadana, traen consigo sus experiencias vitales, su socialización, educación, creencias y valores, por lo cual es difícil sostener que no tengan ideas preconcebidas cuando interpretan el derecho y el mundo que los rodea. Esas ideas preconcebidas están presentes cuando consideran que toda forma de tecnología anti-conceptiva violenta principios, valores o derechos que se plasman en la carta fundamental; o cuando sus creencias se basan en estereotipos sobre el rol de las mujeres en la sociedad, el fin del matrimonio o el reconocimiento que se le debe otorgar a las personas cuya sexualidad no es la hegemónica; o si las amenazas de muerte en el contexto de violencia íntima son normales y esperables. Todo ello responde a ideas preconcebidas. Será materia de debate cómo los estereotipos impactan en la interpretación y aplicación del derecho; será el papel de la doctrina y la comunidad jurídica elaborar posturas críticas frente a ello. El derecho, por esencia, responde al campo argumentativo, por lo que no siempre habrá coincidencia respecto a cómo se evalúan los hechos, los derechos aplicables a un conflicto o su solución jurídica,⁷ e incluso los significados de las palabras que dan cuerpo a las normas.

En un segundo nivel, la elección a los jueces y juezas de la Corte Interamericana o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se realiza por su conocimiento y especialidad en derechos humanos. Ello significa tener una visión interpretativa de los derechos humanos, que puede ser divergente de otras. Algunos/as deben ese conocimiento a su calidad de académico/a, juez/a o litigante. Como en toda realidad jurídica argumentativa, hay quienes podrán estar de acuerdo en algunos alcances de las normas y en desacuerdo en otros.

La discusión sobre imparcialidad e independencia,⁸ a mi juicio, debe considerar cada conflicto específico en su contexto y responder si el razonamiento de los jueces no está comprometido por ideas preconcebidas que menoscaben su imparcialidad. Hay cuestiones, como señala Schönsteiner, en que la imparcialidad no es solo subjetiva en relación con las personas que participan del proceso de adjudicación, sino también objetiva en tanto el sistema de admi-

7 Así lo propone Alexy cuando afirma que, en muchas disputas jurídicas, la apreciación de los hechos es central. Alexy, Robert, *Una teoría de la argumentación jurídica*, Atienza, Manuel (trad.), (Palestra Editores) 2007, p. 325; y, en un sentido más político, Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*, López, Diego (trad.), Universidad de los Andes, (Ediciones Uniandes y Siglo del Hombre Editores) 1999, pp. 90-221.

8 Entiendo la relación con la independencia judicial en el sentido de que un juez no esté comprometido o esté en una posición independiente de las partes y que evite una lectura militante o de activista del derecho.

nistración de justicia provee un contexto y herramientas para asegurarla.⁹ El derecho proporciona tales herramientas, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, aun cuando las reglas de este último no sean del todo satisfactorias. Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil tratan las impugnaciones y las recusaciones a fin de que las partes puedan alegarlas.¹⁰ De la misma manera, aun con imperfecciones, en el sistema internacional de protección se ha buscado minimizar los conflictos de interés en la conformación de la Corte y la Comisión. Por ejemplo, se inhabilita a jueces y comisionados para que no concurren al conocimiento de casos que afecten a su país.

La imparcialidad y la independencia de los jueces son pilares y valores fundamentales de cualquier sistema de justicia, de tal manera que, cuando no se respetan, se menoscaba la legitimidad del mismo y se produce, también, una violación al derecho al debido proceso. Así se entendió en el caso de extradición en contra de Augusto Pinochet, en que el representante del general invocó un peligro real de sesgo o una aprehensión que ello pudiera ocurrir debido a que el voto decisivo correspondió a Lord Hoffman de la House of Lords, quien estaba vinculado con Amnistía Internacional, organización que actuó como interviniente en el caso. Producto de la mera percepción de parcialidad o posibilidad de esta, se anuló el primer juicio y se ordenó un juicio de nuevo. Este no fue el caso en Artavia con Costa Rica.

La aprehensión de parcialidad cruza asimismo la decisión del Tribunal Constitucional chileno sobre la “píldora del día después”. Miembros del Tribunal Constitucional y terceros sostuvieron que dos Ministros estaban inhabilitados por estar personal y públicamente involucrados en un litigio que se refería exactamente a la misma materia. Uno de los jueces que emitió un informe en derecho a favor de una de las partes que promovía la inconstitucionalidad, el Ministro Bertelsen, no se inhabilitó en la adjudicación de esa causa, cuando otro miembro de la misma Corte, en iguales circunstancias, se inhabilitó.¹¹ La actuación de ambos magistrados consistió en entregar su opinión como expertos constitucionalistas,¹² para lo cual estaban y están en

9 Schönsteiner, Judith, *Structural Impartiality in the Inter-American Court of Human Rights*, PhD thesis, University of Essex 2011, p. 63. La copia de la disertación fue generosamente compartida por su autora.

10 Código de Procedimiento Civil, art. 117 y ss.

11 Tribunal Constitucional, Rol 740-2008, sentencia de fecha 18 de abril de 2008, considerando X. La inhabilidad de los Ministros Navarro y Bertelsen fue promovida por esta autora en su calidad de abogada en representación de diputados y diputadas que quisieron hacerse parte.

12 Juicio de nulidad de derecho público, “Centro Juvenil AGES contra del Instituto de Salud Pública”

su pleno derecho como profesores y ciudadanos, buscando convencer a través de argumentos que su interpretación de la Constitución era la adecuada. Distinto es que, estando en una situación de adjudicar un conflicto sobre exactamente lo mismo, un juez no se inhabilite habiendo expresado su opinión a petición de parte en otra contienda judicial. La independencia e imparcialidad del juez se encontraba comprometida y la decisión de no inhabilitarse de un juez, permitida por otros miembros del Tribunal Constitucional, constituyó una violación al debido proceso. Demás está decir que sentó una percepción ciudadana de ilegitimidad de la decisión, que, como se sabe, fue por un voto e incluyó al Ministro Bertelsen.

Cuando situaciones de este tipo tocan a miembros de la Corte IDH, minan la legitimidad del sistema y son igualmente reprochables, tal como lo ha sostenido Schönsteiner.¹³ La crítica velada a dos miembros de la Corte por haber emitido opiniones acerca del aborto no procede si entendemos la imparcialidad de esta manera, pues en este u otros temas las y los jueces están facultados para emitir opiniones.

En un tercer nivel, me parece relevante plantear algunas reflexiones sobre el margen de apreciación y los consensos regionales.¹⁴ Paul Díaz echa de menos el margen de apreciación o deferencia que la Corte debe otorgar a los Estados al considerar temas controversiales. El autor reconoce que puede haber buenas razones para negarla, tal como la debilidad de las democracias en las Américas. Sostiene que hay “muchas materias en que las normas de la CADH son menos claras y permiten diversas interpretaciones legítimas según los valores nacionales”.¹⁵ Ello significaría que la Corte, entre otras cosas, debiera abstenerse de actuar cuando la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sea razonable tomando en consideración los valores y realidad nacional.

por la autorización concedida al laboratorio Grünental por Postinor-2 en el 2o Juzgado de Santiago, iniciado en 2005. Dos Ministros del Tribunal Constitucional concurren con su opinión a favor de una de las partes, la ONG AGES, para la declaración de inconstitucionalidad de la autorización a dicho medicamento. Sobre la tesis de la inhabilitación, véase, Contesse, Jorge, “Implicancias y recusaciones: El caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilitación constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 13, 2, 2007, pp. 391-405. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art16.pdf>.

13 En este sentido, la profesora Judith Schönsteiner sostiene en su tesis doctoral que el juez García Sayán incurrió en el mismo vicio cuando no se inhabilitó en un caso en que se debía decidir sobre el derecho a la libertad de expresión y los delitos de injurias o desacato, en circunstancias que en lo personal había hecho lo propio en contra de un periodista cuando había sido Ministro de Justicia en Perú. Schönsteiner, op. cit.

14 Paul Díaz, op. cit., pp. 331-334.

15 *Ibid.*, p. 333.

Este es un argumento interesante, pero, ¿qué significa en la práctica? Gobiernos de distinto signo y visiones han presentado el argumento de la deferencia a los Estados para apreciar e interpretar la CADH. Esto se ha producido cuando a los Estados se les representan las violaciones a los derechos humanos cometidos por sus agentes o determinados hechos que no desean considerar como tales. Precisamente ocurrió así en *Atala Riffo con Chile* ante la Corte IDH: el representante del Estado chileno señaló que no podría haber una violación a la cláusula de discriminación porque, al momento de suscribirse la Convención Americana –y el desarrollo político y social–, no incluía la orientación sexual como una de las categorías sospechosas de discriminación, tema sobre el que, además, no había un consenso latinoamericano ni, menos aun, local.¹⁶

En un contexto distinto, se ha producido un diálogo similar entre los órganos de protección internacional de los derechos humanos y los representantes del Estado chileno sobre los consensos. En el marco de la presentación del informe de Chile ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés) en 2006, ante las preguntas sobre el aborto del Comité, el Estado señaló que el gobierno no tenía planes de despenalizar el aborto durante ese período presidencial porque no existían las condiciones para colocar el tema en la agenda pública.¹⁷ Esa respuesta no constituye una justificación ni exime a los Estados de su responsabilidad internacional; así lo dejó claro la CEDAW en sus observaciones específicas a Chile sobre la penalización del aborto.

Adoptar visiones sobre la existencia o no de consensos locales sobre determinadas materias resta fuerza a un sistema internacional de protección, particularmente en un contexto latinoamericano de democracias débiles –ausencia de Estado de Derecho– y discriminación múltiple basada en estereotipos culturales y sociales. La deferencia a los Estados, tal como se defiende, simplemente perpetuaría esa discriminación estructural por la falta de acuerdos en el orden interno, la inexistencia de pisos mínimos para el avance en la protección de los derechos humanos.¹⁸

¹⁶ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas, vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, párrs. 73-75.

¹⁷ El texto original señala: “The fourth periodic report indicates that the Government has no plans to decriminalize abortion during its term of office, because conditions are not yet ripe for addressing the issue in public debate, not even in terms of therapeutic abortion” (párr. 285).

¹⁸ En el informe *Responses to the list of issues and questions for consideration of the fourth periodic report al Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, en el 36° período de sesiones, 6 de junio de 2006. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/TBS/doc.nsf/0/99b295bbc6bce296c125723c00583326/\\$FILE/No637946.pdf](http://www.unhchr.ch/TBS/doc.nsf/0/99b295bbc6bce296c125723c00583326/$FILE/No637946.pdf).

Pedir consensos es en realidad no creer en los derechos y en su rol transformador para aliviar la desigualdad. Temas tan disímiles como desapariciones forzadas, crímenes de lesa humanidad, libertad de expresión o justicia militar, han dividido a la comunidad jurídica nacional. Esperar a contar con esos pisos mínimos o consensos antes de avanzar habría implicado mantener un estado de cosas contrario a las normas del derecho internacional de los derechos humanos. El sistema internacional de protección actúa movilizándolo interna y externamente hacia modificaciones de normas y prácticas, no siempre con los resultados esperados. Así ha sucedido, por ejemplo, con el lento avance de la modificación de la sociedad conyugal, que no permite a la mujer casada administrar los bienes propios, pese al acuerdo reparatorio que Chile alcanzó con las hermanas Arce, denunciadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁹

En otros casos, el sistema internacional de protección ha contribuido a las modificaciones necesarias: por ejemplo, la prohibición de discriminación a adolescentes embarazadas en el sistema de educación escolar, materia que también fuera objeto de una denuncia internacional.²⁰ Pese a la modificación legal, la discriminación pervive en los establecimientos escolares,²¹ que al menos no pueden invocar la ley del contrato en la escuela para ello.

Es efectivo que los avances legislativos se dan en la medida en que existan los votos necesarios en cada Congreso, pero ello no significa de manera alguna que el estado de situación no implique una violación a los derechos humanos donde se mantiene el statu quo.

3. Las preguntas jurídicas en Artavia, el razonamiento de la Corte y las implicancias para Chile

Habiendo hecho una somera revisión a algunas de objeciones al actuar de la Corte, me concentraré en las preguntas que la Corte se formuló a partir de los

19 CIDH, Petición 71/01, Informe 50-03, 10 de octubre de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/Chileo71.01.htm>; y CIDH, Acuerdo de Solución Amistosa, Caso N° 12.433, Sonia Arce Esparza contra Estado de Chile, 5 de marzo de 2007, publicado en el Diario Oficial el 3 de mayo de 2008.

20 CIDH, Carabantes con Chile, Petición N° 12.046, Informe de solución amistosa 32/02, 12 de marzo de 2002, disponible en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_intercasos/carabantesgall.htm.

21 Por todos, Casas, Lidia, "La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de Reglamentos Escolares", en Revista Justicia y Derechos del Niño, 10, (UNICEF) 2008, pp. 317-340, , disponible en http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/263/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf

alegatos de la Comisión, los intervinientes y el Estado: si existía vulneración a los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar por la declaración de inconstitucionalidad de la regulación de la fertilización in vitro²² y si la utilización de la fecundación in vitro sería una violación al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estas preguntas son de importancia para nuestro contexto. Las abordaré en orden inverso, ya que se ha debatido judicial, legislativa y políticamente la protección de la vida en gestación, tanto en Chile como en el resto de las Américas, por lo que algunas de las cuestiones aquí planteadas son pertinentes para los debates constitucionales en el resto del continente. A mi juicio, hay otras materias igualmente relevantes involucradas en el caso, como son la autonomía reproductiva y el derecho a fundar una familia.

3.1. El derecho a la vida y sus alcances

Las técnicas de fertilización in vitro se realizan hace más de veinte años en Chile. Entre 1990 y 2009, nacieron más de 5,500 bebés por esa vía.²³ Pese a ello, las técnicas no han sido reguladas por la autoridad y todos los esfuerzos en ese sentido han sido archivados.²⁴ Eso sí, se adoptó la Ley sobre experimentación con células madre, que prohíbe la clonación de humanos.²⁵ Ese cuerpo legal declara, en su artículo 1, la protección de la vida humana desde la concepción, su integridad física y psíquica, y prohíbe la destrucción de embriones humanos para generar células troncales.²⁶

Los centros clínicos, en sus manuales de ética, se han autorregulado, adhiriendo a un marco normativo consensuado por la comunidad médica internacional, especialmente los miembros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Igualmente, las clínicas celebran contratos que estipulan las condiciones de preservación y futuro de los embriones supernumerarios y las posibilidades de donación de gametos a parejas que los necesiten. Una de las consecuen-

22 Corte IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, 2013, Fondo, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, párrs. 141 y 171.

23 SOCMER, *Veinte años de reproducción asistida en Chile 1990-2009*. En: <http://www.socmer.cl/registro-chileno-1990-2009.pdf>

24 Boletín 1026-07 de 1993 presentado por el entonces senador Sebastián Piñera; Boletín 4346-11 del senador Ruiz-Esquide de 2006; y proyecto presentado por los senadores Girardi, Muñoz Barra y Ominami, Boletín 4573-11 de 2006.

25 Ley sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana, 20.190 de 2006.

26 Ley 20.190, art. 6.

cias previsible de la decisión de la Corte en Artavia es que exista menos temor en la comunidad de especialistas en reproducción humana de abrir camino para legislar. El contexto político y judicial ha sido adverso en la materia. Puede haber provocado un chilling effect el que, habiendo acuerdo en el Congreso, un minoritario grupo de diputados o senadores haya reclamado la inconstitucionalidad del proyecto ante el Tribunal Constitucional, con resultado incierto.

Una encuesta de opinión pública sobre reproducción humana realizada en 2012 muestra que el 74% de 1.500 encuestados mayores de 18 años del Gran Santiago está de acuerdo en que las parejas congelen embriones para futuros embarazos, pese a que el 62% considera que hay una nueva persona desde la unión del espermatozoide con el óvulo. Un 29% nunca aceptaría la criopreservación y un 39% su destrucción.²⁷

La “opinión de la gente” indicaría que hay un “cierto consenso” en aprobar el uso de la técnicas de reproducción asistida y permitir el congelamiento de embriones, a la vez que una visión negativa, aunque no mayoritaria, en cuanto a su destrucción. Estos consensos pueden o no traducirse en normas, las cuales, en cualquier caso, deben hacerse cargo de los embriones criopreservados, que no puedan serlo ad infinitum, lo que es una cuestión normativa que el derecho comparado regula de diversas maneras.²⁸

La cuestión de la protección a la vida en gestación no solo impacta a la reproducción asistida, materia de discusión sub lite, sino también a uno de los temas públicos elusivos en la agenda: el aborto. La sentencia de la Corte en obiter dictum se plantea sobre el conflicto entre la protección de la vida en gestación y los derechos de las mujeres.

La Comisión sostuvo que el derecho a la vida no es absoluto, disintiendo de la interpretación que hace el Estado al señalar que “el derecho se declara a favor de todos, sin excepción—cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho—, debe protegerse tanto en el ser nacido como el que está por nacer”.²⁹ Además está decir que esta es una interpretación compartida por un sector importante de la doctrina nacional y que tuvo impacto decisivo en el

27 Por todos Herrera, Florencia, “Encuesta de opinión pública sobre reproducción humana y usos de la tecnología reproductiva moderna”, en Programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana de la Universidad Diego Portales, 2012, pp. 29-31. La encuesta se realizó cara a cara a 1.500 personas mayores de 18 y menores de 65 años del Gran Santiago. Tiene un error muestral de +/- 2,5% y confiabilidad del 95%.

28 Dellacqua, Mabel, “Avances y retrocesos legislativos de la fertilización asistida”, en *Bioética y Derecho. Dilemas y paradigmas en el siglo XXI*, (Ediciones Cathedra Jurídica) 2008, pp. 214-301.

29 Corte IDH, Artavia Murillo vs. Costa Rica, op. cit., párr. 158, nota 254.

caso de la anticoncepción de emergencia ante el Tribunal Constitucional chileno.³⁰ Por el contrario, la CIDH sostiene que no hay un derecho absoluto sino una protección gradual e incremental a la vida, en el mismo sentido que en el derecho internacional y comparado.³¹ La Corte concuerda con la Comisión, teniendo en cuenta una interpretación integradora del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien el derecho a la vida ha sido considerado por la misma Corte como un derecho fundamental que permite el ejercicio del resto de los derechos, ello presupone la consideración de las personas nacidas, las únicas que pueden ejercer tales derechos. El nacimiento sería el marcador normativo que permite establecer el momento que hace surgir el resto de los derechos, los que quedan en suspenso hasta que no se produzca.

Lo anterior no se traduce en que la vida en gestación no tenga protección alguna. De hecho, las mujeres han sido históricamente el vehículo para tal protección, postergando sus derechos o condicionándolos a los intereses del que está por nacer o a sus hijos nacidos.³² La protección del derecho que otorga a la vida en gestación implica medidas preventivas para su protección, sin que ello signifique otorgarle el estatus de persona. Esa es la cuestión central en que estriba la crítica a la Corte. Asimismo, su interpretación integradora es igualmente criticada por cuanto implica traer a colación el conjunto de tratados de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* que establece en forma inequívoca que el nonato no tiene protección por su condición de persona. No se podría explicar, si así fuera el caso, la decisión de la CIDH en el caso *Baby Boy con Estados Unidos de 1981*,³³ declarando que la existencia de leyes que permitieran el aborto no constituía una violación al derecho a la vida establecido en la Declaración Americana en conexión con el artículo 4.1 de la CADH. La Comisión Interamericana inició un

30 Demás está decir que la decisión peruana ante la justicia por el mismo caso siguió exactamente la misma línea argumental al caso chileno.

31 Corte IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 163.

32 En Chile, por ejemplo, a las mujeres se les entregaban suplementos de leche en la medida en que amamantarán. Véase Casas, Lidia y Valenzuela, Ester, "Protección a la maternidad: Una historia de tensiones entre los derechos de la infancia y los derechos de las trabajadoras", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 25, 1, 2012; y Casas, Lidia y Herrera, Tania, "Maternity Protection vs. Maternity Rights for Working Women in Chile: A Historical Review", en *Reproductive Health Matters*, Vol. 20, 40, pp. 139-147. En épocas más recientes y antes de que el tratamiento para el VIH fuera de acceso universal, a las embarazadas VIH positivas se les entregó el tratamiento de trioterapia durante la gestación y se suspendía una vez que el hijo hubiera nacido.

33 En el caso *Baby Boy con Estados Unidos*, la CIDH determinó que la ley que permitía el aborto en el Estado de Massachusetts en los Estados Unidos no violaba el derecho a la vida ni en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre o en la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase CIDH, Caso 2141-81 *Baby Boy con Estados Unidos*, resolución 23-81, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>.

camino y reiteró esa opinión autorizada en su declaración de 2011 sobre la violación a los derechos de las mujeres cuando se restringe o se prohíbe el aborto en toda circunstancia:

...la CIDH reitera que la salud reproductiva de las mujeres debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y los programas de salud nacional y local en las esferas de prevención y protección. Esto conlleva el deber de analizar de forma pormenorizada todas las leyes, normas, prácticas, y políticas públicas que en su texto o en la práctica puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su acceso a servicios de salud reproductiva, y prevenir las consecuencias negativas que estas medidas pudieran tener en el ejercicio de sus derechos humanos en general. Los Estados están igualmente obligados a eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan como la sanción penal al acudir a estos servicios. La CIDH asimismo recuerda a los Estados que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando esta se encuentra en peligro a consecuencia de un embarazo; servicio cuya negación atenta contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres.³⁴

En casos posteriores, la CIDH no ha dado lugar a la admisibilidad. Fue así en *Demers contra Canadá*, país que, al igual que Estados Unidos, no ha ratificado la Convención, en específico sobre su alegación de la protección a la vida de los nonatos por la práctica legal del aborto en ese país.³⁵ En otro caso en contra de Paraguay en que se denunciaba como víctimas a los no nacidos en el vientre de sus madres, la Corte determinó que no habían elementos argumentativos suficientes para considerarlos víctimas.³⁶ Lo anterior reafirma

34 Comunicado de prensa, Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141º Período de Sesiones de la CIDH, 1 de abril de 2011 disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>.

35 La Comisión, en su resolución, alude a aspectos procesales y no sustantivos sobre el artículo 4.1 de la CADH. Se detalla que la acción no es popular y que referirse a los niños no nacidos (y sus madres) no les otorga condición de sujetos concretos. Este razonamiento de la Comisión es similar en el primer caso de la píldora del día después (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 850-2001, sentencia de fecha 28 de mayo de 2001). El Informe de Demers está disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Canada225.04sp.htm>.

36 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 24 de agosto de 2010. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_214_esp.pdf

que, al interior del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el entendimiento y el alcance del artículo 4.1 de la CADH es que los derechos humanos de las mujeres frente a la protección de la vida en gestación no son regados por este último. Como apuntan Ramírez y Llajas,³⁷ no hay una protección a priori al nonato en cuanto persona, en consecuencia del alcance del enunciado del artículo 4.1 de la CADH.

Desconocer la integración del corpus iuris y que no puede existir una interpretación comprensiva del artículo 4.1 de la CADH es esquivar, también, las múltiples referencias que han hecho los órganos de supervisión de los derechos humanos a Chile y otros países por la prohibición del aborto en toda circunstancia.³⁸

El razonamiento de la Corte es criticado por sostener una mirada jurídica que se contrapone a un sector académico nacional y latinoamericano que repite que el derecho vigente –particularmente la Convención Americana– sostiene que el no nacido constituye una persona y que, por ello, no solo el aborto sino también la fertilización asistida y la anticoncepción de emergencia deben prohibirse.³⁹

La Corte sostiene lo contrario. Señala que hay intereses dignos de protección de la vida en gestación, que es merecedora de respeto, pero ello no equivale a considerar que sea una persona, titular del derecho a la vida, y menos aun en forma absoluta. La protección absoluta significaría, en la práctica, que el derecho de las mujeres a la protección de su vida u otros derechos quedarían desplazados y su autonomía sería carente de toda significación jurídica. La implicancia es que la protección absoluta del embrión reforzaría el estatus de ciudadanía de las mujeres, cuando, en verdad, la evolución del sistema internacional de protección afirma la agencia moral de las mujeres para decidir por sí mismas en distintos ámbitos incluido el reproductivo.

Discutir, como hace el fallo, el comienzo de la vida humana –tema que es valorado tanto desde un punto de vista religioso como científico y ético– y

37 Ramírez, Beatriz y Llajas, Jeannette, *Los lentos de género en la justicia internacional. Tendencias de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos relacionada a los derechos humanos de las mujeres*, (CLADEM) 2011.

38 Por ejemplo, ONU, Comité para la Eliminación Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 36° período de sesiones, 7 a 22 de agosto 2006, párr. 20; *Observaciones Finales del Comité de CEDAW: Chile*, 09/07/99, CEDAW/C/1999/L.2/Add.1, párrs. 28-29; ONU, Comité contra la tortura. *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile*, 14 de junio de 2004, párr. 6, letra j); ONU, Comité del PIDESC, 26 de noviembre de 2004; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*, 30/03/99, CCPR/C/79/Add.104, párr. 15 y ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*, 2004, CCPR/C/79/Add.104, párr. 15.

39 Vidal Martínez, Jaime (2005), “Derechos inherentes en la reproducción asistida”, en *Revista jurídica Ámbito Jurídico* VIII, 21 (fecha de consulta, septiembre de 2012), disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=574.

conceder que desde la fecundación hay una persona entraña adoptar “ciertos atributos metafísicos a los embriones [...] lo que implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”.⁴⁰ Eso es lo que se ha hecho en Chile: se intentó con el divorcio, con la condición de igualdad de hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio; que ciertas nociones sobre el estatus de instituciones como el matrimonio o los hijos gestados fuera de él fueran impuestas por razones religiosas o ideológicas. Ese razonamiento, compartido por Jaime Guzmán, en su célebre pasaje sobre el rol de la maternidad y la falla moral de las mujeres, es rechazado por la Corte.⁴¹

3.2. La ciudadanía reproductiva inherente a la igualdad de las mujeres y hombres

La decisión de la Corte tiene un valor jurídico trascendental, cual es reafirmar el derecho a la intimidad (vida privada) y autonomía como derechos y principios asentados en las decisiones de toda persona acerca de la reproducción humana y el ejercicio de su sexualidad. Se dice que las personas deben asumir la responsabilidad de sus propias acciones y que el ejercicio de la sexualidad irroga riesgos que las mujeres no podríamos eludir. Lo cierto es que las mujeres, por el solo hecho de serlo, corremos riesgos. Los hombres nunca enfrentarán las consecuencias de la sexualidad y la paternidad de la misma forma que las mujeres.

La Corte construye la base de una noción de ciudadanía sexual y reproductiva, la que entiendo como aquella facultad que tienen las personas para discernir sobre la posibilidad de procrear o no, la determinación sobre el número de hijos y el espaciamiento de sus nacimientos; para vivir una vida sexual conforme a sus planes de vida, en la medida en que no se afecte los derechos

40 CIDH, Caso 2141-81, op. cit. párr. 185.

41 Guzmán señaló: “La madre debe tener el hijo aunque este salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive en su muerte. Una persona no puede practicar jamás legítimamente un aborto, porque es un homicidio, y todas las consecuencias negativas o dolorosas que se siguen de asumir las responsabilidades descritas las entiende simplemente como el deber de sujetarse siempre en la ley moral, cualquiera sea el dolor que ello acarree, pues constituye, precisamente lo que Dios ha impuesto al ser humano. Hay personas para las cuales el límite entre el heroísmo o el martirio, por una parte, y la falla moral, por la otra, se estrecha hasta hacerse imposible. La mayoría de los seres humanos viven gran parte de sus vidas en una amplia zona intermedia que hay entre ambas, pero la Providencia permite, exige o impone muchas veces a un ser humano que ese cerco se estreche y la persona se encuentre obligada a enfrentar una disyuntiva en la cual no queda sino la falla moral, por una parte, o el heroísmo, el martirio o lo que sea. De manera que la gravedad o tragedia que sigue a la observancia de la ley moral nunca puede invocarse como elemento para sustraer a alguien de la obligación de cumplirla. Por eso creo que la prohibición del aborto debe ser absoluta, porque, a mi juicio, en el orden moral lo es igualmente.” República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Vol. 3, Garantías Constitucionales, Sesión 87ffi del 14 de noviembre de 1974, Santiago, p. 14.

de terceros; y para que la manifestación de esa sexualidad esté exenta de discriminación y violencia. La implicancia de la ciudadanía significaría que las personas son –en sentido amplio– dueñas de su destino.

En este caso, la Corte reitera que el derecho a la libertad personal “incluye un concepto de libertad en sentido extenso como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta a toda la Convención Americana”.⁴² La Corte señala que la maternidad–y agrega voluntaria– es inherente al derecho a la libertad personal y vida privada,⁴³ por lo cual imponerla a través de la prohibición del aborto o los anticonceptivos, o negándola a través de políticas de reducción de la población, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres.⁴⁴

Para ello la Corte integra otros instrumentos internacionales: en especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que se refiere al derecho a regular la fecundidad de las mujeres, cuyo alcance fue detallado por el Comité en su Recomendación General 24 de 1999. Esta establece que se debe asegurar los servicios de planificación familiar e instar a la derogación de las leyes que penalizan el aborto.⁴⁵ La Corte también integra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo órgano de supervisión, en la Observación General No. 28 sobre la Igualdad de hombres y mujeres, reafirma la autonomía reproductiva de la mujer de tal manera que sus decisiones no deben ser objeto de veto por el Estado o su pareja y detalla, además, que denunciar a las mujeres por abortos clandestinos es una violación al derecho a la vida privada, al igual que al derecho a la vida y

42 CIDH, Caso 2141-81, op. cit., párr. 142 y nota 224.

43 *Ibid.*, párr. 146.

44 En el continente americano han existido políticas que buscaban aumentar o disminuir la población. En el primer grupo se encuentra la política del gobierno de Isabel Perón que, en 1974, prohibió la entrega de anticonceptivos en el sistema público. En el segundo, la política del gobierno de Fujimori en Perú para disminuir la población que en los hechos significó esterilizar a mujeres pobres e indígenas. La Comisión Interamericana estableció la violación a la vida, la seguridad y la libertad individual en CIDH, María Mamérita Mestanza Chávez con Perú, Petición 12.191, Informe 71/03 de una mujer indígena que fue coaccionada a esterilizarse y que murió producto del procedimiento. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>.

45 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 24 Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer - La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999, párr. 23 y párr. 31 (c). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom24>.

la integridad personal.⁴⁶ En forma complementaria, se integra lo establecido por el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud, dispone “que los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto...”.⁴⁷⁻⁴⁸

La Corte realiza esta interpretación integradora por vía del art. 29 letra b) de la CADH, que la faculta para hacerlo. Como sostiene Medina⁴⁹, los tratados de derechos humanos son distintos de aquellos entre Estados, pues son para el beneficio y en protección de las personas en los Estados, y conforman un sistema integral de protección. Los derechos humanos son universales y se encuentran en distintos instrumentos tanto mundiales como regionales. Por ello, no se podría interpretar el derecho a la libertad, en este caso reproductiva, sin hacerse cargo de los restantes tratados internacionales de derechos humanos que profundizan y detallan las obligaciones en el ámbito de la reproducción humana. Eludir la aplicación del artículo 29 de la CADH es ignorar conscientemente aquellos que desarrollan, en la teoría y en la práctica, los derechos de las mujeres.

3.3. El derecho a fundar una familia: La infertilidad como una discapacidad

Las implicancias de la decisión Artavia van más allá de las técnicas de reproducción asistida (TRA).⁵⁰ Se ha planteado, entre otros aspectos, qué sucedería con su utilización postmortem en mujeres solas o lesbianas. La igualdad y no

46 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28 sobre la igualdad de derechos de hombres y mujeres, 68 período de sesiones, 2000. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/13b02776122d4838802568b900360e80?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/13b02776122d4838802568b900360e80?OpenDocument).

47 Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, 22 período de sesiones, agosto de 2000, párr. 34. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>.

48 Esta opinión es de relevancia respecto a lo reseñado sobre acceso a la anticoncepción de emergencia en la atención primaria a mujeres jóvenes en Centro de Derechos Humanos, Informe Anual de Derechos Humanos. (Universidad Diego Portales) 2012, pp. 96-100. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/11/3-derechos-humanos-de-las-mujeres-y-las-ninas.pdf>.

49 Exposición de la profesora Cecilia Medina en coloquio sobre Interpretación del derecho a la vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 16 de mayo de 2013.

50 Véase, por ejemplo, Turner, Susan, Molina, Marcia y Momberg, Rodrigo, “Técnicas de reproducción humana asistida. Una mirada desde el derecho de los hijos”, en Revista de Derecho Austral, Vol. XI, 2000, pp. 13-26, disponible en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v11/arto2.pdf>.

discriminación por orientación sexual significa que las lesbianas en Chile y en cualquier parte de las Américas no deben ser discriminadas en su acceso a la reproducción asistida. Su derecho a fundar una familia, en este caso biológica, no puede ser soslayado. La condición sexual no priva a las personas de tener hijos por los mecanismos naturales, y las técnicas lo permiten a quienes no desean ser madres a través de otras vías.

Una cuestión distinta es el acceso a las TRA financiadas por el Estado como un derecho exigible, considerando que la Corte la considera la infertilidad como una discapacidad.⁵¹

Los resultados de la encuesta de opinión pública realizada por el Programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana de la Universidad Diego Portales (2011) indican que una abrumadora mayoría –92% de las personas encuestadas– considera que el Estado debe participar en el financiamiento de las técnicas de fertilización asistida. No obstante, un 48% de los encuestados responde que el financiamiento debe ser focalizado para aquellas parejas que no puedan pagarla.⁵² Estas respuestas parecieran dar cuenta de un sentido común que se plasma en la decisión de la Corte IDH que sostiene que, reconociendo que la infertilidad deba ser considerada una enfermedad, el financiamiento de las técnicas para que las personas puedan tener hijos biológicos debe hacerse en forma gradual y de acuerdo a las posibilidades del Estado.

Cabe recordar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece un núcleo fundamental de obligaciones de parte del Estado, tales como la reducción de mortalidad infantil, el mejoramiento de la higiene laboral y medio ambiental, la prevención y tratamiento de enfermedades epidémicas, y la creación de las condiciones para asegurar a todas las personas asistencia médica.⁵³ Estas se manifiestan en el derecho a acceso a servicios y centros de atención sin discriminación de ninguna naturaleza y en forma equitativa, el derecho a la alimentación esencial mínima, a la vivienda, en facilitar los medicamentos esenciales, además de adoptar planes y programas con metas específicas basados en pruebas epidemiológicas de salud pública.⁵⁴ Por lo mismo, la Corte afirma la gradualidad y que el acceso a los tratamientos de reproducción asistida no puede ser entregado en

51 Corte IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, 2013, op. cit., párr. 293.

52 Por todos, Herrera, Florencia, op. cit., p. 11.

53 PIDESC, art. 12.

54 Comité DESC, *Observación General N° 14*, párr. 43.

forma discriminatoria. Al cierre de esta publicación, el Presidente Sebastián Piñera, en su cuenta anual, anunció el financiamiento de ciertos tipos de técnicas en reproducción asistida de baja complejidad. Ello implica reconocer la procreación asistida como parte de un conjunto de prestaciones que aseguran y promueven el derecho a la salud.

Conclusión

En el derecho internacional de los derechos humanos abundan principios que se hacen carne a través de la interpretación. Las normas deben ser interpretadas no a partir de la literalidad sino por el objeto y propósito de los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Si no fuese así, las convenciones no serían instrumentos que dieran cuenta de la realidad; la interpretación progresiva de ellos en recomendaciones generales, opiniones consultivas y observaciones a los Estados lo va llenando de contenido.

Un caso como Artavia representa un momento en que la Corte IDH, por la fuerza de los hechos, debe desarrollar planteamientos que se hagan cargo de las múltiples denuncias de violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Si, entre académicos, el efecto de la criminalización del aborto no constituye *un problema* porque hay escasas investigaciones penales en contra de mujeres, ello no elude la responsabilidad de los Estados por penar una conducta que tiene un peso desproporcionado en las mujeres y en que la ley menoscaba la ciudadanía reproductiva de las mujeres.

La decisión de la Corte intenta dar respuestas desde el derecho internacional a temas que han cruzado el debate jurídico en las Américas—en países como Argentina, Perú, Colombia, México, por nombrar algunos— y que habían llegado hasta la Comisión, en el caso de Paulina Ramírez contra México, y las denuncias ante la Comisión por la violación a los derechos humanos de las mujeres en Nicaragua.

En la práctica, es esperable que se reabra un debate legislativo sobre aborto en Chile, dadas las declaraciones de distintos precandidatos presidenciales: Marco Enríquez-Ominami, José Antonio Gómez, Andrés Velasco y Michelle Bachelet. Por otra parte, los precandidatos de la Alianza y la D.C., Andrés Allamand, Pablo Longueira y Claudio Orrego, se han referido al tema rechazando toda posibilidad de legislar. El escenario político ha cambiado y el marco interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos también.

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

LA REVOLUCIÓN BOLIVARIANA, EL DERECHO PÚBLICO Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

José Zalaquett¹

Resumen

En el presente artículo, el autor desarrolla un análisis crítico del movimiento “chavista” y de la “Revolución Bolivariana” como proyecto político. Este ha imperado en Venezuela desde 1999 hasta la fecha y tuvo al difunto Presidente Hugo Chávez como su principal figura. En el artículo, se analiza cómo este movimiento, que se ha planteado como enemigo internacional del “imperialismo” y enemigo interno del capitalismo y la burguesía, ha concentrado todos los poderes que la Constitución declara autónomos e independientes; ha puesto en jaque principios democráticos fundamentales (como la libertad de expresión); y ha cuestionado fuertemente el orden internacional de los derechos humanos, lo que se refleja en la denuncia que hizo el gobierno venezolano, en septiembre de 2012, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Propósito de este artículo

Al tiempo del anuncio oficial de su fallecimiento, el 5 de marzo de 2013, Hugo Chávez, a la sazón de 58 años de edad, había enterado catorce años seguidos como Presidente de Venezuela. Su heredero político designado, Nicolás Maduro, fue oficialmente declarado presidente electo por el Consejo Nacional Electoral (CNE), luego de los comicios celebrados el 14 de abril de 2013. El anuncio oficial de este organismo, en su boletín final, le atribuyó la victoria sobre su contendor, Henrique Capriles, candidato de la “Mesa de Unidad Democrática” (MUD), por estrecho margen (50,61% de los votos contra 49,12%). Capriles y el MUD exigieron una auditoría de los resultados oficiales y des-

¹ Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales (2003).

conocieron la proclamación de Maduro como presidente, alegando numerosas irregularidades que configurarían un fraude electoral. Diosdado Cabello, presidente de la Asamblea Nacional, el parlamento unicameral de Venezuela, rehusó darle la palabra a los representantes de la oposición que no reconocieran a Maduro como presidente y amenazó, además, con no pagarles su dieta parlamentaria. Al tiempo de concluirse este artículo, se agudizaba la polarización política en Venezuela.

El propósito de este texto es analizar el movimiento político conocido como “Chavismo” y el proyecto político denominado “Revolución Bolivariana” desde la perspectiva de los derechos humanos, el Estado de Derecho y los principios democráticos, así como las políticas internacionales emprendidas durante la presidencia de Hugo Chávez, sobre todo aquellas dirigidas a obtener reconocimiento y apoyo para el llamado “modelo bolivariano” o “socialismo del siglo XXI”.

Para estos efectos, entenderemos lo siguiente: (i) si bien las nociones de democracia y Estado de Derecho se superponen en parte, especialmente en la igualdad jurídica de todos y en la protección de los derechos fundamentales, cada cual tiene connotaciones específicas; (ii) la democracia supone: la soberanía popular y, por tanto, el gobierno de todos, directamente o por representación; que las decisiones se adopten por voluntad de la mayoría pero con garantías para las minorías; que es rasgo esencial del sistema democrático, en su más aceptada acepción contemporánea, la inclusión social, la observancia y promoción de los derechos humanos y la facilitación de la participación y deliberación ciudadanas; (iii) el Estado de Derecho supone: la sujeción de todos a la ley, cuya cúspide es la Constitución, generada, interpretada y aplicada por poderes legítimos, independientes y que se fiscalizan mutuamente; mecanismos que garanticen que ello será efectivamente así; respeto por los derechos fundamentales y por el Derecho internacional; (iv) contemporáneamente, la participación en la comunidad internacional requiere de los Estados no solo el respeto por los principios y normas del derecho internacional, sino también la observancia de las responsabilidades que tal participación irroga, tomando en cuenta las modificaciones introducidas a la noción de soberanía nacional, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y los deberes de la comunidad internacional de fortalecimiento de las instituciones internacionales, de promoción de la paz y de cooperación económica y de otro orden entre los Estados.

1. El Proyecto Bolivariano alcanza el poder

1.1. Contexto

Para contribuir a la comprensión del triunfo del proyecto político de Hugo Chávez, cabe mencionar los siguientes factores:

a. La historia y simbolismo de Venezuela. Con una población actual de alrededor de 30 millones, desde comienzos del siglo XIX, la imagen de Venezuela ha estado asociada, en el imaginario de esa nación y también del resto de los países hispanoamericanos, a las ideas de independencia anticolonial, a la noción de una variante hispanoamericana del liberalismo republicano ilustrado y al sueño de la unidad política del Sur de las Américas, la “patria grande”. La figura de Simón Bolívar, el “libertador”, “el Jefferson del Sur”, ha encarnado simbólicamente esas ideas.

b. El fracaso de la clase política tradicional. No es este el espacio para intentar un resumen de la historia de Venezuela, más allá de apuntar que no ha sido ajena a las turbulencias políticas que han visitado a la mayoría de los países de América Latina a lo largo de su vida independiente. Baste recordar, para enmarcar el tema que estamos abordando, que, desde 1958, luego de la caída de la dictadura de Pérez Jiménez, se dio un período de 41 años de un sistema bipartidista dominado por Acción Democrática (AD), de orientación socialdemócrata, y el Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI), de sello demócrata cristiano. Estos partidos se alternaron en el poder, sea por un acuerdo formal (“Pacto de Punto Fijo”) o en los hechos, a través de procesos electorales.

c. La llamada “maldición de los recursos naturales”. Es sabido que Venezuela es un país de enorme riqueza petrolera; de hecho, sus reservas probadas equivalen a un 20% de las del mundo. También es conocida la teoría económica llamada “la maldición de los recursos naturales”, “la paradoja de la abundancia” o “la enfermedad holandesa”, según la cual los países con abundantes recursos naturales no renovables tienden a tener menos desarrollo económico. Se cita con frecuencia un artículo de 1936 del escritor venezolano Arturo Uslar Pietri en el que abogaba por “sembrar el petróleo”, queriendo decir que se debían utilizar los ingresos de su venta no para pagar importaciones, sino para inversiones que condujesen a un desarrollo sostenido. Sin embargo, en

la cultura cívica de Venezuela se ha instalado la opinión de que el petróleo es de todos y, por tanto, la gasolina debe ser barata. De hecho, el precio actual de llenar un estanque de bencina es inferior al de una botella de agua mineral. El recuerdo del llamado “Caracazo”, asonada popular del 27-28 de febrero de 1989 en protesta por medidas de ajuste económico, que resultó en la pérdida de, probablemente, centenares de vidas, inhibe a la clase política venezolana de proponer precios más realistas para el consumo interno de derivados del petróleo.

d. La declinación económica de Venezuela en los últimos veinte años del siglo XX. La baja del precio del petróleo que sucedió al boom de mediados de los setenta, tuvo un fuerte impacto en Venezuela en las décadas siguientes, con escasa inversión y alto endeudamiento e inflación. Durante este período, el porcentaje de venezolanos bajo la línea de pobreza excedió el 49%; la exclusión social, por tanto, se mantuvo como un factor estructural. La corrupción era elevada.²

e. El descrédito de las dictaduras militares y la mayor valoración de la democracia. Con el fin de las dictaduras en América Latina, coincidiendo con el período de declinación y término de la Guerra Fría, las nociones de democracia, Estado de Derecho y respeto por los derechos humanos alcanzaron una generalizada legitimidad, en el mundo y en la región. En este sentido, la Asamblea General de la OEA aprobó el Compromiso de Santiago, en 1991, y la Carta Democrática Interamericana, en Lima, en 2001. Desde entonces ha habido diversas reacciones de repudio o preocupación, por parte de la misma OEA y de países de la región, frente a episodios políticos de amenaza a la democracia en Haití, Guatemala, Perú, Paraguay y Honduras.

f. El tradicional recelo hacia los Estados Unidos y la vertiente revolucionaria en América Latina. Si bien durante el período de la Guerra Fría Estados Unidos rivalizaba por la hegemonía mundial con la extinta Unión Soviética, su carácter de hegemon sin competencia era patente en las Américas, su “esfera natural de influencia”, en lenguaje académico, o su “patio trasero”, en jerga política coloquial. Ello corrió a parejas, a lo largo del siglo XX, con dos recurrentes tendencias dentro de importantes segmentos del mundo político latinoamericano: (i) atribuir a los Estados Unidos el peso de la culpa por el

² El índice de Percepción de Corrupción de Transparency International de 1999 sitúa a Venezuela en el lugar 75/79 de los países del mundo, con un puntaje de 2,6 sobre un máximo de 10.

retraso económico de los países de la región y por la perenne postergación del sueño bolivariano de unidad política subcontinental; y (ii) entusiasmarse con líderes carismáticos o movimientos revolucionarios; específicamente, y en orden cronológico, con la Revolución Mexicana, Stalin, Castro, Allende, los sandinistas y los zapatistas, culminando en el fervor que despertó la Revolución Bolivariana en ciertos sectores de las Américas.

1.2. Chávez presidente

El 4 de febrero de 1992, el entonces teniente coronel Hugo Chávez, junto a otros oficiales, protagonizaron un fracasado intento de golpe de Estado en Venezuela contra el presidente constitucional Carlos Andrés Pérez. Al rendirse, Chávez declaró que los objetivos del golpe no se habían cumplido “por ahora”. Dos años más tarde, estos militares, quienes cumplían una condena penal, recuperaron la libertad gracias a un indulto del entonces presidente, Rafael Caldera.

Chávez comenzó, entonces, una campaña para acceder al poder por la vía electoral. Su carisma y su discurso de reforma política y justicia social le granjearon mucho apoyo popular. Ganó las siguientes elecciones presidenciales. Al tomar posesión del mando, el 2 de febrero de 1999, juró, “sobre esta moribunda Constitución”, cumplir las transformaciones políticas que prometió en su campaña. Se inició así el Proyecto Bolivariano.

2. Características de la Revolución Bolivariana

2.1. Lenguaje democrático y vocación autoritaria

a. Propósito revolucionario. El proyecto político chavista se caracteriza a sí mismo como revolucionario, específicamente, como impulsor de un “socialismo del siglo XXI”, expresión que Chávez comenzó a utilizar a partir de 2006. En cuanto revolucionario, el proyecto es, en buena medida, utópico, en el sentido de partir de la base que si determinados objetivos son justos y deseables, deberían poder ser alcanzados en plazos históricos relativamente breves, mediante la voluntad política y la movilización de las masas; para esos efectos, se confía que el proceso revolucionario podrá provocar cambios mayores en las motivaciones e intereses que generalmente gobiernan a las personas. También, en cuanto revolucionario, el mencionado proyecto presupone que: (i) su principal enemigo internacional es el imperialismo, representado por los Estados Unidos; (ii) internamente, sus enemigos son el capitalismo y la

burguesía; (iii) las formas democráticas deben observarse, hasta cierto punto, dada la realidad del “poder blando” de la opinión pública nacional, regional y mundial, pero, aunque no se diga abiertamente, ello se hace por consideraciones de realismo político, no por convicción.

b. Nuevo autoritarismo. La mantención, por parte de regímenes políticos, de ciertas formas democráticas con un contenido básicamente autoritario, es un fenómeno post Guerra Fría que se ha dado en América Latina y también en otras latitudes (particularmente en algunas de las ex Repúblicas Soviéticas). Desafiado el mundo académico para caracterizar este fenómeno, ha acuñado expresiones como “democracias iliberales”³, “autoritarismo competitivo”⁴ o “autoritarismo electoral”⁵; o bien acude a la idea de legitimidad democrática de origen versus autoritarismo de ejercicio. En los medios de comunicación se lo rotula como populismo, caudillismo o demagogia de nuevo cuño.

c. Carácter fundacional. El proyecto chavista se concibió a sí mismo como fundacional. De hecho, el gobierno de Hugo Chávez no solo impulsó nóveles políticas públicas, a las que nos referiremos más adelante; también promulgó una nueva Constitución, modificó la división federal del país (convirtió en Estados a los, hasta entonces, dos territorios federales: Amazonas y Delta Amacuro), agregó el adjetivo “bolivariana” al nombre de la República de Venezuela, introdujo variaciones tanto en la bandera nacional como en el escudo patrio y cambió la zona horaria del país.

2.2. Instituciones y procesos electorales

a. La Constitución de 1999. Llegado al poder, Hugo Chávez impulsó la creación de una Asamblea Constituyente. De los trabajos de esta emanó la actual Constitución de Venezuela, aprobada por referendo el 15 de diciembre de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial el 24 de marzo de 2000. Esta Carta Fundamental, que va precedida de una extensa exposición de motivos, consta de nueve Títulos y de 350 artículos permanentes y 18 transitorios.

3 Ver Zakaria, Fareed, “The Rise of Illiberal Democracy”, en *Foreign Affairs*, Nov./dic. 1997, p. 23 y ss.

4 Ver Levitsky, Steven y Way, Lucan A., *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War (Problems of International Politics)*, (Cambridge University Press) 2010.

5 Ver Schedler, Andreas (ed.), *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*, (Lynne Renner Publisher) 2006.

El artículo 2 establece:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

El Título V (arts. 186 a 298) se ocupa de “La Organización del Poder Público Nacional”, estableciendo, a más de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), el Poder Ciudadano y el Poder Electoral.

El art.273 dispone:

Los órganos del Poder Ciudadano son: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos titulares será designado por el Consejo Moral Republicano como su Presidente por períodos de un año, pudiendo ser reelecto. El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. El Poder Ciudadano goza de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable. Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica.

La exposición de motivos explica que el Poder Ciudadano se basa en la idea de Simón Bolívar de un Poder Moral. Es así como el art. 274 establece que:

Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

En cuanto al Poder Electoral, el art.296, inciso primero, prescribe que su ente rector, el Consejo Nacional Electoral,

... estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno o una por el Poder Ciudadano.

La Constitución de 1999 recoge, en su Título III, un muy amplio rango de derechos humanos y garantías. Consigna, asimismo, deberes de las personas. En su Título VI trata del sistema socioeconómico. El artículo 299, que encabeza dicho Título, reza así:

El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

b. Partidos oficialistas y oposición. Los partidos políticos de apoyo al chavismo han sido: (i) el Movimiento V República, fundado por Hugo Chávez en 1997, que declaraba su adhesión a los ideales de Simón Bolívar, con elementos humanistas, socialistas y nacionalistas, y se manifestaba a favor de la democracia participativa. Fue el partido más votado en las elecciones entre 1998 y 2007, año en que se disolvió y se integró al PSUV) (el llamado Polo Patriótico, formado por el Movimiento al Socialismo, el Movimiento V República, Patria para Todos y otras organizaciones menores, apoyó a Chávez para las elecciones de 1998); (ii) PSUV, sigla que corresponde al Partido Socialista Unido de Venezuela. Fundado en marzo de 2008, es el

partido que agrupa a la mayoría de las fuerzas políticas y sociales que apoyan a la Revolución Bolivariana impulsada por Hugo Chávez.

La oposición al chavismo se caracterizó, hasta 2009, por su desorden, desorientación estratégica e incluso, en algunos sectores de ella, por promover soluciones extraconstitucionales, específicamente golpistas. En efecto, luego de un golpe de estado, el 11 de abril de 2002, el empresario Pedro Carmona Estanga fue instalado como presidente *de facto*, situación que duró dos días, hasta que las fuerzas armadas de Venezuela lo depusieron y devolvieron a Chávez a la presidencia.

Por otra parte, en las elecciones parlamentarias de 2005 la oposición venezolana se retiró, alegando falta de garantías para el secreto del voto. Debido a ello, la Asamblea Nacional quedó constituida por 167 diputados afectos al chavismo y 19 correspondientes a otros partidos.

Solo en 2009, tras un arduo proceso, la oposición conformó la Mesa de Unidad Democrática (MUD), presentando un candidato único, Henrique Capriles, quien fue derrotado por Chávez por un margen de algo más de un 10% en las elecciones presidenciales de octubre de 2012; pero perdió solo por un 1,5% (resultado fuertemente objetado por la MUD) contra Nicolás Maduro en la elección para suceder al fallecido presidente Chávez realizada el 14 de abril de 2013.

c. Comicios. Incluyendo la elección como presidente de Hugo Chávez en 1998, este o sus seguidores enfrentaron diez elecciones y referéndums de alcance nacional, hasta octubre de 2012, y los ganaron todos, salvo la derrota temporal en el referéndum de 2007, realizado para modificar la Constitución (la cual sí fue modificada, en los aspectos sustanciales que interesaban al gobierno, por otro referéndum, de 2009).

2.3. La Institucionalidad venezolana en la práctica

a. Concentración de poderes. No es preciso ser particularmente cínico para concordar con la observación de que las constituciones de los países de América Latina se ven muy bien en la letra pero suelen aplicarse muy mal. En cuanto a la Constitución venezolana de 1999, no solo el chavismo sino, también, muchos observadores del país y del exterior la consideran, aunque muy larga, notablemente vanguardista.

El punto crítico es que el presidente Chávez y el chavismo concentraron, en los hechos, todos los poderes que la Constitución declara autónomos e independientes. Así, el parlamento unicameral, dominado sin contrapeso por

el chavismo por muchos años (en parte, merced al hecho que la oposición rehusó participar en las elecciones de 2005), adoptó toda la legislación que el Ejecutivo requería para gobernar libremente e incluso alcanzó cómodamente un quórum especial para delegar al presidente, en cuatro oportunidades, la facultad de legislar mediante “leyes habilitantes”.⁶ Por su parte, el poder Judicial ha sido sometido, o se ha allanado *motu proprio*, a los dictados del Ejecutivo.⁷ Cuatro de las cinco personas integrantes del Consejo Nacional Electoral son declaradamente chavistas, pese a la prohibición Constitucional que se lo impediría. Los órganos del Poder Ciudadano actúan de manera parecidamente obsecuente.

b. Elecciones y referéndums. En cuanto a los comicios, bien puede ser que el recuento de votos emitidos en los que se celebraron durante la presidencia de Chávez haya sido básicamente exacto. Ello no basta, sin embargo, para que se considere a un proceso electoral o de consulta popular como justo. Es preciso, además, que los candidatos o las posiciones en contienda cuenten con igualdad de oportunidades en lo que se refiere a financiamiento y comunicación social. Se requiere, además, que los votantes estén por entero libres de coerción o amenazas; que los entes encargados de organizar, supervisar y validar el proceso actúen eficiente e imparcialmente; que el proceso esté abierto a la observación de representantes de las alternativas en pugna, así como de misiones extranjeras de expertos. Por último, es esencial que el gobierno no utilice indebidamente sus facultades y recursos para favorecer una determinada opción.

Son precisamente las consideraciones anotadas las que dan sustento a las críticas que se pueden formular a los comicios celebrados durante el gobierno de Chávez. Sin perjuicio de notar el gran favor popular de que gozó Hugo Chávez, a lo que volveremos a referirnos, se pueden anotar las siguientes anomalías en los procesos electorales que se realizaron durante su mandato: **(i)** el extensísimo uso de las cadenas nacionales por parte del Presidente Chávez. Según BBC Mundo, entre 2000 y 2010, el gobier-

6 El último inciso del Art. 203 de la Constitución de 1999 dice que “Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar plazo para su ejercicio”.

7 El 5 de diciembre de 2009, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estella Morales, declaró al diario El Universal: “No podemos seguir pensando en una división de poderes porque eso es un principio que debilita al Estado”. El 31 de enero de 2013, la organización Human Rights Watch emitió una declaración afirmando que en Venezuela “la Corte Suprema de Justicia no tiene la más mínima credibilidad” y es un “apéndice” del Ejecutivo.

no de Chávez utilizó un promedio anual de alrededor de 195 cadenas⁸, la mayoría de larga duración; (ii) los medios de comunicación privados de Venezuela, que en los primeros años del gobierno de Chávez eran mayoritarios, tomaron una línea de fuerte oposición. Como reacción, el gobierno creó varios canales estatales de televisión abierta y ejerció presión sobre dichos medios, bien con medidas indirectas, bien mediante ataques y hostigamientos llevados a cabo por sus partidarios contra ellos⁹; (iii) a las misiones internacionales de observación electoral, inicialmente permitidas, se les denegó permiso más tarde, reemplazándolas el gobierno por “acompañamientos”, mediante personalidades extranjeras invitadas por él; (iv) el gobierno otorgó bonos, a veces de varios meses de sueldos y/o pensiones, en el período previo a una elección; (v) en varias elecciones, los funcionarios públicos han sido conminados a asistir a actos electorales oficialistas y a votar por sus candidatos, habiéndose instalado en muchos de ellos (fundadamente o no) la creencia de que el gobierno tiene manera de comprobar por quién han votado.

c. Clientelismo y corrupción. La concentración de los poderes del Estado en manos del presidente, facilitó una práctica extendida de ganar adeptos mediante dádivas, empleos o beneficios de parte de alguna de las misiones que se mencionan más adelante. Ello se vio favorecido por el elevado precio que alcanzó el petróleo, en promedio, durante los catorce años de gobierno de Chávez. El fallido golpe de estado de 2002 contra Chávez socavó a la oposición y alentó al chavismo a acelerar su proyecto político. El paro indefinido de PDVSA, la empresa petrolera estatal, iniciado poco antes del golpe de 2002, dio paso a un despido masivo de sus funcionarios, quienes fueron reemplazados por partidarios del régimen. Las políticas económicas y monetarias a que nos referimos más adelante generaron una baja productividad, alta inflación y mercado negro. A esto se sumó el costo de adquisiciones de armamento y los beneficios que el gobierno creyó necesario otorgar al estamento militar. Todo ello condujo a un alza de la corrupción por encima de los niveles tradicionales, que ya eran elevados. El Índice de Percepción de Corrupción de

8 www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/01/100115_0115_ecuador_cadenas_jaw.shtml, consultado en mayo de 2013

9 Por decreto del 18 de marzo de 2013, Nicolás Maduro, entonces presidente interino del país, creó el Sistema Bolivariano de Comunicación e Información (antes llamado Sistema Nacional de Medios Públicos), un conjunto de medios estatales adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información.

Transparency International para 2012, ubica a Venezuela en el lugar 165 entre 179 países, con un puntaje de 19 sobre un máximo de 100.¹⁰

3. Las políticas públicas impulsadas por Hugo Chávez

3.1. Políticas sobre pobreza y necesidades sociales básicas

a. Las misiones. Las nuevas políticas públicas internas del gobierno de Chávez se han organizado fundamentalmente mediante las llamadas “misiones”, programas estructurados en torno a algún objetivo de atención e inclusión social o algún otro fin de interés público y dotados de recursos por parte del Estado. Se conocen quince de tales misiones, en áreas como la eliminación de la pobreza, salud, educación, vivienda, derechos indígenas, infancia, alfabetización e infraestructura.¹¹ A partir de 2011, el gobierno impulsó otros siete programas, a cada uno de los cuales calificó de “gran misión”.¹²

b. Aspectos reconocidamente positivos de las misiones. La mayoría de los observadores destaca que las misiones han colocado concretamente las necesidades de los desposeídos y el imperativo de políticas públicas de inclusión social e igualdad de oportunidades como un factor de permanente prioridad en la política venezolana. La opinión generalizada es que las mayorías vulnerables o excluidas de Venezuela perciben que el gobierno de Chávez fue el primero que se preocupó verdaderamente de ellas y lo sienten como “suyo”. Ello supone vínculos de fuerte identificación y lealtad, lo cual, sumado a la adhesión personal por la figura del presidente Chávez, hizo que para tales sectores sociales el chavismo haya sido relativamente inmune a las críticas.

c. Aspectos críticos. El esquema de las misiones sería difícilmente sostenible en el tiempo, debido a su costo y deficiente administración, incluyendo muchas instancias de clientelismo y de beneficios otorgados a quienes no deberían calificar para recibirlos. Por otra parte, se le ha criticado que fomente una cultura popular de esperararlo todo del Estado.

¹⁰ Ver sitio web www.transparency.org.

¹¹ http://gobiernoenlinea.gob.ve/home/misiones_detalle.dot, consultado en mayo de 2013.

¹² http://es.wikipedia.org/wiki/Misiones_bolivarianas, consultado en mayo de 2013.

3.2 Política internacional

a. Autopercepción mesiánica de Hugo Chávez. Expresa o indirectamente, Hugo Chávez se consideraba un segundo Simón Bolívar. Más aun, su discurso político destacaba una proyección de su proyecto y su liderazgo no solo a nivel continental sino también en el plano mundial. Las referencias constantes a su proyecto político como el “socialismo del siglo XXI” son indicio claro de esta visión. Por otra parte, además de su veneración por Bolívar, sentía una admiración intensa y filial por la Revolución Cubana y, en particular, por la figura de Fidel Castro, a quien reputaba como el gran héroe antiimperialista de su tiempo. Esta autopercepción mesiánica de Chávez contribuye a explicar su pródiga política de asistencia económica a otros países (detallada a continuación) la cual buscaba realzar su liderazgo internacional personal y posicionar a Venezuela como actor mundial de primer orden.

b. Asistencia económica a ciertos países. Venezuela y Cuba suscribieron un Convenio Integral de Cooperación en octubre de 2000, el que se ha ido actualizando. Actualmente Venezuela entrega a Cuba aproximadamente 100.000 barriles de petróleo por día. En cambio, recibe, principalmente, el trabajo de más de 40.000 cooperantes cubanos, sobre todo en atención de salud, pero también en otras áreas, inclusive seguridad.

Además de Cuba, también reciben petróleo, a través de Petrocaribe, otros dieciséis países caribeños, diez de ellos, isleños, y seis, continentales, a saber: Antigua y Barbuda, Bahamas, Dominica, Granada, Haití, Jamaica, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Belice, Guatemala, Guyana, Honduras, Nicaragua y Surinam.

Hugo Chávez ha asistido asimismo, económicamente, de diversas formas, a países de América del Sur, entre ellos, Argentina, Bolivia y Uruguay. En 2005 visitó el Bronx y en 2006, Londres. En ambas ocasiones hizo donaciones o suscribió acuerdos para vender petróleo barato.

c. Alineamiento político internacional. Durante su presidencia, Chávez viajó frecuentemente al extranjero. Visitó Cuba muy a menudo. También Irak (cuando aún gobernaba Saddam Hussein) y Libia (mientras gobernaba Gaddafi). Cultivó estrechos lazos políticos y comerciales con Irán, China, Rusia y Bielorrusia. Utilizó el foro de Naciones Unidas para burlarse de George W. Bush. En suma, se esforzó por forjar alianzas con regímenes autoritarios

del Oriente y del Medio Oriente y por aparecer como un visible antagonista de los Estados Unidos.¹³

d. Alianzas subregionales. El gobierno de Chávez se mostró crítico de la Organización de Estados Americanos (OEA) e impulsor o partidario de otras alianzas subregionales. Es así como: (i) junto con Cuba dio nacimiento a la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos o ALBA-TCP, más conocida como ALBA, organización de la que también forman parte Antigua y Barbuda, Bolivia, Dominica, Ecuador, Nicaragua y San Vicente y las Granadinas. El ALBA es considerada como una respuesta al ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), ente promovido por los Estados Unidos; (ii) en 2006, Venezuela adhirió al Mercado Común del Sur, (MERCOSUR), que está también integrado por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay; (iii) Venezuela forma parte también de UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas), que fue creada en 2008, junto a los otros 11 países independientes de la subregión (México y Panamá tienen calidad de observadores).

e. Rebeldía ante el sistema interamericano de derechos humanos. Es sabido que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos consta, principalmente, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las bases normativas convencionales de la primera son la Carta de la OEA, de 1948, suscrita por 35 Estados miembros, y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. La Corte tiene solo este último tratado como base convencional de derecho internacional y, por tanto, ejercía jurisdicción solo sobre los 25 Estados americanos que la habían ratificado. La Convención Americana en su artículo 78¹⁴ permite a los Estados parte denunciar el tratado. En 1998, Trinidad y Tobago denunció la Convención. En 1999, el Presidente Fujimori logró que el Congreso del Perú decidiera, con “efecto inmediato”,¹⁵ retirar el reconocimiento

13 El 22 de marzo de 2013, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas extendió por un año el mandato de la Comisión Investigadora Independiente sobre Siria por 41 votos a favor, cinco abstenciones y el solo voto en contra de Venezuela.

14 Artículo 78: 1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

15 Ello no era jurídicamente posible (ver art. 78 en la nota 14)

de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en 2001, el Presidente Paniagua revirtió tal decisión.

El 10 de septiembre de 2012 Venezuela denunció la Convención Americana de Derechos Humanos. El gobierno de Chávez había expresado, durante muchos años, su enfático rechazo a decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos de Venezuela. En 2011, El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordenaba permitirle al ex alcalde de Chacao, Leopoldo López, participar en las elecciones previstas para 2012. El 24 de julio de 2012, Hugo Chávez deploró públicamente el fallo de la “inefable” Corte Interamericana en el caso Díaz Peña vs. Venezuela.

Al mismo tiempo, junto a otros países americanos, Venezuela presionó, durante 2012, para debilitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, so pretexto de “fortalecerla”. Si bien los primeros esfuerzos en ese sentido no prosperaron, el asunto sigue pendiente.¹⁶

3.3. Políticas económicas

a. Estatismo. El gobierno de Chávez tuvo una decidida inclinación estatista. No solo controla PDVSA, la empresa estatal de petróleo, recurso natural que la propia Constitución reserva al Estado; además, ha llevado adelante numerosas expropiaciones, desarrollado diversos proyectos productivos estatales y establecido una ley de control de precios.¹⁷

b. Crisis económica. Cualesquiera sea el juicio que se tenga sobre las estructuras internacionales monetarias y financieras prevalecientes en el mundo de hoy, o sobre las motivaciones de los inversionistas privados, nacionales o internacionales, lo cierto es que, en la realidad, es previsible que las políticas mencionadas en el párrafo anterior provoquen una caída en la inversión y la productividad. Además, la política monetaria del gobierno de Venezuela ha establecido un severo control cambiario y demostrado una muy tardía adecuación a la realidad de la devaluación de la moneda. De hecho, en el mercado negro o paralelo, la cotización del dólar ha alcanzado, en bolívares fuertes (la moneda de Venezuela),

¹⁶ Venezuela se declara “en rebeldía” contra un Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) “corrupto y pusilánime”, afirmó Roy Chaderton, embajador de Venezuela ante la OEA, el 22 de marzo de 2013. <http://www.analitica.com/va/sintesis/internacionales/1572451.asp>, consultado en mayo de 2013.

¹⁷ La Ley de Costos y Precios Justos entró en vigencia el 22 de noviembre de 2011.

más de cuatro veces el valor de la tasa oficial de cambio. Si a todo ello se agrega el elevado gasto fiscal, sobre la base de un precio del petróleo excepcionalmente alto, y la disminución de la producción de petróleo debido a la conducción de PDVSA, se llega a una situación financiera que solo puede resolverse con un fuerte endeudamiento y con la venta de la producción futura de petróleo. Paralelamente, se ha producido en Venezuela un severo desabastecimiento de bienes esenciales de consumo, situación que, al tiempo de concluirse este artículo, había reconocido Nicolás Maduro, el presidente en ejercicio.

*c. Indicadores.*¹⁸

Reservas internacionales de Venezuela a 2012: US \$ 25.574.000.000.

Inflación de 2012: 28%.

Inflación acumulada enero a abril de 2013: 12,5%.

Dólar oficial: 6,3° Bs. F. Dólar paralelo o “negro” 28,5 Bs. F.

Deuda Externa: US \$ 105.779.000.000.

Inflación estimada para 2013 por el Banco Central de Venezuela: entre 14 y 16%.¹⁹

Inflación estimada para 2013 por el FMI: 28%.²⁰

4. Otras consideraciones relevantes

a. Seguridad ciudadana. La percepción y realidad del incremento de la criminalidad en Venezuela es muy intensa. Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), la tasa de homicidios en Venezuela por 100.000 habitantes, por año, se ha elevado de 25, en 1999, a 45,1 en 2012²¹. Es la más alta de Sudamérica. Por comparación, en Chile es de 3,7. Venezuela ha intentado combatir el crimen con medios militares, provocando críticas de organizaciones de derechos humanos.

b. Los militares. El gobierno de Chávez intervino en el estamento militar promoviendo ascensos, reprimiendo a los militares opositores y buscando, en general, la adhesión de las fuerzas armadas de su país a su proyecto político. Además ha impulsado la formación de las Milicias Bolivarianas, cuerpo armado paramilitar o parapolicial.

¹⁸ Salvo que se indique lo contrario, los datos que siguen han sido tomados de dolartoday.com/indicadores/, consultado en mayo de 2013

¹⁹ <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2012/10/23/bcv-estima-inflacion-entre-14-y-16-para-2013-5070.html>.

²⁰ www.fmi.org consultado en mayo de 2013.

²¹ <http://www.un.org/es/globalissues/drugs/> consultado en mayo de 2013.

Conclusiones

De todo lo señalado anteriormente en este artículo, es posible concluir lo siguiente:

- El ascenso al poder del fallecido presidente de Venezuela (1999-2013) Hugo Chávez fue posible, en medida significativa, además de sus condiciones personales, por el sonado fracaso de los sectores políticos, económicos y sociales que previamente detentaron el poder en el país en tomar debidamente en cuenta las necesidades de la mayoría de la población y su derecho a políticas públicas de inclusión social y de igualdad de oportunidades.
- El proyecto chavista conocido como “Revolución Bolivariana” descansó fuertemente en la persona de Hugo Chávez, quien concentró todos los poderes del Estado, tomó decisiones espontáneas frente a las cámaras y, en general, hizo su voluntad. En él, junto a sus convicciones revolucionarias, de justicia social, nacionalistas e internacionalistas, se dan rasgos inocultablemente megalomaniacos y demagógicos.
- El carisma de Chávez, sus políticas sociales y su proyección internacional, le ganaron el decidido apoyo de la mayoría de los venezolanos, particularmente los más desposeídos, que sintieron su gobierno como propio y se dispusieron a apoyarlo a todo trance.
- Cualesquiera críticas que se formulen a la Revolución Bolivariana, no cabe duda que colocó la justicia e inclusión sociales como un ítem esencial y permanente en la agenda política venezolana.
- Sin embargo, los mismos programas sociales acusan deficiencias de gestión, clientelismo y problemas de sostenibilidad económica.
- Venezuela se halla crecientemente polarizada políticamente. Ello se acrecienta por una grave situación económica (aguda corrupción, alta deuda externa e inflación, baja productividad e inversión, desabastecimiento de bienes esenciales de consumo) y por muy serios problemas de criminalidad e inseguridad ciudadana.

- La principal crítica que puede formularse al legado de Chávez es que, no obstante que puede arrogarse una legitimidad democrática de origen, el ejercicio del poder presidencial no observó los principios democráticos y del Estado de Derecho.
- En cuanto a las políticas internacionales del régimen chavista, la autopercepción de Chávez como un potencial líder mundial de nuevo cuño motivó una dispendiosa política de dádivas y otros beneficios a diversos países. Esperablemente, a cambio, obtuvo su voto en foros internacionales o su apoyo político. Por otra parte, el simplista sentimiento antiimperialista de Hugo Chávez lo impulsó a alinearse con algunos de los regímenes menos democráticos y más represivos del mundo; a algunos de estos países compró armamentos u otros productos, facilitó inversiones en Venezuela o vendió futuras producciones de petróleo. Su alianza con Cuba fue particularmente estrecha, en los planos ideológico, político y económico.
- Contrariamente a lo señalado en el art. 2 de la Constitución de 1999, que propugna como valor superior “la preeminencia de los derechos humanos”, el régimen de Hugo Chávez actuó con un concepto antiguo de soberanía y rechazó las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. En foros mundiales, a veces votó, aisladamente, a favor de lo que percibía como intereses de política exterior de Venezuela y por encima de la obligación de proteger los derechos humanos.
- Al tiempo de cerrar este artículo, como se dijo al comienzo del mismo, la situación de crisis y polarización política de Venezuela se agudiza. Al presidente Nicolás Maduro se le cuestiona incluso su legitimidad democrática de origen. Se hace probable un escenario de prolongada inestabilidad política en el país, el cual se verá enfrentado a preservar, en condiciones de sostenibilidad, el rasgo positivo del proyecto chavista, esto es, el sentido de prioridad y urgencia de políticas de inclusión social e igualdad de oportunidades.

LAUDO EN CASO CIADI NO. ARB/07/23, RAILROAD DEVELOPMENT CORPORATION (RDC) C. GUATEMALA

*Sebastián López Escarcena*¹

Resumen

Railroad Development Corporation con Guatemala es la primera disputa de inversión fallada en el fondo conforme al mecanismo de solución de controversias del Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y la República Dominicana. Es un caso interesante en los hechos, como la mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión, pero su laudo no innova mayormente en la interpretación y aplicación del derecho respecto de lo ya planteado por otros paneles arbitrales en controversias de esta naturaleza. El presente comentario resume los hechos del caso y lo pedido por las partes litigantes, y estudia la aplicación del derecho internacional de la inversión por el tribunal, particularmente el razonamiento seguido por este en la interpretación de los artículos correspondientes a la protección contra la expropiación y al trato mínimo internacional del tratado respectivo.

Introducción

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica,² Estados Unidos y la República Dominicana (CAFTA-DR, en su sigla en inglés) fue celebrado el 2004 y entró en vigencia dos años más tarde.³ Siguiendo al Tratado de Libre Comercio entre Canadá, EE.UU. y México (TLCAN o NAFTA, por su sigla en inglés),⁴

1 Profesor de Derecho Internacional e investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor visitante (*visiting fellow*), Universidad Cornell, EE.UU. PhD (Edinburgo), LL.M (Leiden), Abogado y Licenciado en Derecho (Católica de Chile). Correo electrónico: rlopeze@uc.cl

2 Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

3 Disponible en castellano en http://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp (última visita, 15 de abril de 2013). Panamá celebró el 2007 un tratado de libre comercio bilateral propio con EE.UU., que aún no ha entrado en vigor.

4 Disponible en castellano en <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=343> (última visita, 15 de abril de 2013).

el CAFTA-DR tiene un capítulo destinado a la promoción y protección de las inversiones extranjeras, el cual recoge muchas de las disposiciones del NAFTA, así como de los capítulos de inversión de otros tratados de libre comercio (TLC) celebrados por EE.UU.⁵ Una de las características principales de estos TLC es que permiten al inversionista extranjero, nacional de una de las partes del acuerdo internacional respectivo, buscar el arreglo de un conflicto con el Estado anfitrión, también parte del tratado en cuestión, mediante un mecanismo de solución de controversias que contempla el arbitraje internacional como una de las alternativas posibles. *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala* es el primer caso entre un inversionista extranjero y un Estado anfitrión resuelto por un laudo, en virtud del procedimiento arbitral contemplado en el Capítulo 10 del CAFTA-DR, que agrupa sus disposiciones de inversión. ¿Reconoce este laudo los principios jurídicos identificados y desarrollados en otros arbitrajes internacionales, en el contexto de controversias inversionista-Estado derivadas de tratados bilaterales de inversión (TBI) o capítulos de inversión de otros TLC?

El comentario que sigue sintetiza los hechos en los que se basó la controversia entre RDC y Guatemala, así como lo solicitado al panel arbitral correspondiente por las partes en litigio y lo fallado al respecto en el laudo, centrándose en la interpretación del tribunal del derecho aplicable a los alegaciones sobre violaciones a la protección contra la expropiación y al trato mínimo internacional que ofrece el CAFTA-DR.

1. El laudo

RDC es una empresa privada estadounidense dedicada a los ferrocarriles, que controla la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A., empresa privada guatemalteca que funciona como Ferrovías Guatemala (FVG). En 1997, la República de Guatemala llamó a una licitación pública internacional para instalar, reinstalar y utilizar infraestructura ferroviaria y otros bienes anexos, a fin de proveer un servicio de trenes dentro de su territorio. RDC se presentó a esa licitación y se la adjudicó a través de dos contratos de usufructo celebrados con Ferrocarriles de Guatemala (FEGUA), empresa estatal que operó el sistema ferroviario de ese país hasta que fuera clausurado en 1996. RDC se

⁵ Por ejemplo, TLC Chile-EE.UU. y EE.UU.-Singapur de 2003; TLC Australia-EE.UU. y EE.UU.-Marruecos de 2004; TLC Omán-EE.UU. de 2006; y TLC Corea del Sur-EE.UU. de 2007. Los TLC celebrados por EE.UU. están disponibles en inglés en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements> (última visita, 15 de abril de 2013).

comprometió a volver a hacer funcionar dicho sistema, contra el pago de los montos correspondientes acordados. El Congreso de Guatemala aprobó estos contratos, cuyo decreto respectivo fue publicado en el diario oficial del Estado centroamericano. En 1999, FVG y FEGUA celebraron un nuevo contrato de usufructo relativo al mismo negocio, el cual nunca fue aprobado por el Congreso de Guatemala. Cuatro años más tarde, un cuarto contrato fue celebrado entre FVG y FEGUA, y modificado por las partes meses después.⁶

En cumplimiento de los acuerdos señalados, FVG reinstaló durante 1999 el servicio de trenes entre Ciudad de Guatemala y otras tres ciudades ubicadas en dirección al Mar Caribe. En los años siguientes, el tonelaje transportado aumentó gradualmente, hasta que FVG y FEGUA tuvieron un primer desacuerdo de importancia el 2005. Ese año, FVG inició dos arbitrajes domésticos contra FEGUA por incumplimiento de contrato, en los que la primera alegó que la segunda no había desalojado a las personas que habían ocupado de hecho los terrenos por donde debían pasar las nuevas vías, ni hecho los pagos contractualmente previstos. FVG alegó, asimismo, que unos días antes de que se presentaran las demandas arbitrales, FEGUA le solicitó al Procurador General de la Nación que investigara las circunstancias en las que se concluyó el cuarto contrato antes mencionado. El Procurador General emitió su dictamen un mes después que FVG hubiere presentado sus demandas, señalando que dicho contrato debía ser declarado nulo por ser lesivo para los intereses nacionales, según la legislación interna de la República de Guatemala.⁷

En diversas oportunidades, tanto antes como después de presentar tales demandas arbitrales, RDC y FVG intentaron llegar a un acuerdo con Guatemala para lo cual, incluso, se reunieron con su Presidente de la República, quien estableció una comisión para estudiar el asunto en la que estaba representada FEGUA. La comisión se reunió hasta que el Presidente declaró lesivo para los intereses del Estado el contrato celebrado con FVG, a través de un acuerdo gubernativo publicado el 2006 en el diario oficial de Guatemala. Esta declaratoria presidencial de lesividad se basó en el dictamen del Procurador General de la Nación y permitió a Guatemala iniciar un proceso contencioso administrativo sobre nulidad del contrato en cuestión. Un año después de

6 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR (Rigo, Eizenstat y Crawford): *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, caso CIADI No. ARB/07/23, laudo de fecha 29 de junio de 2012, párrs. 1 y 30-33. Las decisiones judiciales de tribunales internacionales en arbitrajes de inversión están disponibles en <http://www.italaw.com/> (última visita, 15 de abril de 2013).

7 Ver *ibíd.*, párr. 34-36.

dicho acuerdo gubernativo, RDC presentó una solicitud de arbitraje en contra de la República de Guatemala ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a nombre suyo y de FVG, en virtud del Capítulo 10 del CAFTA-DR.⁸ Tanto en el memorial de demanda como en la réplica, RDC alegó que con la declaratoria presidencial de lesividad Guatemala no solo habría afectado gravemente sus intereses sino que habría violado dicho tratado, al incumplir las obligaciones internacionales de protección contra expropiación, de trato nacional, de trato mínimo internacional, y de protección y seguridad plenas que este contempla. En el memorial de contestación y en la réplica, en tanto, Guatemala solicitó que se rechace la acción ejercida por RDC por carecer de todo fundamento.

Después de confirmar su jurisdicción, el panel arbitral integrado por Andrés Rigo Sureda, Stuart Eizenstat y James Crawford resolvió, en su laudo del 29 de junio de 2012, que Guatemala había violado el trato mínimo internacional establecido en el Artículo 10.5 del CAFTA-DR, por lo cual debía pagar a RDC una indemnización superior a los US\$ 10 millones.⁹ El tribunal, sin embargo, rechazó las alegaciones de incumplimiento de las disposiciones relativas a la protección contra la expropiación, al trato nacional, y a la protección y seguridad plenas (PSP), las dos últimas sin mayores explicaciones.¹⁰

2. La expropiación indirecta

En el presente laudo, los aspectos que guiaron al tribunal en su interpretación del Artículo 10.7 del CAFTA-DR, relativo a la protección contra la expropiación, fueron cuatro: (a) el carácter de la acción gubernamental; (b) el propósito de la medida estatal; (c) las expectativas de inversión; y (d) el impacto económico de la conducta de Guatemala. No obstante, dicha disposición del CAFTA-DR, siguiendo al Artículo 1110 del NAFTA, simplemente indica que:

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización [...], salvo que sea:
 - (a) por causa de un propósito público;

⁸ Ver *ibíd.*, párrs. 1 y 37. Ver también, en general, Onwuamaegbu, Ucheora, “Using Treaties to Define Rules of Procedure in Investor-State Arbitration: The CAFTA Example”, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 23/1, (Oxford University Press) 2008, p. 36.

⁹ Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, *op. cit.*, párrs. 1-29 y 283.

¹⁰ Ver *ibíd.*, párrs. 153-155 y 237-238.

- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.

Nada dice esta disposición respecto al carácter de la acción gubernamental, el propósito de la medida estatal, las expectativas de inversión o el impacto económico de la conducta del Estado anfitrión. Donde sí aparecen estos elementos es en el Anexo 10-C, que debe necesariamente leerse a continuación del Artículo 10.7 ya transcrito. Este anexo declara que:

Las Partes confirman su común entendimiento que:

1. El Artículo 10.7.1 intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.
2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
3. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
4. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:
 - (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
 - (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y

(iii) el carácter de la acción gubernamental.

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

El Anexo 10-C responde a las instrucciones de la Ley de Promoción del Comercio del 2002,¹¹ cuya Sección 2102 (b) (3) estableció como uno de los objetivos de negociación de EE.UU. asegurar que a los inversionistas extranjeros no se les otorgue en ese país más derechos que los otorgados por la legislación interna estadounidense a los inversionistas locales. ¿La razón? Según esta ley, que EE.UU. ofrece un alto nivel de protección para la inversión, equivalente o mayor al requerido por el derecho internacional.¹² Dicha ley fue una reacción a las primeras demandas arbitrales internacionales presentadas por inversionistas extranjeros en contra de los Estados partes del NAFTA, cuestionando el ejercicio de su poder regulatorio en virtud del mecanismo de solución de controversias del Capítulo 11 de dicho tratado.¹³ Con posterioridad a 2002, EE.UU. modificó sus modelos de TBI y los capítulos de inversión de sus TLC para cumplir con lo exigido por la Ley de Promoción del Comercio.¹⁴ Esto llevó a que los tratados de inversión de ese país incluyan la aproximación de Penn Central al problema de las expropiaciones regulatorias, desarrollada a propósito de la interpretación y aplicación de las Enmiendas Quinta y Vigésimocuarta de la Constitución de EE.UU.¹⁵

De acuerdo al derecho estadounidense, la ocupación física permanente de la propiedad o la destrucción de un 100% de su valor como resultado de una

11 *Trade Promotion Act*, en inglés. Disponible en http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/TPAA_2002.pdf (última visita, 15 de abril de 2013).

12 Ver *ibíd.*, Sec. 2102 (b) (3).

13 Ver, por ejemplo, Tribunal arbitral NAFTA (Böckstiegel, Brower y Lalonde): *Ethyl Corporation c. Canadá*, arbitraje conforme a reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por su sigla en inglés), Laudo de jurisdicción de fecha 24 de junio de 1998.

14 Por ejemplo, TBI entre EE.UU. y Uruguay de 2004; y TBI entre EE.UU. y Ruanda de 2008. Ambos TBI de EE.UU. están disponibles en inglés en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents> (última visita, 15 de abril de 2013). Ver también nota 5.

15 Ver Corte Suprema de EE.UU., *Penn Central Transportation Co. c. New York City*, Sentencia de fecha 26 de junio de 1978. El concepto de expropiación regulatoria proviene de *Pennsylvania Coal Co. c. Mahon*, Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1922. Ver también Shenkman, Ethan, "Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence be Helpful in Analyzing Regulatory Expropriation Claims under International Law?", en *New York University Environmental Law Journal*, 11/1, (New York University School of Law) 2003, p. 174.

regulación, requieren indemnización.¹⁶ Fuera de estas situaciones, una investigación *ad hoc* es necesaria para determinar si una medida regulatoria constituye expropiación. Los tres factores que deben guiar esta investigación, articulados en Penn Central, son (a) el impacto de la regulación en el demandante; (b) la extensión de su interferencia con expectativas específicas de inversión; (c) y el carácter de la acción gubernamental.¹⁷ Justamente son los mismos elementos que aparecen mencionados en el Anexo 10-C del CAFTA-DR, y en virtud de los cuales el tribunal analizó el reclamo de expropiación indirecta en RDC.¹⁸ Sin perjuicio de los sucesivos párrafos que el laudo dedica al estudio de este tema en relación a los hechos del caso, es poco lo que contribuye RDC al desarrollo jurisprudencial del derecho internacional; a través de lo que se ha denominado en doctrina como un sistema de precedente blando o *de facto* y que el laudo recoge implícitamente.¹⁹ Al respecto, el tribunal reconoce la importancia del efecto de la medida estatal correspondiente en la propiedad del inversionista afectado por ella. Siguiendo la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia internacional en disputas de inversión, RDC señala que para que haya una expropiación indirecta se requiere la privación sustancial del uso y los beneficios de la inversión.²⁰ En apoyo de esta postura, el panel menciona

16 Ver Corte Suprema de EE.UU., Loretto c. Teleprompter Manhattan CATV Corp., Sentencia de fecha 30 de junio de 1982; y Corte Suprema de EE.UU., Lucas c. South Carolina Coastal Council, Sentencia de fecha 29 de junio de 1992. Ver también Been, Vicki y Beauvais, Joel, “The Global Fifth Amendment: NAFTA’s Investment Protection and the Misguided Quest for an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine”, en *New York University Law Review*, 78, (NYU Law Review) 2003, 30, pp. 61-62.

17 Ver González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, (Editorial Porrúa) 2009, pp. 214-215. Cabe señalar que rara vez la jurisprudencia estadounidense concluye que una regulación destruye el 100% del valor de la propiedad, o que se presentan los factores de Penn Central. Ver Alexander, Gregory, *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence*, (University of Chicago Press) 2006, p. 206; y Montt, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, (Hart Publishing) 2009, p. 219.

18 Sobre la expropiación indirecta en el derecho internacional de la inversión, ver, en general, Robert-Cuendet, Sabrina, *Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement: Contribution à l’analyse de l’expropriation indirecte*. (Martinus Nijhoff Publishers) 2010; y Nikièma, Suzy, *L’expropriation indirecte en droit international des investissements*, (Presses Universitaires de France) 2012.

19 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 217. Ver también Commission, Jeffrey, “Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, en *Journal of International Arbitration*, 24/2, (Kluwer Law International) 2007, p. 129; Schreuer, Christoph y Weiniger, Matthew, “A Doctrine of Precedent?”, en *The Oxford Handbook of International Investment*, (Oxford University Press) 2008. Ver, en general, las presentaciones de Judith Gill, Lucy Reed, Zachary Douglas y J. Romesh Weeramantry en la Conferencia sobre Arbitraje Internacional, realizada en la Corte Suprema de Singapur el 20 de enero de 2010, disponibles en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 25/1, (Oxford University Press) 2010.

20 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, CIADI No. ARB/07/23, op. cit. Párr. 151. Ver también Newcombe, Andrew y Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (Kluwer Law International) 2009, en pp. 344-345.

arbitrajes del NAFTA, como Pope & Talbot, Metalclad y Fireman's Fund,²¹ así como arbitrajes de TBI, como TECMED, CMS y Telenor²².

En lo sustantivo, no es mucho lo que agrega el laudo al derecho internacional de la expropiación. En cuanto a la controversia misma, el tribunal resolvió que la declaratoria de lesividad del Presidente de la República de Guatemala no constituyó una expropiación indirecta, al no tener por efecto privar al demandante de su inversión. Como indica el laudo, los contratos con RDC y FVG se mantuvieron vigentes, el demandante continuó en posesión de la infraestructura ferroviaria y otros bienes anexos, y siguió recibiendo los pagos asociados a los contratos con RDC.²³

3. El trato mínimo internacional

Al igual que el Artículo 10.7 del CAFTA-DR, su Artículo 10.5 se inspira en una disposición del NAFTA: el Artículo 1105. Y como en el caso de la protección contra la expropiación, la disposición sobre trato mínimo internacional del CAFTA-DR recoge las modificaciones introducidas por EE.UU. a los TLC celebrados con posterioridad a la Ley de Promoción del Comercio y a las primeras demandas arbitrales dirigidas en contra de los estados parte del NAFTA conforme a su Capítulo 11. Es por eso que en el Artículo 10.5 del CAFTA-DR no solo se mezclan protecciones convencionales, como el trato justo y equitativo (TJE) y la PSP,²⁴ sino que se explica la relación de estas con el derecho internacional consuetudinario, en los siguientes términos:

21 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Derbaird, Greenberg y Belman): Pope & Talbot. Inc. c. Canadá, arbitraje conforme a reglas UNCITRAL, Laudo parcial de fecha 26 de junio de 2000; Tribunal arbitral NAFTA (Lauterpacht, Civiletti y Siqueiros): Metalclad Corporation c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000; y Tribunal arbitral NAFTA (Loewenfeld, Saavedra y van der Berg): Fireman's Fund Insurance Company c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo de fecha 17 de julio de 2006.

22 Ver Tribunal arbitral TBI España-México (Grigera, Fernández Rozas y Bernal): Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. México, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003; Tribunal arbitral TBI Argentina-EE.UU. (Orrego, Lalonde y Rezek): CMS Gas Transmission Company c. Argentina, caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo de fecha 12 de mayo de 2005; y Tribunal arbitral TBI Hungría-Noruega (Goode, Allard y Marriott): Telenor Mobile Communications A.S. c. Hungría, caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo de fecha 13 de septiembre de 2006.

23 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 152.

24 Sobre el TJE, ver, en general, Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, (Oxford University Press) 2008; y Kläger, Roland, "Fair and Equitable Treatment", en *International Investment Law*, (Cambridge University Press) 2011. Para las otras protecciones de los tratados de inversión, ver, en general, Newcombe y Paradell, op. cit.; Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press) 2010; y Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, (Oxford University Press) 2012.

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.

Como respecto de la disposición sobre protección contra la expropiación del CAFTA-DR, su Artículo 10.5 debe ser leído junto a un anexo, el 10-B, que señala:

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

En RDC, tres Estados del CAFTA-DR, que no eran parte de la controversia, hicieron presentaciones que fueron recibidas por el tribunal y comunicadas a los litigantes.²⁵ EE.UU. señaló que el Artículo 10.5 del CAFTA-DR expresa

²⁵ Ver Art. 10.20.3 del CAFTA-DR. Sobre los *amicus curiae* en disputas internacionales, ver, en general, los artículos de Brigitte Stern, Eloise Obadia y Florian Grisel y Jorge Vinuales, disponibles en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 22/2, (Oxford University Press) 2007.

la intención de las partes del tratado de incorporar el trato mínimo requerido por el derecho internacional consuetudinario como el estándar aplicable, guiando así la interpretación de dicha disposición.²⁶ El Salvador agregó que la jurisprudencia de otros tribunales internacionales en disputas de inversión solo es relevante para interpretar el TJE incluido en el CAFTA-DR, en la medida que se refieran a este como parte del derecho internacional consuetudinario, y no como un estándar autónomo.²⁷ Finalmente, Honduras coincidió sustancialmente con las apreciaciones ya hechas por EE.UU. y El Salvador.²⁸

En su análisis del trato mínimo internacional, el panel arbitral no solo citó el Artículo 10.5 y el Anexo 10-B, sino que los relacionó con el preámbulo y el Artículo 1.2 del CAFTA-DR, destacando la orientación del tratado hacia la transparencia y previsibilidad que debe haber en el trato dado al inversionista extranjero por el Estado anfitrión.²⁹ El tribunal comenzó refiriéndose a Neer, un caso resuelto en 1926 por la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones,³⁰ cuya decisión contempla una conocida declaración:

[...] el trato de un extranjero, para que constituya un incumplimiento internacional, debe equivaler a un atropello, a mala fe, a una inobservancia deliberada del deber, o a una insuficiencia de acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que un hombre razonable e imparcial puede fácilmente reconocer su insuficiencia.³¹

En la jurisprudencia y doctrina internacional se ha entendido, generalmente, que esta descripción se refiere al trato mínimo internacional aplicable a todo tipo de conductas estatales. Sin embargo, dicha declaración fue efectuada para un caso de denegación de justicia por el poder judicial, y solo sería aplicable a una situación similar. En todos los otros casos, en particular respecto de aquéllos referidos a la responsabilidad del Estado por los actos del poder ejecutivo, los elementos de Neer serían circunstancias agravantes, pero no nece-

²⁶ Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 207.

²⁷ Ver *ibíd.*, párrs. 208-210.

²⁸ Ver *ibíd.*, párr. 211.

²⁹ Ver *ibíd.*, párrs. 212-215.

³⁰ Ver *ibíd.*, párrs. 216-217.

³¹ Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones: L. F. H. Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. México, Decisión de fecha 15 de octubre de 1926, párr. 4. Disponible en *Reports of International Arbitral Awards*, 4, (Organización de las Naciones Unidas) 1926, p. 60.

sariamente constituirían el hecho internacionalmente ilícito.³² Es preferible, por tanto, recurrir a la descripción efectuada el mismo año por la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones en Roberts, que habla de un trato “conforme a los estándares normales de civilización”.³³ La mayoría de los casos del derecho internacional de la inversión se vinculan con actos administrativos o legislativos en los cuales la fórmula Neer sería inaplicable.³⁴

RDC optó por seguir a ADF en esto,³⁵ aceptando el carácter evolutivo del derecho internacional consuetudinario reconocido en Mondev,³⁶ que citó la Nota de Interpretación emitida el 2001 por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA (CLC), un órgano compuesto por representantes de las tres partes del tratado y facultado para adoptar declaraciones vinculantes relativas a este.³⁷ En dicha nota, la CLC declaró que el Art. 1105 del NAFTA establece el estándar de trato mínimo a extranjeros que contempla el derecho internacional consuetudinario, y que el TJE de esa disposición no exige un estándar que supere o vaya más allá del exigido por el derecho internacional.³⁸ Mondev y decisiones posteriores en arbitrajes de inversión del NAFTA han aceptado la interpretación de la CLC sin mayor resistencia, reconociendo al mismo tiempo la naturaleza dinámica del estándar internacional.³⁹ En relación al contenido actual del trato mínimo internacional, RDC adoptó expresamente la posición de

32 Ver Paulsson, Jan y Petrochilos, Georgios, “Neer-ly Mised?”, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 22/2, (Oxford University Press) 2007, pp. 242-245 y 247. Paul Neer era el administrador de una mina en el noroeste de México. En 1924, fue asesinado por un grupo de hombres armados. La investigación judicial interna que siguió no fue suficientemente “vigorosa y efectiva”, como reconoció más tarde el gobierno de ese país. No obstante, al aplicar el estándar antes descrito, la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones concluyó que el poder judicial mexicano no había violado el derecho internacional. Ver *ibíd.*, pp. 243-244.

33 Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones: Harry Roberts (EE.UU.) c. México, Decisión de fecha 2 de noviembre de 1926, párr. 15. Disponible en *Reports of International Arbitral Awards*, 4, (Organización de las Naciones Unidas) 1926, p. 77. Ver Paulsson y Petrochilos, *op. cit.*, pp. 245-247 y 253-257. Roberts se relaciona al maltrato en prisión de un nacional de EE.UU. en México. Ver *ibíd.*, p. 246.

34 Ver *ibíd.*, p. 257.

35 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Feliciano, de Mestral y Lamm): ADF Group Inc. c. EE.UU., caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo de fecha 9 de enero de 2003, párr. 179.

36 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Stephen, Crawford y Schwebel): Mondev International Ltd. c. EE.UU., caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de fecha 11 de octubre de 2002, párr. 125.

37 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, *op. cit.*, párr. 218.

38 Disponible en inglés en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=eng> (última visita, 15 de abril de 2013).

39 Ver, por ejemplo, Schreuer, Christoph, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, en *Journal of World Investment & Trade*, 6/3, (Brill Publishers) 2005, p. 363.

Waste Management 2,⁴⁰ similar a la elegida por la Corte Internacional de Justicia en ELSI,⁴¹ que sigue a su vez a Neer: el estándar se infringe por conducta estatal arbitraria, gravemente injusta, discriminatoria o que conlleve una falta tal del debido proceso que su resultado ofenda a la justicia procedimental.⁴²

En la aplicación concreta de dicho estándar de trato mínimo internacional a los hechos del caso, el tribunal se centró en la inexistencia de bilateralidad de la audiencia y la excesiva discrecionalidad en el ejercicio del procedimiento que permitió al Presidente de la República de Guatemala declarar lesivo el contrato con el inversionista extranjero, por ser contrario a los intereses nacionales.⁴³ Para el panel arbitral, el Estado anfitrión actuó de manera contradictoria e incoherente hacia el inversionista extranjero. Su conducta fue, en las palabras de Waste Management 2 que el tribunal cita, “arbitraria y gravemente injusta”.⁴⁴ Por este motivo, el laudo condenó a Guatemala al pago de una indemnización reparatoria del daño provocado a RDC.⁴⁵

Conclusión

La importancia de RDC es más bien anecdótica. Obviamente, para las partes en la controversia el laudo fue relevante. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho internacional de la inversión, vale decir para quienes se dedican académica o profesionalmente a esta área de la disciplina jurídica, RDC no pasa de ser el primer caso resuelto conforme al mecanismo de solución de disputas de inversión del Capítulo 10 del CAFTA-DR. Esto es evidente no solo en las escasas menciones que hace el tribunal a importantes protecciones convencionales como el TJE, el trato nacional y la PSP, sino también respecto del poco innovador razonamiento seguido por el tribunal en torno a las alegaciones de expropiación indirecta ilegal y de violación del trato mínimo internacional. En cuanto al derecho internacional de la expropiación, RDC reitera el principio del efecto privativo de la medida estatal en la propiedad del in-

40 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Crawford, Civiletti y Magallón): Waste Management, Inc. c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo de fecha 30 de abril de 2004, párr. 98.

41 Ver Corte Internacional de Justicia: Elettronica Sicula, S.p.A. (EE.UU. c. Italia), Sentencia de fecha 20 de julio de 1989, párr. 128.

42 Ver Tribunal arbitral caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 219.

43 Ver *ibíd.*, párrs. 220-221 y 233-235.

44 Ver *ibíd.*, párr. 235.

45 Ver *ibíd.*, párrs. 235, 259-281 y 283.

versionista extranjero respectivo, pero no lo vincula con los factores de Penn Central que incluye el CAFTA-DR a través de su Anexo 10-C. RDC sí relaciona el principio del trato mínimo con el derecho internacional consuetudinario, reconociendo el carácter evolutivo de este estándar, aun cuando opta por una definición más apegada al canon tradicional de la protección de los extranjeros en el derecho internacional que a las interpretaciones contemporáneas del derecho internacional de la inversión.

Con todo, este es un laudo que vale la pena tener en consideración, principalmente por el reconocimiento que hace el tribunal sobre la importancia del precedente blando o *de facto* de los arbitrajes de inversión provenientes de TBI y otros TLC. RDC pasa así a formar parte de esta colección de decisiones judiciales, integrando los laudos provenientes del Capítulo 10 del CAFTA-DR al desarrollo jurisprudencial del derecho internacional de la inversión.

RELIGIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PRÁCTICA CONSTITUCIONAL EN EL MEDIO ORIENTE: EL CASO PALESTINO EN CONTEXTO

Por *Emilio Dabed*¹

Resumen

La Ley Fundamental Palestina (Constitución de la Autoridad Palestina) hace referencia al Islam en tres ámbitos: el artículo 4-1 establece que el Islam es la religión oficial de Palestina; el artículo 4-2 consagra “los principios de la Sharia” (ley islámica) como una fuente principal de la legislación; y, por último, el artículo 101-1 establece que los asuntos relativos a la ley islámica y los asuntos de estatuto personal (familia, matrimonio, estado civil y herencia) estarán sujetos a la jurisdicción de los tribunales religiosos de acuerdo con la ley.

La aprobación de estas normas generó temores de una “islamización” de la sociedad, de las instituciones públicas y de la ley. En este artículo sostengo, en cambio, que el reconocimiento constitucional de los principios de la Sharia de acuerdo al tenor del artículo 4-2, la aprobación de la ley de la Corte Constitucional palestina en 2006 y la limitada jurisprudencia constitucional generada hasta ahora habrían, más bien, abierto la puerta a una especie de “estatización” de la Sharia y a la “constitucionalización” de sus principios. Esto último implica básicamente el control por parte del Estado (a través de la Corte Constitucional) de la identificación e interpretación de los principios de la Sharia y su modo de aplicación como una fuente principal de la legislación. A pesar de que esta evolución constitucional podría sugerir un punto de par-

1 Abogado de la Universidad Diego Portales, doctor en Ciencias Políticas del Institut de Sciences Politiques e IREMAM-CNRS (Institut de Recherche et d'Etudes sur le Monde Arabe et Musulman-Centre National de Recherche Scientifique), Aix-en-Provence, Francia. Su tesis doctoral versó sobre el “proceso constitucional palestino”. Actualmente es profesor en el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Al-Quds / Bard College, Jerusalén. Sus últimas investigaciones se centran en la relación entre procesos legales y prácticas discursivas, por un lado, y transformaciones políticas y sociales, subjetividad e identidad, por el otro. Su objetivo es arrojar luz sobre el papel que desempeñan los fenómenos jurídicos en la creación de realidad social y, más generalmente, en cuestiones sociológicas y antropológicas. Correo electrónico: emiliodabed@yahoo.fr.

tida esperanzador, para evaluar su impacto en el caso palestino será necesario esperar por una jurisprudencia más extensa en la materia. Como este artículo explica, la “estatización”/“constitucionalización” de la Sharia y sus principios no garantizan una práctica constitucional necesariamente protectora de los derechos individuales.

Introducción

Las recientes transformaciones políticas en algunos países árabes, que algunos llaman “primavera árabe”, han generado mezclados sentimientos. Al mismo tiempo que se celebra el fin de regímenes caracterizados por décadas de autoritarismo y crónica corrupción, voces se alzan advirtiendo del “peligro” de la llegada al poder de movimientos islamistas, incluso cuando esto ocurre por vías democráticas. Estos temores parecen fundarse en la idea, sistemáticamente propagada, de que el Islam político representa la punta de lanza de una cultura esencialmente hostil al pluralismo político, refractaria a las ideas de libertad y enemiga declarada de la democracia. No obstante que esta representación esencialista no resiste un análisis factual,² un argumento usualmente avanzado para probarla subraya las referencias legales al Islam hechas en las nuevas constituciones de países árabes con regímenes políticos dominados ahora por movimientos islamistas. Estas cláusulas constitucionales son inmediatamente identificadas con una agenda política y social particularmente islamista, y como un intento de islamizar la sociedad, el Estado y sus instituciones. Este artículo intenta aclarar algunos elementos esenciales respecto de este debate: primero, que las referencias constitucionales al Islam no son de ninguna manera el monopolio de agendas políticas islamistas y que, por el contrario, ellas han existido en la mayoría de los textos constitucionales de los regímenes políticos árabes –post independencia– generalmente considerados nacionalistas y “seculares”. La Autoridad Palestina (AP), creada tras los acuerdos de Oslo en 1994, no es una excepción a este respecto. Segundo, que estas referencias constitucionales al Islam, su evolución jurisprudencial y sus consecuencias prácticas, desafían la idea simplificadora de una necesaria

² Afirmar que el Islam político es esencialmente incompatible con formas de organización democráticas supone desconocer un hecho innegable, a saber, que en diferentes lugares y en función de circunstancias particulares, el Islam político ha tomado variadas formas y que no es un fenómeno homogéneo. El hecho es que, en aquellos países en que los movimientos islamistas no se encuentran excluidos del juego político legal, estos movimientos participan activa y legítimamente en los procesos institucionales. Un buen ejemplo de lo anterior, y no el único, es Turquía. Ignorar lo anterior no solo oscurece el análisis, sino que es peligrosamente utilizado para justificar la exclusión y represión de estos movimientos, a menudo mayoritarios, lo que no hace más que radicalizar el paisaje político.

islamización de la sociedad, del Estado y de la ley, impulsada constitucionalmente. A través del caso palestino, su contextualización, y comparación con la jurisprudencia constitucional egipcia a este respecto, intentaré mostrar la complejidad de las prácticas constitucionales que las referencias legales al Islam pueden generar. Al mismo tiempo, esto permitirá, espero, un debate más lúcido y desapasionado en estas materias.

1. El “Estado” y las referencias constitucionales al Islam. La articulación legal de una trilogía no solo oriental: nación-estado-tradición

En general, en los países árabes, el Islam ha adquirido un reconocimiento de carácter legal y constitucional en al menos uno de los cuatro siguientes dominios: como la religión oficial del Estado, como la religión del jefe de Estado, como el marco regulatorio de las cuestiones de “estatuto personal” (familia, matrimonio, estado civil y herencia) o, a través de la declaración de la Sharia, como fuente de la legislación.³

En el caso de Palestina, referencias constitucionales al Islam existen actualmente en los siguientes tres dominios: el artículo 4-1 de la Ley Fundamental (constitución de la Autoridad Palestina) establece el Islam como la religión oficial de Palestina; el artículo 4-2 consagra los principios de la ley islámica como una fuente principal de la legislación; y, por último, el artículo 101-1 establece que los asuntos relativos a la Sharia y a materias de “estatuto personal” (familia, matrimonio, estado civil y herencia) serán conocidos por los tribunales religiosos de acuerdo con la ley. A pesar de que el impacto práctico del artículo 101-1 (sobre la jurisdicción de los tribunales religiosos en materias de estatuto personal) puede ser mucho más visible que la incidencia del artículo 4-2 sobre el reconocimiento constitucional de los principios de la Sharia como fuente de la legislación, el análisis del primero va más allá del alcance de este trabajo. En lo que sigue, daré cuenta principalmente de las implicaciones del artículo 4-2, que declara “los principios de la ley islámica” como una fuente principal de la legislación y que sirve de base al marco general de interpretación y aplicación de la ley islámica y su relación con la ley civil.

El reconocimiento constitucional de la Sharia evolucionó a lo largo del proceso de redacción constitucional palestino: desde la Carta Nacional Palestina (documento fundacional de la Organización para la Liberación de Palestina-

³ Brown, Nathan, *Debating Islam in Post-Baathist Iraq*, (Carnegie Endowment for International Peace) 2005, p. 2.

OLP, 1964), que declara el objetivo de establecer un Estado palestino “no confesional”⁴, hasta la Ley Fundamental palestina aprobada por el Consejo Legislativo Palestino (CLP)⁵ en 1997 y que es objeto de este análisis.

Efectivamente, como en el caso de la Carta Nacional Palestina, en los proyectos constitucionales elaborados por el Comité Jurídico del Consejo Nacional Palestino entre 1993 y 1995⁶ –como consecuencia de los Acuerdos de Paz entre Israel y la OLP (proceso de Oslo)– no se hacía referencia ni al Islam ni a la Sharia.⁷ La primera referencia al Islam y a la Sharia en los textos constitucionales apareció en un proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia de la AP en 1996 y en los borradores preparados por el CLP desde 1996 en adelante. En el primer proyecto de constitución preparado por el Comité Jurídico del CLP, la Sharia era mencionada como “*la fuente principal de la legislación*”. Sin embargo, esta disposición fue modificada inmediatamente en la primera discusión parlamentaria del proyecto, en que “*los principios de la ley islámica*” fueron reconocidos constitucionalmente como “una fuente principal [entre otras] de la legislación”.⁸ En última instancia, en el texto definitivo de la Ley Fundamental palestina aprobado por el CLP el 2 de octubre de 1997, el Islam fue declarado la religión oficial en Palestina (artículo 4-1), los “*principios de la Sharia*” fueron instituidos como “una fuente principal de la legislación” (artículo 4-2) y las cuestiones relativas al estatuto personal fueron entregadas a la jurisdicción de los tribunales religiosos (artículo 92-1 en el texto de 1997, artículo 101-1 del actual texto constitucional).

4 La Carta utiliza la palabra “la-taifiyya” (no confesional) en lugar de “ilmaniyya” (secular). El error es frecuente en el sentido de referir a la Carta como llamando al establecimiento de un Estado palestino laico o secular. Véase, por ejemplo, Carré, Olivier, *Le nationalisme arabe*, (Editions Payot) 1996, pp. 116-128; y *Le mouvement national palestinien*, (Gallimard) 1977, pp. 152-161.

5 Parlamento de la nueva Autoridad Palestina elegido democráticamente en enero de 1996.

6 El Consejo Nacional Palestino (CNP) es el parlamento palestino en exilio y máxima autoridad de la OLP. El Comité Jurídico del CNP era dirigido entonces por el jurista palestino Anis al-Qasem. Al-Qasem participó en la fundación de la OLP en 1964 y en la redacción de la Carta Nacional Palestina. Renunció a sus funciones después de la firma de los acuerdos de paz entre Israel y la OLP entre 1993 y 1995.

7 De acuerdo a Anis al-Qasem, los redactores de los textos solo querían establecer las bases del régimen político y presentar los borradores para discusión popular. Al-Qasem, Anis, entrevista, Londres, noviembre del 2009.

8 Palestinian Legislative Council, second period - first term, *Report on the First and Second Reading*, PLC Records, vol. I, documento 28. Durante el trabajo de terreno de mi doctorado tuve acceso y traduje las actas de los debates en el PLC sobre este y otros temas. Los documentos fueron separados y ordenados en tres volúmenes/períodos: volumen I, 1996-1997, que da cuenta del debate, redacción y aprobación de la Ley Fundamental en el PLC; volumen II, 2002-2003, correspondiente al periodo de promulgación de la Ley Fundamental (2002) y su modificación (2003); volumen III, de 2005, correspondiente a las últimas modificaciones hechas por el CLP a Ley Fundamental.

Al comentar sobre el artículo 4-2 de la Ley Fundamental, Camille Mansour⁹ destaca un punto importante para el análisis de esta norma: el hecho de que el texto reconoce como *una fuente principal* de la legislación a los *principios de la ley islámica* (Sharia) y que esto es “[...] diferente de la consagración de la Sharia como fuente legislativa. Los principios de la Sharia [subraya Mansour] están sometidos a los criterios generales de interpretación y constituyen solo una de las fuentes principales de la legislación, no la única”.¹⁰ Otra cuestión relevante a destacar es que el artículo 4-2 no define quién posee la facultad de determinar e interpretar el contenido de estos principios, ni la naturaleza de la relación entre la ley islámica y la ley civil. Las implicaciones de estos dos puntos y las ambigüedades y omisiones del artículo 4-2 serán tratadas más adelante. En lo que sigue, voy a explicar cómo el CLP llegó a un consenso respecto del contenido del artículo 4-2 de la Ley Fundamental y la probable intención de los legisladores.

2. El Consejo Legislativo Palestino dominado por el movimiento “secular” Fatah y las referencias constitucionales al Islam: Entre convicciones religiosas e instrumentalización política del Islam

En 1996-1997, el CLP alcanzó un rápido acuerdo en relación a las referencias constitucionales al Islam y, específicamente, con respecto al contenido del artículo 4-2 de la Ley Fundamental que consagra los principios de la Sharia como una de las fuentes principales de la legislación. La cuestión del reconocimiento constitucional de la Sharia estaba lejos de ser el centro de los debates parlamentarios, que –como es a menudo el caso en los países que cuentan con una mayoría musulmana, así como en otros lugares del mundo– se centraron más bien en cuestiones políticas, tales como la estructura de distribución del poder entre las distintas autoridades públicas.¹¹ Para algunos,

9 Camille Mansour es un jurista palestino, profesor emérito de la Universidad de la Sorbona, París, y ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Birzeit, Palestina.

10 Mansour, Camille, entrevista, Birzeit, Palestina, diciembre de 2007. Para un estudio comparativo de estos temas en los diferentes proyectos de Ley Fundamental, ver Legrain, Jean-François, “Les projets de constitution palestinienne (1993-2000): L’Islam comme élément de souveraineté”, en *La question de l’Islam et de l’état à l’aube du XXI siècle*, (Firouzeh Nahavandi and Paul Claeys), número spécial de Civilisations (Bruxelles), vol. XLVIII, 1-2, 2000, pp. 121-138.

11 Este fue el caso, por ejemplo, en la redacción de las constituciones afgana e iraquí preparadas bajo ocupación norteamericana. Véase, por ejemplo, los comentarios en este sentido de uno de los expertos que trabajó en ambos procesos, Noah Feldman. Feldman, Noah, *Le constitutionalisme dans le monde musulman. Conversation avec Noah Feldman*, disponible en <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdf/feldmanf.htm> (última visita, 28 de mayo 2012).

el hecho de que un parlamento, cómodamente dominado por Fatah¹² –un movimiento considerado como “secular”–, aprobara un texto constitucional en estos términos puede parecer contraintuitivo. Efectivamente, en el CLP elegido en las primeras elecciones parlamentarias palestinas después de los acuerdos de Oslo, en 1996, no había una representación oficial de Hamas o ningún otro movimiento islamista. Muhammed al-Hourani, ex miembro (Fatah) del CLP,¹³ explica: “Había gente de Hamas que participaron como independientes en las elecciones [de 1996].¹⁴ Pero [de cualquier modo] ellos no eran miembros del Comité Legal del CLP [el órgano redactor de los proyectos constitucionales en el parlamento]. Les preguntamos su opinión [al respecto] y querían que la Sharia fuera la fuente principal de la legislación [... sin embargo] el consenso en el CLP era diferente”.¹⁵

Varias razones pueden ser avanzadas para tratar de explicar esta aparente contradicción entre el declarado carácter “secular” de Fatah y las diferentes formas de reconocimiento constitucional del Islam y la Sharia adoptadas en la Ley Fundamental. Todas ellas problematizan la representación comúnmente dada del paisaje político del Medio Oriente, en general, y palestino en particular, como estando fundamentalmente dividido entre, por una parte, movimientos políticos seculares / progresistas y, por otra, movimientos religiosos / fundamentalistas.

En primer lugar, Fatah nunca ha sido un movimiento monolítico, sino que se trata, más bien, de un conglomerado de diferentes visiones sobre religión, sociedad y política, en el que las posturas conservadoras han sido tradicionalmente fuertes. De hecho, desde su instalación en los territorios palestinos ocupados en 1994, la dirección de la Autoridad Palestina (dominada por Fatah) adoptó una política más bien conservadora en relación a diversos asuntos, en particular algunos que afectan directamente a las mujeres. Esto explica en parte el hecho que los movimientos de mujeres fueran un actor importante en los debates sobre el reconocimiento legal y constitucional del

12 50 diputados –de un total de 88 miembros electos del PLC– pertenecían a Fatah; otros 20 participaron en las elecciones como independientes pero eran cercanos a Fatah; y Azmi Shuaiby, a pesar de estar registrado como Fida, hizo su campaña en Ramallah en la lista de Fatah. Los otros miembros electos tenían diferentes posiciones políticas: 6 islamistas o diputados religiosos, 4 miembros o cercanos al (izquierdista) Frente Popular para la Liberación de Palestina (FPLP) y una sin lazos políticos formales, pero casada con un alcalde Fatah de Gaza.

13 Muhammed al-Hourani, diputado Fatah, fue miembro del Comité Legal del CLP durante el periodo de redacción y aprobación de la Ley Fundamental, entre 1996 y 1997.

14 Cuatro islamistas fueron elegidos como independientes.

15 Al-Hourani, Muhammed, entrevista, Ramallah, Palestina, noviembre de 2008.

Islam y la Sharia. Según Islah Jad,¹⁶ por ejemplo, había muchos signos de conservadurismo en el liderazgo de la OLP [y de la AP] y del impacto potencial del reconocimiento constitucional del Islam y la ley religiosa, que congregaban la oposición de los movimientos de mujeres y organizaciones feministas, a saber: “en primer lugar, el hecho de que no habían mujeres en los comités de redacción constitucional, el hecho de que la nacionalidad palestina de los hijos dependiera solamente de la nacionalidad palestina del padre, y [lo que fuera conocido entre los movimientos sociales y, especialmente, los movimientos de mujeres como] el ‘asunto de la carta de identidad’. En efecto, en 1995 las organizaciones de mujeres tomaron conocimiento de que la nueva Autoridad Palestina estaba preparando documentos de identidad, en los que hasta cuatro mujeres podrían ser identificadas como esposas del titular. Esto provocó una fuerte reacción de organizaciones y movimientos feministas, y la idea, finalmente, fue descartada [...]”.¹⁷

Un rol importante en esta batalla por los derechos de las mujeres fue encarnado por el Comité Técnico de Asuntos de Mujeres, encabezado por Zahira Kamal y al que Jad también perteneció.¹⁸ Este comité era una coalición de movimientos de mujeres que pertenecían a los partidos políticos de la OLP. Fue creado en 1992 con el objetivo de promover y defender los derechos de las mujeres en los ámbitos jurídico y político durante las negociaciones entre Israel y la OLP, y continuó su trabajo después de la firma de los acuerdos de Oslo y la creación de la Autoridad Palestina.¹⁹ Esta coalición combatió algunas de las iniciativas de la AP que consideraba discriminatorias: “Por ejemplo, ellos [la Autoridad Palestina] propusieron regulaciones que exigían que las mujeres que desearan obtener un pasaporte deberían presentar una autorización de sus maridos. En otro caso, quisieron imponer [en general] que las

¹⁶ Islah Jad es politóloga, especialista en cuestiones de género, profesora en el Center for Women Studies en la Universidad de Birzeit, Palestina. Jad ha sido una prominente figura en los movimientos feministas palestinos.

¹⁷ “No era mi intención sugerir [Jad continúa] que el movimiento de mujeres en Palestina estaba adoptando en bloque un feminismo de estilo occidental. Hubo quienes lo adoptaron, WCLAC [Women’s Center for Legal Aid and Counselling] por ejemplo [...] pero también hay movimientos de mujeres que avanzan [una agenda de derechos] desde una perspectiva musulmana y una agenda nacionalista. [Desde este punto de vista] las fuentes de opresión de las mujeres no estaban vinculadas al Islam, si no que más bien a la ocupación (y, por tanto, eran parte de la lucha nacional), a las estructuras socioeconómicas y el conservadurismo patriarcal. Creo que esta es una forma apropiada de feminismo para Palestina.” Jad, Islah, entrevista, Birzeit, octubre de 2007.

¹⁸ Zahira Kamal es una prominente feminista palestina, ex Ministra de la Mujer y Secretaria General del partido político “Palestinian Democratic Union”.

¹⁹ Diana Mubarak, ex directora de Social Affairs Directorate & Mehwar Center, Belén, Palestina. Entrevista, Belén, agosto de 2008.

conductoras de vehículos fueran acompañadas. El Comité Técnico de Asuntos de Mujeres se reunió con los ministros en cuestión y, después de un debate sobre estos temas, las iniciativas en cuestión fueron descartadas. [Además, en 1995] el comité abogó fuertemente por una cuota de mujeres en la ley electoral. [Pero] para las primeras elecciones en 1996, el liderazgo no adoptó esta iniciativa. No creo que se haya debido a las presiones de los grupos islamistas, sino más bien al conservadurismo de la dirección de la Autoridad Palestina. Incluso las mujeres de Fatah estaban en contra del sistema de cuotas para las mujeres. Después de las elecciones y dado el limitado número de mujeres electas, las mujeres de Fatah comenzaron a abogar por una cuota de género. En [la ley electoral que rigió] las elecciones de 2006, la cuota para mujeres fue [finalmente] establecida”.²⁰

Otra explicación de por qué un parlamento dominado por Fatah, un movimiento generalmente descrito por los medios de comunicación como “secular”, aprobó estas disposiciones constitucionales es algo más profana. De acuerdo con algunos comentarios “realizados por los diputados de la época, estas referencias al Islam y la Sharia habrían sido hechas para satisfacer y atraer a una cierta parte de la población palestina tradicionalmente religiosa y a los simpatizantes de movimientos islamistas. Esta es una práctica muy común en el mundo árabe, es decir, la instrumentalización de la religión como fuente de legitimidad del poder político”.²¹ Por ejemplo, durante las celebraciones de Ramadán de 2007, y en medio de la crisis política y la división de la AP entre un gobierno Fatah en Cisjordania y otro Hamas en Gaza, el liderazgo de Fatah decidió crear una especie de “policía moral”. Su objetivo era hacer cumplir algunas normas islámicas y, aparentemente, no tenía otro propósito más que mejorar la percepción pública y el apoyo popular de Fatah en frente de Hamas.

Finalmente, una tercera consideración ha sido avanzada para tratar de explicar por qué el CLP dominado por Fatah aprobó el reconocimiento consti-

20 ad, entrevista, op. cit.

21 Bishara Daud era un prominente hombre público del distrito de Belén, ex diputado independiente del CLP, fallecido en 2011. Daud, Bishara, entrevista, Beit Jala, Palestina, diciembre de 2008. Sobre el uso político del Islam por parte del liderazgo de Fatah y de la Autoridad Palestina, ver Shehada, Nahda, “Gender and Politics in Palestine: Discourse Analysis of the Palestinian Authority & Islamists”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, 11, 3, 2003. Nathan Brown, por ejemplo, muestra cómo similares argumentos y estrategias fueron desplegados durante la redacción de la nueva constitución de Irak en 2005: “la aplicación de la ley islámica atrae el apoyo popular en Irak, al igual que en muchos otros países árabes, pero cualquier intento de traducir el eslogan en realidad plantea cuestiones difíciles [...] ¿Qué interpretación de la ley islámica será vinculante? ¿Cuál es el papel respectivo de los juristas y los parlamentos? Cuando los especialistas jurídicos difieren, como inevitablemente lo hacen en Irak con su población mixta de sunitas y chiitas, ¿qué ley se aplica? ¿Cuál es el papel de la legislación positiva en una sociedad musulmana? Brown, op. cit., p. 1.

tucional del Islam como la religión oficial de Palestina, y la declaración de los principios de la Sharia como una fuente principal de la legislación. Se relaciona con el hecho que la mayoría de los miembros de Fatah son musulmanes, que dentro del movimiento hay un sector religioso y que históricamente los miembros de Fatah han tenido estrechos vínculos con los movimientos islamistas.²² Según el ex miembro del CLP Rafiq al-Natcha,²³ en una sociedad palestina relativamente conservadora, con una gran mayoría musulmana y con un liderazgo que comparte y está comprometido con estos valores, no es de extrañar que el Islam pueda desempeñar un rol institucional y social o que forme parte del marco legal.²⁴ Esta dinámica se vio reforzada por el hecho de que el CLP contaba entre sus miembros a algunos diputados de Fatah que se autoproclaman religiosos,²⁵ y algunos otros estrechamente vinculados con Hamas, pero que participaron en las elecciones (que Hamas boicoteó) a título personal, como independientes.²⁶ De acuerdo con Azmi Shuaiby,²⁷ había cer-

22 Por ejemplo, Abu Iyad, Abu Jihad e incluso Yasser Arafat (todos prominentes líderes de Fatah y de la OLP) –especialmente en etapas tempranas de sus vidas– tuvieron cercanos vínculos con la Hermandad Musulmana. A este respecto, ver Aburish, Saïd, *Arafat. From Defender to Dictator*, (Bloomsbury)1998, pp. 7-33; Carré, op. cit.; para un análisis de las relaciones entre las facciones de la OLP y los movimientos islamistas, ver Legrain, Jean-François, *Vers une Palestine islamique*, (L'Arabisant) 35, 2001, pp. 76-77.

23 Rafiq al-Natcha, es un ex diputado Fatah. Al-Natcha fue miembro del Comité Legal del CLP durante la redacción de la Ley Fundamental.

24 Al-Natcha, Rafiq, entrevista, Ramallah, Palestina, diciembre de 2007. Otro ejemplo del conservadurismo del movimiento Fatah y de la Autoridad Palestina, radica en que, en los proyectos anteriores a los del CLP (entre 1993 y 1995), las disposiciones relativas a los servicios de seguridad establecían que estos eran “creados para el servicio de las personas, la protección de la sociedad y para mantener la seguridad y el orden público”. En la Ley Fundamental aprobada por el CLP en 1997 el objetivo de los servicios de seguridad es “defender el país, servir al pueblo, proteger a la comunidad y mantener el orden público, la seguridad y la moral.” Esta redacción fue adoptada desde la primera lectura y debate del proyecto en el CLP. Palestinian Legislative Council, op. cit.

25 Algunos de ellos participaron en el Comité Legal del CLP. Por ejemplo, cuando le pregunté a Suleiman Abu Snayna acerca de sus convicciones religiosas, respondió que era “un asunto muy personal, [que era] un honor para él ser considerado una persona religiosa [pero que eso] no tiene consecuencias en [sus] posiciones políticas. Pertenecer a Fatah, significa ser una persona muy abierta [...como tal] yo trabajé en el Comité Legal para servir al pueblo sin contradecir lo que creo. Si yo fui favorable al reconocimiento del Islam y la Sharia en el texto constitucional no era con la intención de discriminar a nadie, [sino que con el objeto de] respetar un principio profundamente arraigado en la sociedad palestina”. Suleiman Abu Snayna es un jurista Palestino, profesor de la universidad de Hebrón, diputado Fatah y miembro del Comité Legal del CLP. Abu Snayna, Suleiman, entrevista, Hebrón, Palestina, diciembre de 2007.

26 El movimiento Hamas, sin embargo, había hecho públicas algunas de sus posiciones sobre estos asuntos: “en una conferencia en 1994 Basam Jarrar –un activista cercano de Hamas– advertía en contra de la voluntad de sobrepasar ciertas líneas rojas: por ejemplo, ignorar el reconocimiento de la Sharia en la Ley Fundamental, o la imposición de planes de estudios seculares en la escuela, o el intento de las autoridades de controlar las mezquitas. Además, Jarrar exigió el establecimiento del Islam como la religión del Estado”. Jad, entrevista, op. cit.

27 Azmi Shuaiby, es un ex diputado, primero miembro del movimiento de izquierda Frente Democrático por la Liberación de la Palestina (DFLP). Más tarde, Shuaiby se separó del Frente Democrático para

ca de quince diputados religiosos en el CLP. Además, muchos de los oficiales de Fatah “crecieron y se educaron en los países árabes vecinos con regímenes políticos en los que el Islam y la Sharia cuentan con reconocimiento constitucional en varias formas”.²⁸

Los diputados islamistas y los religiosos de Fatah estaban preocupados por una serie de problemas con respecto al proceso de redacción de la constitución: uno de ellos era el rol y el lugar de la religión en las nuevas estructuras institucionales. Algunos apoyaron la idea del reconocimiento de la Sharia como la única fuente de legislación, mientras que otros preferían la idea de la ley islámica como una (entre otras) de las fuentes principales de la legislación.²⁹ Por otro lado, estaban los diputados de izquierda que no querían ninguna mención del Islam y la Sharia en la Ley Fundamental por temor del impacto que esto podría tener sobre el desarrollo legal e institucional de la Autoridad Palestina y, especialmente, en materia de derechos humanos.³⁰ En un principio, la mayoría de los diputados de Fatah guardaron silencio durante las discusiones parlamentarias sobre este asunto, cediendo la palabra a este respecto a los diputados religiosos y de izquierda. Más tarde, durante los debates, algunos diputados de Fatah se unieron a la idea del reconocimiento constitucional de la Sharia, mientras que, al mismo tiempo, demandaban matizar el alcance de la norma. Suleiman Abu Snayna, por ejemplo, estaba a favor de la introducción de la ley islámica en el texto y de su reconocimiento *como una de las fuentes de la ley*.³¹ Al término del debate, los diputados alcanzaron un compromiso entre las dos posiciones extremas: *los principios de la Sharia* serían reconocidos como *una de las fuentes principales de la legislación*.³² La decisión provocó preocupación entre varios grupos, especialmente algunas instituciones cristianas y movimientos de mujeres.³³ Según Bishara Daud, ex miembro del CLP, las preocupaciones

formar otro movimiento político, FIDA, con el propósito de participar en la nueva Autoridad Palestina que su antiguo partido rechazaba. Shuaiby fue miembro del Comité Legal del CLP.

28 Shuaiby, Azmi, entrevista, Ramallah, Palestina, diciembre de 2007.

29 Abu Snayna, entrevista, op. cit.

30 La consagración de la Sharia en el texto constitucional provocó una fuerte reacción de la parte de los movimientos de mujeres que organizaron una activa oposición a esta cláusula. Jad, entrevista, op. cit.

31 Abu Snayna, entrevista, op. cit.

32 Shuaiby, entrevista, op. cit.

33 En el contexto de la presentación de un proyecto de constitución definitiva para el Estado de Palestina en 2003, Sabeel Center, una organización cristiana, resumió las objeciones entre palestinos y cristianos. Sabeel puso de relieve algunas de las disposiciones del proyecto de Constitución que en su opinión podrían afectar a la comunidad cristiana y, por lo tanto, también la unidad del pueblo palestino.

de estos grupos se pueden resumir como el miedo a la “islamización de la ley, la sociedad y el Estado” y su potencial impacto en los derechos de minorías y derechos individuales en general.³⁴

3. Las implicaciones prácticas del reconocimiento constitucional del Islam: ¿Islamización de la sociedad y el Estado o “nacionalización” del Islam y “constitucionalización” de la Sharia?

Un primer comentario general sobre las disposiciones de los artículos 4-1, 4-2 y 101-1 de la Ley Fundamental es que normas similares existen en diferentes formas en casi todas las constituciones de los países árabes y otros de mayoría musulmana.³⁵ Incluso en países cuyos textos constitucionales fueron redactados bajo ocupación norteamericana, a saber, Afganistán e Irak, los respectivos marcos legales / constitucionales hacen referencia a la ley islámica como fuente de legislación. En el caso de Afganistán, el poder constituyente eligió

Letter and Memorandum from Sabeel Center (Al-Sabyl - Eucumenical Liberation Theological Center) to Ahmed Qurya –the Speaker of the PLC– on 28th of February 2003 Regarding the Drafting of the Palestinian Constitution. PLC Records, op. cit. Sabeel objetaba, por ejemplo, el artículo 6, que hacía del Islam la religión oficial del Estado. ¿Qué significaba que el Islam fuera la única religión oficial del Estado? ¿Significaba esto que los cristianos podrían tener un papel importante en el Estado? ¿Qué significaba que un Estado cuya religión oficial era el Islam supervisara los planes de estudios de otros centros privados de educación religiosa? ¿En qué medida estos centros educativos privados (ya sean cristianos o seculares) podrían ejercer la libertad de desarrollar y enseñar sus propios planes de estudio? Sabeel propuso la supresión del artículo 6 y su sustitución por una disposición que definiera al Islam como la religión de la mayoría de los palestinos y que al mismo tiempo señalara que Palestina era la tierra de tres religiones, y que sus seguidores tenían derecho a la igualdad de derechos políticos y civiles. También expresaron su preocupación con respecto al artículo 7, que estableció los principios de la Sharia como una fuente principal de la legislación: ¿cómo podría la ley islámica ser la fuente del derecho civil que se aplicaría a todos los ciudadanos, los musulmanes y los cristianos? ¿La interpretación de estos principios sería dejada en manos de los clérigos e imanes, en lugar de entregarla a los representantes del pueblo palestino? ¿Estas normas implicarían la aplicación estricta de normas y castigos islámicos, como la amputación de miembros del ladrón, la lapidación de la adúltera, la obligación de las mujeres de portar el velo y la restricción para construir nuevas iglesias? ¿Cómo se podía estar seguro de que nuevas autoridades palestinas no promoverían la aplicación de dichas normas en cualquier momento en el futuro? El documento termina proponiendo la separación entre el Estado y la religión.

Otro grupo que ejerció presiones en este sentido fue el Comité Técnico de Asuntos de Mujeres. En abril de 1998, el Women’s Center for Legal Aid and Counselling (WCLAC) organizó un “Parlamento Modelo” para discutir las cuestiones de género en el ámbito legislativo, centrándose en la legislación del estado civil y la promoción de la reforma de la legislación basada en la Sharia, que consideraba discriminatorias contra las mujeres. Según Islah Jad, “dentro del movimiento de mujeres, el conflicto no debe ser abordado desde el punto de vista de la escisión entre secularismo e islamismo, ya que, en efecto, hubo un relativo consenso entre los movimientos de mujeres islamistas y seculares en cuanto a la necesidad de luchar contra la opresión de género y la discriminación. La diferencia era que los grupos de mujeres islamistas no vinculaban la opresión de género necesariamente con el Islam, sino más bien con la tradición. El hecho es que, en las instancias de toma de decisiones de Hamas, por ejemplo, hay muchas más mujeres que en la OLP y sus facciones”. Jad, entrevista, op. cit.

34 Daud, entrevista, op. cit.

35 Por ejemplo, la Sharia es la fuente principal de la legislación en Baréin (artículo 2), Emiratos Árabes Unidos (artículo 7), Kuwait (artículo 2) y Siria (artículo 3). La Sharia, la jurisprudencia islámica o los principios de la Sharia son la fuente principal de la legislación en Egipto (artículo 2) y Sudán (artículo 9).

un camino diferente para articular la relación entre la ley islámica y la ley estatal al prescribir que una ley aprobada por el pueblo no puede ser contraria al Islam, y atribuye a la Corte Constitucional la facultad de decidir si una ley viola los valores islámicos.³⁶ En el caso de la Constitución iraquí de 2005, el Islam fue consagrado como “una fuente básica de legislación”, lo que, en opinión de Nathan Brown, fue un compromiso entre la posición de aquellos que querían ver al Islam como “una fuente” y los que quería que fuera “la fuente” de la legislación.³⁷

En segundo lugar, la adopción de estas disposiciones en la Ley Fundamental no ha conducido realmente a la “islamización” de las instituciones palestinas, ni tampoco dio a las autoridades religiosas un papel público, político o legal más importante que el que ya tenían anteriormente. Un adecuado análisis de las implicaciones del artículo 101-1 está más allá del alcance de este artículo, pero vale la pena señalar que, junto con establecer que las cuestiones relativas al estatuto personal quedarán sometidas a la jurisdicción de las cortes religiosas, esta cláusula establece que esta jurisdicción debe ser ejercida “en conformidad con la ley”, lo que en términos prácticos podría significar, más bien, la subordinación de la ley religiosa a la ley estatal.

Con respecto al artículo 4-2, que instituye los principios de la ley islámica como una fuente principal de la legislación, algunos comentarios complementarios son necesarios. En primer lugar, la referencia a los principios de la ley islámica, en lugar de solo a la Sharia o ley islámica, fue una decisión deliberada del legislador. Según Camille Mansour, el tenor de la norma implicaría una aplicación menos estricta de la ley islámica, permitiendo al mismo tiempo un control, ya sea parlamentario o judicial, de la interpretación y aplicación de tales principios.³⁸ En segundo lugar, la Ley Fundamental no determinó la autoridad llamada a definir el contenido de los principios de la Sharia y su interpretación, o cuál sería la relación o forma de articulación entre la ley islámica y la ley del “Estado”. Una de las consecuencias prácticas del tenor de esta norma y sus omisiones es que entrega al juez civil un amplio margen de apreciación al recurrir a la Sharia, en general, como un conjunto complementario de prin-

36 Feldman, op. cit.

37 Brown, Natahn J., *The Final Draft of the Iraqi Constitution: Analysis and Commentary*, Sept. 16, 2005, Carnegie Endowment for International Peace website, p. 3, disponible en <http://carnegieendowment.org/2005/09/13/final-draft-of-iraqi-constitution-analysis-and-commentary/4okf>, (última visita, 18 de septiembre 2010).

38 Mansour, entrevista, op. cit.

cipios.³⁹ En palabras del juez Eyad Tayam: “Cuando no encuentro una norma aplicable en nuestro derecho civil [...], recurro a la Sharia en su tradición Hanafi. Si no encuentro la solución dentro de la escuela Hannafi, puedo recurrir a otra escuela. La ley islámica es una de las fuentes principales del derecho civil, por lo que funciona como un marco general. Cuando no se encuentra una solución en la ley especial, vuelvo a los principios generales para dar una solución. El juez decide por sí mismo qué principio de la Sharia se ha de aplicar y si la solución dada respeta este principio. La decisión puede ser revisada por los tribunales superiores”.⁴⁰ En tercer lugar, las omisiones del artículo 4-2 mencionadas precedentemente han permitido al juez constitucional de la Autoridad Palestina atribuirse la facultad de determinar estos principios y su interpretación, y de definir la relación entre ley islámica y ley del “Estado”. De acuerdo con Asem Khalil,⁴¹ en lugar de “islamizar” la ley y las instituciones políticas, el artículo 4-2 de la Ley Fundamental puede haber abierto la puerta a una suerte de “estatización” del Islam y a una “constitucionalización” de los principios de la ley islámica.⁴² Aunque la jurisprudencia constitucional palestina en estas materias es extremadamente limitada,⁴³ se podría afirmar que algo de esto ha ocurrido en realidad, como se explica a continuación.

4. La Corte Constitucional palestina y el Islam: ¿Descuido judicial o voluntad expresa? Trabajando con la ambigüedad

Después de la promulgación de la Ley de la Corte Constitucional palestina el 13 de febrero de 2006, los habitantes de Cisjordania han recurrido progresivamente a la jurisdicción constitucional con el objeto de impugnar las decisiones de las autoridades públicas que, en su opinión, podrían constituir una violación de sus derechos individuales. El 14 de julio de 2010, un matrimonio de la ciudad de Nablus, Cisjordania, se presentó ante la Corte Suprema palestina, que hasta la creación efectiva de la Corte Constitucional es llamada a decidir sobre cuestiones de constitucionalidad de los actos de las autorida-

39 Khader, Jalal, abogado palestino, entrevista, Ramallah, Palestina, julio de 2009.

40 Eyad, Tayam, magistrado, entrevista, Hebrón, Palestina, diciembre de 2007. Ver también Bisharat, George, *Palestinian Lawyers and Israeli Rule: Law and Disorder in the West Bank*, (University of Texas Press) 1989; Kassim, Anis, “Legal Systems and Developments in Palestine”, *The Palestinian Yearbook of International Law*, Vol. I, 1984, pp. 19-35.

41 Asem Khalil es un jurista palestino, profesor de derecho, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Birzeit, Palestina.

42 Khalil, Asem, entrevista, Birzeit, Palestina, septiembre de 2006.

43 Habiendo hasta ahora solo una sentencia a este respecto, que es analizada en este artículo.

des. La acción constitucional fue dirigida contra el fiscal de la jurisdicción norte de Cisjordania y la sentencia de la Corte Religiosa de la ciudad de Attil que decidió disolver su contrato de matrimonio sobre la base de una declaración de apostasía.⁴⁴ Los argumentos de los demandantes se basaban “en la violación de la Ley Fundamental por la decisión de la Corte Religiosa”. En su opinión, la sentencia violaba varios artículos de la Ley Fundamental (en su última versión de 2003): “[...] El artículo 9, que afirma que los palestinos son iguales ante la ley y el poder judicial, sin distinción de raza, sexo, color, religión, opiniones políticas o discapacidad [...] El artículo 10, que protege los derechos individuales establecidos por la constitución⁴⁵ [...] El artículo 18, que garantiza la libertad de creencia y de culto [... y] el artículo 19, que establece la libertad de opinión y de expresión”.⁴⁶ Por estas razones, los demandantes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la decisión del tribunal religioso que disolvía su matrimonio.

Desafortunadamente, la Corte Suprema –actuando como Corte Constitucional– aceptó una objeción de procedimiento presentada por los demandados (nulidad del litigio porque los peticionarios no habían litigado contra el Gobierno, lo que es requerido por la ley en tales casos), y rechazó el recurso de inconstitucionalidad sin tomar una decisión sobre el contenido sustancial de la acción.⁴⁷ Otra razón dada por el tribunal para desestimar la acción era que “el abogado de los objetores y el Ministerio Público estaban de acuerdo en que la decisión de anular el contrato matrimonial fundada en apostasía,

44 Palestinian High Constitutional Court, *Constitutional Objection 3-2010*, Ramallah, 14 de marzo de 2011. El documento se encuentra en poder del autor. Tuve acceso a la mayoría de las decisiones de la Corte Suprema actuando como Corte Constitucional desde la promulgación de la ley de la Corte Constitucional; hasta ahora, este es el único caso en esta materia. La decisión impugnada se basaba en el hecho de que el marido en cuestión pertenecía a una secta del Islam considerada herética, lo que hacía de él, de acuerdo con la sentencia, un apóstata. El argumento del fiscal y de la corte religiosa para solicitar y declarar la nulidad del matrimonio era, precisamente, que de acuerdo con la ley islámica el matrimonio de una mujer musulmana con un apóstata es nulo.

45 El artículo 10 de la Ley Fundamental reza: “1. Los derechos humanos básicos y las libertades serán vinculantes y respetadas. 2. La Autoridad Nacional Palestina trabajará sin demora para ratificar las declaraciones regionales e internacionales y los convenios que protegen los derechos”.

46 *Constitutional Objection 3-2010*, op. cit., pp. 1-2.

47 A este respecto, la corte dictaminó lo siguiente: “Después del examen y deliberación, y en vista del motivo invocado por el Ministerio Público en relación a la nulidad del litigio debido a la falta de notificación del Gobierno, de acuerdo con la dispuesto en el artículo 32 de la Ley de la Corte Constitucional, que considera un requisito de procedimiento de la acción constitucional la notificación del gobierno [...] esta objeción carece de los requisitos necesarios y debe ser rechazada. La decisión fue leída en público en nombre del pueblo árabe palestino, [...] 14 de marzo de 2011”. *Ibíd.*, pp. 2-3. Evitar un pronunciamiento sobre el fondo de las acciones constitucionales (a menudo justificado por errores de procedimiento) se convirtió en una práctica sistemática de la Corte Suprema, que ha sido, voluntaria o involuntariamente, incapaz de ejercer un control efectivo de los actos de la Autoridad Palestina.

había sido revocada por la Corte de Apelaciones religiosa”⁴⁸ y, por lo tanto, el interés directo, que es un requisito de la acción de inconstitucionalidad, ya no existía.

A pesar de que el tribunal no se pronunció sobre el aspecto sustancial de la acción de inconstitucionalidad y, por tanto, la facultad de la corte de ejercer un control constitucional de las decisiones de los tribunales religiosos y la aplicación de los principios de la ley islámica no fue explícitamente establecida, dos importantes puntos son dignos de mención. En primer lugar, los demandados objetaron expresamente la posibilidad de que individuos puedan recurrir directamente a la jurisdicción constitucional en contra de las decisiones de los tribunales religiosos y otras autoridades. En opinión de la defensa, la Corte Constitucional carece de jurisdicción en estas materias y, por lo tanto, se solicitaba la declaración de incompetencia del tribunal para decidir en este caso. En segundo lugar, pese a la excepción de incompetencia formalmente presentada por los demandados, en su decisión, la Corte no solo no deliberó sobre una potencial falta de jurisdicción, sino que ni siquiera se refirió a la excepción de incompetencia. Los jueces constitucionales se limitaron a rechazar la acción a la luz de los defectos procesales referidos anteriormente. Ahora bien, de acuerdo a las normas procesales palestinas vigentes, la competencia del tribunal es una condición de admisibilidad de la acción. Por tanto, si el juez constitucional hubiese tenido alguna duda respecto de su competencia, habría tenido que decidir sobre esta cuestión primero y, en caso de considerar correcta y acoger la alegación de falta de jurisdicción, debería haberse limitado a declarar la incompetencia del tribunal, sin pronunciarse sobre ningún otro aspecto del caso. Sin embargo, y como se ha explicado, la corte no siguió este curso de acción.

Mi argumento, por tanto, es que tres importantes conclusiones pueden ser derivadas de esta jurisprudencia en relación a la definición, interpretación y aplicación de los principios de la Sharia como una fuente principal de la legislación y su relación con la ley “estatal”. En primer lugar, el razonamiento de la corte acepta tácitamente el principio de que las actividades de los tribunales religiosos y la interpretación y aplicación de los principios de la Sharia se encuentran sometidos (como los actos de las otras autoridades públicas) al control constitucional de la corte, con el propósito de verificar su conformidad con la Ley Fundamental. En segundo lugar, los individuos

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 2.

pueden recurrir directamente a la Corte Constitucional con el propósito de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de actos de autoridad que constituyan una violación de sus derechos individuales. Esto incluye los actos de la autoridad judicial y la aplicación de los principios de la Sharia. En tercer lugar, en última instancia es la autoridad civil –a través de la Corte constitucional– y no la autoridad religiosa la que posee la facultad de definir y de interpretar los principios de la Sharia aplicables como una fuente principal de la legislación.

Si en el futuro la Corte Constitucional confirmara expresamente y desarrollara este principio, en lugar de una “islamización” de las instituciones de la Autoridad Palestina y de la ley, las implicaciones del artículo 4-2 de la Ley Fundamental podrían conducir más bien a una especie de “estatización” del Islam y a una “constitucionalización” de los principios de la Sharia, como lo sugiriera anteriormente Asem Khalil. La aplicación e interpretación de la ley religiosa –en asuntos de justicia pública al menos– estarían supeditadas a la ley de la AP y, en última instancia, a los imperativos de la Ley Fundamental. La autoridad civil tendría una facultad clara de ejercer un control constitucional y público de la interpretación y aplicación de los principios de la Sharia como fuente principal de la legislación. Esto equivaldría no solo a una definición de la relación entre la ley religiosa y la ley de la AP, sino que también a la determinación de la articulación entre dos visiones del mundo. Sin embargo, como las experiencias en otros países árabes muestran, el impacto que esta evolución podría tener sobre el ejercicio y respeto de derechos individuales es incierto. En lo que sigue me referiré a esta cuestión.

5. Un ejemplo comparativo de las implicaciones de la “estatización” del Islam y la “constitucionalización” de la Sharia: El caso de Egipto

En Egipto, la aparentemente progresiva jurisprudencia constitucional –que reconoce y consolida el principio de la sujeción de la aplicación pública de la Sharia al control constitucional por parte del Estado a través de la Corte constitucional– ha producido decisiones a menudo contradictorias con ciertos derechos individuales constitucionalmente reconocidos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional egipcia en un paradigmático caso conocido como la “batalla del velo”, entre 1994 y 1996, constituye un buen ejemplo.⁴⁹ Según

49 Para un análisis más detallado de las relaciones entre ley estatal y la Sharia en Egipto ver Botiveau, Bernard, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes: Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, (Editions Karthala) 1993; Bälz, Kilian, “La reconstruction séculière du droit islamique: La Haute Cour

Bälz, en el conflicto –iniciado en 1994 por un decreto ministerial que prohibió el uso del niqab (velo que cubre el rostro de la mujer) en la escuela– no solo se enfrentaron dos visiones del mundo en la sociedad egipcia, sino que, al mismo tiempo, la corte resolvió el debate sobre la facultad de determinar la relación entre la Sharia y la ley estatal.⁵⁰ El decreto ministerial fue legalmente impugnado por los padres de algunas estudiantes (que habían sido excluidas de la escuela por usar el niqab) con el apoyo de juristas asociados a los movimientos islámicos. Los demandantes solicitaban la declaración de inconstitucionalidad del decreto porque, en su opinión, contradecía el artículo 2 de la Constitución egipcia. Este artículo había sido originalmente introducido en el texto constitucional egipcio de 1971, prescribiendo que la ley islámica constituía *una fuente principal* de la legislación. En 1980, el artículo fue modificado para hacer de la ley islámica *la fuente principal* de la legislación.

La reforma, que a primera vista parecía indicar una creciente “islamización” de la sociedad, del Estado y de la ley, produjo un resultado jurisprudencial y una práctica constitucional compleja que, en lo que sigue, trataré de resumir. Según Bernard-Maugiron, en este caso la Corte Constitucional egipcia elaboró una jurisprudencia que establece una distinción básica entre, por un lado, los principios “universales”, “absolutos” e “inmutables” de la Sharia, y sus normas “relativas”, por el otro. Los primeros, de acuerdo con la decisión de la Corte Constitucional, tienen un carácter esencialmente permanente y no admiten cambios, mientras que las normas o principios relativos de la ley islámica pueden evolucionar en función del tiempo y el lugar, y, por lo tanto, pueden ser objeto de ijtihad (razonamiento interpretativo independiente de las fuentes divinas). Dentro de este marco, el resguardo del honor de las mujeres y su protección contra la “decadencia” y la “vulgaridad” constituirían un principio “absoluto” e “inmutable” que no admite cambios, pero la configuración actual de la vestimenta requerida para satisfacer este principio es una norma relativa que queda sujeta a interpretación.⁵¹ El procedimiento terminó con una decisión del tribunal confirmando, sobre estas bases, la

Constitutionnelle égyptienne et la ‘bataille du voile dans les écoles publiques’”, *Droit et Société*, 39, 1998, pp. 277-291; Bernard-Maugiron, Nathalie, *Le politique à l'épreuve du judiciaire: La justice constitutionnelle en Egypte*, (Cedej-Bruylant) 2003, pp. 349-381; Hatem, Mervat, “The Enduring Alliance of Nationalism and Patriarchy in Muslim Personal Status Law: The Case of Modern Egypt”, *Feminist Issues*, vol. 6, 1986, pp. 19-43; Dupret, Baudouin, “A propos de la constitutionnalité de la shara: Présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 (14 Shawwl 1414) de la Haute Cour Constitutionnelle (al-mahkama al-dustriyya al-uly) égyptienne”, *Islamic Law and Society*, vol. 4, 1, 1997, pp. 91-113.

50 Bälz, op. cit.

51 Bernard-Maugiron, op. cit.

constitucionalidad del decreto ministerial impugnado. De la misma manera, de acuerdo con Bälz, la corte decidió respecto de dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, sobre la naturaleza interpretativa de los contornos de la concepción de la identidad islámica y su articulación por el Estado; en segundo lugar, el juez constitucional decidió sobre la relación entre la ley islámica y la ley del Estado egipcio. La sentencia, en vez de “islamizar” el derecho positivo, consolida más bien la idea de una “nacionalización” del Islam y la “constitucionalización” de la ley islámica, esto es, su sometimiento al control del Estado a través de la Corte constitucional.⁵²

Conclusiones

En el caso de Palestina, el reconocimiento constitucional del Islam como la religión oficial del Estado y los principios de la ley islámica como una fuente principal de legislación no ha implicado ningún cambio visible o relevante en las prácticas políticas, sociales o legales. Ello se dio incluso después de 2006, con el nuevo gobierno de Hamas, que no dio signos importantes de querer avanzar una agenda particular orientada hacia una «islamización» de la sociedad. Ilan Halevy, miembro de Fatah y de la OLP de origen judío, cree que ese fue el «resultado de una estrategia política consciente que refleja la relación de fuerzas en oposición dentro de Hamas. En cualquier caso [continúa Halevy], entre la politización de Hamas y el extremo conformismo social de Fatah, no hay una diferencia importante en la actualidad, sobre todo teniendo en cuenta la última [después de 2006] islamización del discurso de Fatah como una herramienta de movilización política».⁵³

En efecto, a pesar del uso cada vez mayor de referencias religiosas con fines políticos, lo cierto es que la autonomía comunitaria en materias de estatuto personal continuó, como antes, informando la práctica del derecho de familia,⁵⁴ los matrimonios intercomunitarios siguen siendo extremadamente raros, y el proselitismo religioso es casi inexistente. Sin embargo, la relevancia social de vínculos primordiales (en este caso, religiosos) hace decir a Halevy que “la relación no mediada entre el individuo y el Estado no existe todavía [en Palestina]. Estamos en una sociedad donde existen marcos intermedios de socialización entre el individuo y el Estado. Esto se reconoce

⁵² Bälz, op. cit., p. 8.

⁵³ Halevy, Ilan, entrevista, Ramallah, Palestina, agosto de 2006.

⁵⁴ Tribunales religiosos autónomos para cada comunidad religiosa tienen jurisdicción sobre los asuntos relacionados con el estado civil, matrimonio, familia, herencia y otros.

institucionalmente mediante la asignación de cuotas en el Parlamento para [ciertas] minorías. En la ley electoral, por ejemplo, existen cuotas para los cristianos y samaritanos”.⁵⁵ La sugerencia de Halevy en el sentido de que la división confesional también informa la acción política, debe ser reevaluada a la luz de dos hechos. Primero, la cuota para cristianos en la ley electoral no parece responder a la idea de que el régimen político debe operar dentro del marco de las divisiones confesionales sino, más bien, a la preocupación de asegurar la representación política de un grupo minoritario de la sociedad palestina, pero que ha jugado un papel importante en el movimiento nacional, en la lucha por la liberación y en la sociedad palestina en general. Segundo, en las elecciones de 2006, una parte importante de la comunidad cristiana votó por Hamas y muchos candidatos cristianos fueron pública y oficialmente apoyados por Hamas. Lo anterior representa un ejemplo de que no es la pertenencia religiosa la que determina las estrategias políticas, y de cómo las prácticas sociales y políticas de los actores palestinos sobrepasan vínculos supuestamente “esenciales”.⁵⁶

En términos legales, el reconocimiento constitucional del Islam y la Sharia, la aprobación de la ley de la Corte Constitucional y la jurisprudencia constitucional aquí analizada, han abierto la puerta a la “constitucionalización” y al control estatal de los principios de la Sharia, en lugar de facilitar la islamización de las instituciones públicas y la ley, como algunos temían. Sin embargo –y no obstante que esta evolución puede sugerir un punto de partida esperanzador para las posibilidades de un control público y democrático de la aplicación de la ley religiosa en la sociedad palestina–, para determinar el impacto real de esta doctrina habrá que esperar a la aparición de una jurisprudencia legal y constitucional más amplia sobre el tema. En efecto, la “estatización” de la Sharia o la “constitucionalización” de sus principios –como ha ocurrido en Egipto– no implican necesariamente el abandono de interpretaciones estrictas de la ley islámica por parte de los tribunales, o una jurisprudencia más protectora de los derechos constitucionales. Con preocupante frecuencia, los procedimientos legales han sido utilizados para

55 Halevy, entrevista, op. cit. En efecto, la ley electoral de 1995 dio 6 escaños en el parlamento a la comunidad cristiana, que constituye más de cuatro veces lo que esta comunidad representa en términos demográficos. Hay otro asiento reservado a la comunidad samaritana, que cuenta con solo 180 electores.

56 Para un análisis de las alianzas entre “islamistas” y “seculares” y la apropiación mutua de categorías de discurso, vocabulario, estrategias y el paso de un movimiento a otro, ver Dot Pouillard, Nicola, *Un Islamisme ouvert sur sa gauche: L'émergence d'un nouveau tiers-mondisme arabe*, Mouvements, des idées et des luttes website, 2007, disponible en <http://www.mouvements.asso.fr/spip.php?article127>.

promover interpretaciones ortodoxas de la Sharia que, en algunos casos, han implicado una instrumentalización de la ley estatal y de la ley islámica con el objeto de restringir de manera abusiva el ejercicio de derechos individuales.⁵⁷

57 Ver por ejemplo Bälz, Kilian, "Submitting Faith to Judicial Scrutiny Through the Family Trial: The Abû Zayd Case", *Die Welt des Islams*, vol. 37, 2, 1997, p. 135-155. En este trabajo, Bälz analiza un caso presentado ante los tribunales en Egipto en relación con un recurso dirigido a obtener la disolución del matrimonio de dos ciudadanos egipcios, basado en el hecho de que el marido –cuyo trabajo académico de análisis textual de los textos religiosos musulmanes fue considerado como hereje– era, en opinión de los demandantes, un apóstata. Dado que, de acuerdo a la ley islámica, el matrimonio de una mujer musulmana con un apóstata es nulo, la disolución del matrimonio fue demandada sobre esta base. En 1996, la Corte de Casación de Egipto –la más alta instancia en materia civil– confirmó la decisión del tribunal de apelación de El Cairo, por la cual se decidió la nulidad del matrimonio en cuestión. En esta sentencia los tribunales se han arrogado el poder legal de juzgar el trabajo académico de un individuo como herético y, de este modo, justificar la declaración de apostasía. Bälz muestra cómo este proceso judicial fue instrumentalizado para –indirectamente– limitar otros derechos establecidos en la Constitución de Egipto, tales como la libertad de expresión, la libertad de creencia, y la protección del derecho a la libertad de investigación científica y la invención literaria, artística y cultural. Además, según Maurits Berger, a pesar de algunas diferencias importantes entre este caso (Abu Zayd) y otras decisiones precedentes, el razonamiento de la corte no es en nada excepcional y es perfectamente coherente con la jurisprudencia preexistente en la materia. Berger, Maurits, "Apostasy and Public Policy in Contemporary Egypt: An Evaluation of Recent Cases from Egypt's Highest Courts", *Human Rights Quarterly*, 2003, 25, 3, pp. 720-740.

LAS REFORMAS RECIENTES AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

*Felipe González Morales*¹

Resumen

El artículo describe los principales aspectos del debate y el proceso de reforma que ha tenido lugar en los últimos años en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En marzo de 2013, la CIDH adoptó un conjunto de modificaciones a su Reglamento, sus políticas y prácticas, que abordan una serie de materias que habían sido objeto de la discusión de los Estados de la OEA y de la sociedad civil.

Entre tales aspectos se cuentan el monitoreo de países por la Comisión, las medidas cautelares, el sistema de casos – incluyendo el mecanismo de soluciones amistosas-, la universalización, las relatorías temáticas, las labores de promoción, el financiamiento, la implementación de las decisiones y la autonomía de la CIDH.

El trabajo pone énfasis, por último, en la importancia de que sean los propios órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano (la Comisión y la Corte) quienes emprendan sus reformas, siguiendo la práctica histórica, de manera de asegurar que los cambios conduzcan al fortalecimiento de dicho sistema.

Introducción

A partir de 2011 se produjo un intenso debate acerca de potenciales reformas al sistema interamericano de derechos humanos, con especial referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), incluyendo una

¹ Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Diego Portales; Comisionado y ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones expresadas en este artículo son formuladas a título personal y no representan a las mencionadas instituciones.

revisión de sus principales funciones y de los alcances y regulación de estas; algunas de las propuestas significarían un replanteamiento completo del papel de la Comisión. El debate surgió desde los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA), extendiéndose posteriormente a la propia Comisión, a la sociedad civil y al interior de los Estados. El procedimiento a seguir para nombrar a un nuevo Secretario Ejecutivo de la Comisión, así como las medidas cautelares adoptadas por esta en relación con la represa de Bello Monte (Brasil) y de los periodistas del diario El Universo (Ecuador), fueron elementos determinantes en el origen y características de este debate.²

La discusión sobre reformas al sistema interamericano no es nueva, pero la intensidad del debate reciente y el protagonismo desempeñado en él por los órganos políticos de la OEA poseen escasos precedentes. Esta discusión ha sido recurrente a lo largo de la historia del sistema. Este ha experimentado permanentes transformaciones desde sus inicios, en las cuales la Comisión y la Corte han desempeñado un papel central.

En algunos momentos, órganos políticos han hecho propuestas para una reformulación completa del rol de la CIDH. La más reciente de ellas tuvo lugar en los años noventa del siglo pasado, cuando un conjunto de Estados, encabezado por Perú –entonces bajo la presidencia de Alberto Fujimori–, respaldó un planteamiento en tal sentido. Esas iniciativas no llegaron a concretarse y

2 Entre los documentos más relevantes al respecto se cuentan los siguientes: 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 (Adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión del 13 de diciembre de 2011) GT/SIDH 13/11 rev. 2; Grupo de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Estatuto, con miras a lograr el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos, Informe del 25 de enero de 2012 (CP/doc.4675/12; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, 8 de abril 2012; AG/RES. 2761 (XLII-O/12), seguimiento de las recomendaciones del 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, 5 de junio de 2012; Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 23 de octubre 2012; Propuesta de Proyecto de Resolución para el Período Extraordinario de sesiones de la Asamblea General y Anexo: Medidas para la Aplicación de las Recomendaciones contenidas en el 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, CP/doc.4813/12.rev., 16 de enero 2013; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2013, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, 18 de marzo de 2013; OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013, resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las presentaciones realizadas por los Estados y las organizaciones de la sociedad civil ante el Consejo Permanente y su grupo de trabajo pueden consultarse en [http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/ Reflexion%20sobre%20 Fortalecimiento.asp](http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp).

fue la propia Comisión la que llevó a cabo un conjunto de reformas mediante la adopción, en 2000, de un nuevo Reglamento, que entró en vigor en 2001.

Como nunca antes, en el proceso de reformas reciente hubo reiterados intentos de parte de algunos Estados por llevar a cabo ellos mismos las transformaciones, ya fuera a través de la reforma del Estatuto de la Comisión o incluso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, esas iniciativas no llegaron a puerto y la propia Comisión, en marzo de 2013, luego de un amplio diálogo con los Estados y la sociedad civil, adoptó un conjunto de reformas a su Reglamento, y oficializó una serie de transformaciones en sus políticas y prácticas.³ La Asamblea General Extraordinaria de la OEA, efectuada en Washington DC el 22 de marzo pasado, tomó nota de las modificaciones llevadas a cabo por la CIDH, le solicitó que continúe en su implementación y no llevó a cabo ninguna reforma por sí misma.⁴

1. Caracterización general del sistema interamericano, con especial referencia a la Comisión

El sistema interamericano de derechos humanos está compuesto por dos órganos: la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Corte posee funciones más acotadas que la Comisión, consistentes en el conocimiento y decisión de casos contenciosos y de medidas provisionales urgentes en sede judicial y en la emisión de opiniones consultivas. La Comisión, por su parte, dispone de un amplio abanico de funciones, caracterizadas en los artículos 41 y siguientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas incluyen el conocimiento y decisión de denuncias en casos específicos en carácter de órgano semijudicial, la adopción de medidas cautelares urgentes, la realización de visitas a los países, el monitoreo de la situación de derechos humanos en los Estados de la OEA, el trabajo temático (en especial mediante relatorías y unidades) y las labores de promoción. Ambos órganos se encuentran compuestos por personas que desempeñan sus cargos en sus capacidades individuales, sin representar a los países de los cuales son nacionales.

A su turno, los órganos políticos de la OEA son el Consejo Permanente y la Asamblea General. Es importante anotar que estos organismos retienen para sí ciertas atribuciones en materia de derechos humanos que en otros sistemas desempeñan instituciones especializadas en la materia (como el Consejo de

3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2013, op. cit.

4 OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, op. cit.

Derechos Humanos de la ONU, o la antigua Comisión de Derechos Humanos de dicha organización). Así, son los órganos políticos de la OEA los que preparan y adoptan tratados y declaraciones sobre derechos humanos, eligen a los comisionados y jueces, deciden acerca del Presupuesto de la Corte y la Comisión y poseen funciones de seguimiento respecto de la implementación de las sentencias de la Corte, entre otras funciones. El que retengan estas funciones se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en la CIDH los Estados no poseen representación, por lo que procuran ejercer una serie de poderes a través del Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.

Constituye una anomalía importante del sistema interamericano el que los Estados de la OEA posean muy distintos grados de compromiso jurídico con el mismo. Es lo que se ha denominado la falta de “universalidad” del sistema interamericano. Esos grados van desde aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana ni otros tratados de derechos humanos del sistema, hasta aquellos que han ratificado todos o muchos de ellos y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. De cualquier modo, en todas las hipótesis, la Comisión posee competencia, ya que, cuando un Estado no ha ratificado la Convención Americana, la CIDH tiene no obstante competencia conforme a la Carta de la OEA (utilizando la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre como estándar). La situación difiere notablemente en lo que se refiere a la Corte Interamericana, ya que para que esta pueda ejercer su función contenciosa se requiere de un reconocimiento explícito de parte de cada Estado. Como expondremos, parte de las tensiones producidas durante el actual proceso de discusión de reformas al sistema interamericano de derechos humanos ha tenido que ver con esa asimetría en cuanto al nivel de obligaciones de los diferentes Estados de la OEA.

Tal como sucede en los demás sistemas internacionales de protección y promoción de los derechos humanos, los instrumentos del sistema interamericano (la Carta de la OEA y la Convención Americana respecto de la Comisión, y este último tratado en lo que se refiere a la Corte) solo regulan de manera general el funcionamiento de los órganos especializados que lo componen. Esto implica que son los reglamentos que se dan la propia Corte y la Comisión los que detallan de manera más exhaustiva su quehacer. Lo propio ha sucedido en el sistema europeo de derechos humanos. Una vez adoptados los principales instrumentos de derechos humanos de la OEA, la evolución del sistema en la materia ha tenido lugar fundamentalmente a través de trans-

formaciones en las prácticas, así como de las sucesivas reformas reglamentarias emprendidas por la Corte y la Comisión.

2. Descripción general del debate y propuestas

Como comentábamos en el apartado anterior, han sido los propios órganos especializados en derechos humanos del sistema interamericano los que históricamente han implementado las reformas que han tenido lugar en él. Ello implica que el afán de algunos Estados, en el reciente proceso de debate sobre transformaciones, por ser ellos mismos quienes lleven a cabo las reformas, implica un enfoque diferente al histórico en el sistema interamericano. Algunos de ellos plantearon la necesidad de reformar el Estatuto de la Comisión e incluso la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con ello se corría el riesgo de que las reformas se adoptasen sobre la base de criterios políticos o de conveniencia para ciertos Estados. Precisamente para evitar esto es que históricamente han sido la Corte y la Comisión las que han adoptado las reformas.

Es importante enfatizar que, antes del reciente debate sobre reformas, la situación del sistema interamericano y de la Comisión en particular no eran en absoluto de inercia o falta de iniciativas de transformaciones. Como hemos mencionado, la Comisión se había dado un nuevo Reglamento a fines de 2009 y la Corte había hecho lo mismo a principios de 2010. Luego, durante 2010, la Comisión elaboró un Plan Estratégico⁵ para el período 2011-2015, que fue publicado y sometido a un análisis con los Estados en una reunión especial sostenida a tal efecto, en Ottawa, en marzo de 2011.

En el Plan Estratégico la Comisión revisa sus principales funciones, resaltando la importancia de obtener recursos financieros significativamente superiores a objeto de poder cumplirlas a cabalidad. Al presentar el Plan, la CIDH destacó la necesidad de que en lo sucesivo las contribuciones financieras fueran de carácter institucional (para el financiamiento de sus funciones) y solo excepcionalmente dirigidas a proyectos específicos. El Plan desarrolla de manera detallada las formas de fortalecer el trabajo de la Comisión en una serie de ámbitos, planteando diversos escenarios de efectividad del mismo dependiendo del nivel de financiamiento que se obtuviese.

Si bien el Plan Estratégico ha servido en alguna medida para que los aportes de recursos financieros a la CIDH hayan ido adquiriendo un carácter ins-

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Plan Estratégico 2011-2015, Washington DC, 2011.

titucional, sus efectos han sido limitados, ya que a poco andar el debate en la OEA sobre la Comisión se embarcó por otros derroteros.

A continuación se revisan los principales temas del debate sobre las reformas.

3. Monitoreo de países

Uno de los temas que ha sido objeto de mayor debate es la función de monitoreo de la situación de los derechos humanos de los países que componen la OEA por parte de la Comisión. Se plantea que la CIDH continúa desarrollando esta labor a la manera como lo hiciera en la época de las dictaduras, que su enfoque es discriminatorio y que existen serios déficit en los criterios y metodología empleados.

La Comisión ha preparado y publicado informes sobre países desde que iniciara sus actividades hace más de 50 años. De hecho, puede afirmarse que, durante sus tres primeras décadas de funcionamiento, esta fue su principal labor. En un contexto en el que abundaban las violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos y en el que los Estados escasamente participaban en el litigio de casos (lo usual era que simplemente evitaran responder a las denuncias que les transmitía la CIDH), el panorama de conjunto que proporcionaban los informes sobre países resultaba insustituible. Los casos representaban situaciones acotadas, no podían (salvo contadas excepciones, a partir de los años ochenta) ser llevados a la Corte y en general carecían de impacto: no llegaban a constituirse como casos testigo o de carácter paradigmático. En ese contexto, y sobre la base de visitas in loco (cuando los Estados las permitían), la Comisión elaboró numerosos informes sobre países, muchos de los cuales tuvieron un impacto relevante. A ello contribuyó tanto la rápida visibilidad pública que adquirió el trabajo de la CIDH como, más tarde (especialmente en los años ochenta), el respaldo de los órganos políticos de la OEA a tales informes.

Durante algo más de 15 años, la Comisión publicó los informes sobre países como volúmenes especiales y no como parte de su Informe Anual. A partir de 1977, sin perjuicio de continuar con la práctica de publicar volúmenes especiales, comenzó a incorporar informes más breves en su Informe Anual. De esta manera le era posible dar un seguimiento más constante a la situación de los derechos humanos en los países que así lo ameritaban. La Comisión no señalaba el o los criterios conforme a los cuales determinaba la inclusión de un informe de país en el Informe Anual, pero se subentendía que se trataba de Estados que presentaban cuadros de violaciones graves, masivas y sistemá-

ticas. Al cabo de unos años se estableció la práctica de que el capítulo IV del Informe Anual contuviera los mencionados informes.

Junto con los procesos de transición a la democracia en numerosos Estados de la OEA, en los años noventa cobraron fuerza ante los órganos políticos las críticas a los informes sobre países de la Comisión. Se señalaba que los informes eran propios de la época de las dictaduras, que la CIDH debía discontinuarlos y que en el nuevo contexto esta debía dar prioridad a labores de promoción. Siempre hubo críticas de los Estados que eran objeto de informes. La diferencia radicaba en que, al contrario de lo que ocurriera en el pasado, ya no había un conjunto de países que defendiera con vigor esta función de la CIDH, sino que la mayoría comenzó a adoptar una actitud pasiva frente a las críticas. Aunque hubo intentos de parte de algunos Estados por adoptar ellos mismos la decisión de dar por concluida o limitar seriamente esta función de la Comisión, fue ella misma la que emprendió algunas reformas. En particular, a partir de 1997, explicitó los criterios conforme a los cuales decidía incluir a un Estado en el capítulo IV de su Informe Anual. Además, la CIDH estableció como una práctica constante (antes solo lo había hecho ocasionalmente) enviar al Estado respectivo un borrador completo del informe, para luego hacerse cargo de las principales observaciones en la versión definitiva del informe. Esta práctica fue posteriormente recogida en el Reglamento de la Comisión.

En 2012, en el contexto del debate sobre las reformas del sistema interamericano, la Comisión restableció una práctica que en el pasado había utilizado de manera intermitente y que abandonó por completo en los años noventa: la de no incluir en el capítulo IV de su Informe Anual a aquellos Estados respecto de los cuales hubiera efectuado un informe especial, es decir, publicado como un volumen separado, con la condición de que el Estado respectivo hubiese permitido una visita in loco (esto es, del conjunto de la Comisión) a su territorio para la elaboración del informe. Colombia hizo uso de esta práctica; la CIDH efectuó una visita in loco a fines de 2012 y el informe especial sobre la situación de los derechos humanos en dicho país implicó su no inclusión en el capítulo IV. Esta práctica fue recogida en las reformas reglamentarias de marzo de 2013.⁶

La reforma del Reglamento modifica el capítulo IV del Informe Anual, el cual tendrá en lo sucesivo dos secciones: una primera que proveerá una visión de conjunto de la situación de los derechos humanos en los Estados de la OEA

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2013, op. cit., Art. 59.8 reformado.

y una segunda en que se mantienen los informes sobre países específicos. De este modo se satisface un doble objetivo: proporcionar un análisis general y resaltar la situación de los Estados cuyas condiciones en la materia son las más graves.

Respecto de la primera de dichas secciones, la reforma introducida al Reglamento señala que se destacarán “las principales tendencias, problemas, desafíos, avances y buenas prácticas respecto tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁷

El Reglamento también recoge una modificación de los criterios para incluir a un Estado en el capítulo IV. Se busca que estos criterios, aunque semejantes a los antiguos, sean más concretos. Así, se establece que ellos serán los siguientes:

- a) Una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, que son medios esenciales para la realización de los derechos humanos, entre ellos:
 - i) si hubiera acceso discriminatorio o un ejercicio abusivo del poder que socave o contraríe el Estado de Derecho, tales como la infracción sistemática de la independencia del Poder Judicial o la falta de subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida;
 - ii) si se hubiera producido una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático; o
 - iii) cuando un gobierno democráticamente constituido fuera derrocado por la fuerza o el gobierno actual haya llegado al poder por otros medios distintos a las elecciones libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas y los principios recogidos en la Carta Democrática Interamericana.
- b) La suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Declaración Americana o la Convención Americana, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la declaratoria de un estado de emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad.
- c) La comisión, por parte de un Estado, de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos garantizados en la Declaración

⁷ *Ibíd.*, Art. 59.2.e) i) reformado.

Americana, la Convención Americana, o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables.

d) La presencia de otras situaciones estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Americana, la Convención Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables. Entre otros factores a ponderar, estarán los siguientes:

- i) graves crisis institucionales que infrinjan el disfrute de derechos humanos;
- ii) incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir la impunidad, atribuible a una falta de voluntad manifiesta;
- iii) omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales o para cumplir las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana; y
- iv) violaciones sistemáticas de derechos humanos atribuibles al Estado en el marco de un conflicto armado interno.⁸

Además, las reformas al Reglamento incluyeron una serie de elementos metodológicos para la elaboración de los informes sobre países. Anteriormente, el Reglamento no abordaba tales aspectos. La reforma regula esta materia en los siguientes términos:

La Comisión utilizará información confiable y convincente obtenida de las siguientes fuentes:

- a) actos oficiales del Estado, en todos los niveles y en cualquiera de sus ramas, incluyendo enmiendas constitucionales, legislación, decretos, decisiones judiciales, pronunciamientos de política, comunicaciones oficiales a la Comisión y a otros órganos de derechos humanos, así como cualquier otro pronunciamiento o acción atribuible al Estado;
- b) información disponible en los casos, peticiones y medidas cautelares y provisionales en el sistema interamericano, así como información sobre el cumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones de la Comisión y sentencias de la Corte Interamericana;
- c) información obtenida en visitas in loco de la Comisión Interamericana, sus Relatores, y sus funcionarios;

⁸ *Ibíd.*, Art.59.6 reformado.

- d) información obtenida mediante audiencias públicas celebradas por la Comisión Interamericana durante sus sesiones;
- d) conclusiones de otros órganos internacionales de derechos humanos, incluyendo los órganos de tratados, Relatores, grupos de trabajo, el Consejo de Derechos Humanos y otros órganos y agencias especializadas de la Organización de las Naciones Unidas;
- f) informes de derechos humanos de gobiernos y de órganos regionales;
- g) informes de organizaciones de la sociedad civil e información presentada por estas y por particulares; e
- h) información pública ampliamente diseminada en los medios de comunicación.⁹

La mantención del capítulo IV y, en general, la publicación de informes sobre países obedece a que la Comisión les asigna un rol significativo, independientemente de la presencia o no de regímenes dictatoriales. Cuando se está frente a cuadros de graves violaciones, el sistema de casos por sí solo resulta insuficiente. En este sentido, el perfeccionamiento de los criterios para incluir a un país debiera contribuir a proporcionar mayor fortaleza a las labores de monitoreo de la CIDH. Aunque en la inclusión o no de un Estado en el capítulo IV intervenga necesariamente un elemento de ponderación, cabe resaltar el que es un órgano compuesto por personas que actúan en sus capacidades individuales el que adopta tal decisión y no un organismo integrado por Estados.

4. Medidas cautelares

Como ya señaláramos, dos medidas cautelares adoptadas por la Comisión fueron relevantes en el origen y desarrollo del debate sobre las reformas al interior de los órganos políticos de la OEA: la de Bello Monte (Brasil) y la de los periodistas del diario El Universo (Ecuador). Curiosamente, ninguno de los dos países se encontraba entre aquellos respecto de los cuales se han adoptado medidas cautelares con mayor frecuencia, sin perjuicio de que, en lo concerniente a Brasil, se hubiera adoptado una serie de medidas cautelares –y también de medidas provisionales por la Corte– en materia carcelaria. No obstante, ellas no habían generado conflictos entre los órganos del sistema interamericano y las autoridades estatales.

Es relevante apuntar lo anterior, ya que el mecanismo de medidas cautelares había venido consolidándose, tanto en la práctica como a través de

⁹ *Ibíd.*, Art.59.5 reformado.

una regulación detallada en el Reglamento de la Comisión de 2009. Así, la facultad de la Comisión para adoptarlas parecía fuera de toda discusión, ya que la propia Asamblea General de la OEA, a través de una serie de resoluciones aprobadas desde 2005, había llamado a los Estados a acatar dichas medidas. Por otra parte, el grado de cumplimiento de las cautelares se había incrementado, al punto de llegar a ser superior al de los informes de fondo de la Comisión bajo el sistema de casos. Contribuía a ello la creciente visibilidad pública al interior de los países de tales medidas, así como el hecho de que la casi totalidad de aquellos Estados respecto de los cuales se emitían cautelares hubiesen creado mecanismos especiales para la implementación de las mismas.

Las reformas incorporadas por la Comisión en materia de medidas cautelares en su Reglamento de 2009 recogieron una serie de recomendaciones formuladas por los Estados en el debate que las precedió, así como también propuestas planteadas por la sociedad civil. Es importante tener este punto en consideración, sobre todo respecto al hecho que las medidas cautelares se hallaban en evolución desde antes del actual proceso de reformas. En 2009 se estableció que, para su otorgamiento, la CIDH tendrá en cuenta, entre otros aspectos, si se ha denunciado previamente la situación de riesgo ante las autoridades o, en su caso, por qué no se ha hecho; se indicó que, como regla general, la Comisión pedirá al Estado información relevante previo a su pronunciamiento; se señaló que la Comisión revisará periódicamente la mantención o no de la vigencia de las medidas; se estableció que el Estado podrá presentar en cualquier momento una solicitud para que la Comisión deje sin efecto las medidas; etc.

El debate sobre las actuales reformas en los órganos políticos de la OEA estuvo marcado en un principio por algunos cuestionamientos acerca de la competencia de la Comisión para adoptar medidas cautelares, así como acerca de la obligatoriedad o no de ellas, aspectos que parecieron superados en la discusión en la OEA. Respecto de la competencia de la CIDH en la materia, aunque tales medidas no aparecen consagradas en forma expresa en la Convención Americana (lo fueron más tarde en la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas), lo cierto es que ellas se derivan de los amplios poderes conferidos a la Comisión por la CADH y otros instrumentos. Se trata, por lo demás, de una competencia que numerosos organismos equivalentes de otros sistemas internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y otros

órganos de la ONU, entre muchos otros, han asumido también como parte de sus competencias a pesar de que no hubiese consagración a nivel de un tratado.¹⁰

Las reformas reglamentarias de 2013 incluyen una serie de modificaciones en materia de medidas cautelares. Varias de ellas se centran en proporcionar una mayor claridad acerca de los fundamentos para las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de estas. Así, se establece explícitamente que en lo sucesivo dichas decisiones deberán ser fundadas, lo que incluirá, entre otros aspectos, “las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de urgencia, gravedad e irreparabilidad”.¹¹

Complementariamente, y recogiendo la práctica de la Comisión, el Reglamento reformado define en qué consisten esos tres elementos. Por urgencia de la situación (planteada en la solicitud de medida cautelar) se entiende que “el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”; el daño irreparable implica “la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización”; y por gravedad de la situación se entiende “el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del sistema interamericano”.¹²

5. Sistema de casos

Respecto del sistema de casos en la Comisión, uno de los énfasis en el debate sobre las reformas ha radicado en las soluciones amistosas. Se trata de una herramienta contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ofrece importantes ventajas desde el punto de vista de la economía y eficacia procesal. Si bien el mecanismo de la solución amistosa ha venido siendo empleado de manera regular en los últimos 20 años, lo cierto es que su alcance continúa siendo limitado. Entre los casos presentados ante la Comisión, el porcentaje en que se arriba a un acuerdo amistoso es muy bajo. En ello incide la práctica de los Estados (incluyendo en ocasiones su legislación interna, que establece limitaciones a la decisión del Poder Ejecutivo al respecto) y de los peticionarios, así como el nivel de dedicación

10 Véase González Morales, Felipe, “Las medidas urgentes en el sistema interamericano”, en SUR Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol.7, 13, 2010, pp.50-73.

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2013, op. cit., Art.25.7 reformado.

12 *Ibíd.*, Art.25.2 reformado.

de la Comisión en este sentido. En el Plan Estratégico de la CIDH para el período 2011-2015 se subrayaba la necesidad de contar con mayores recursos para fortalecer este mecanismo.

En uno de los apartados sobre Prácticas Institucionales de la Resolución 1/2013 de la Comisión, se contempla la puesta a disposición de la misma para los efectos de buscar una solución amistosa al inicio del trámite de cada petición. Aunque el Pacto de San José de Costa Rica se refiere para este efecto a la etapa de fondo, resulta adecuado para facilitarla el abrir formalmente tal posibilidad desde un comienzo. Esta práctica se viene implementando en la práctica desde mayo de 2012 y se recoge ahora oficialmente en el mencionado documento.

Además, en el documento en referencia se recoge y fortalece la práctica –hasta ahora habitual, pero no oficializada ni aplicada de manera sistemática– de que “las visitas de trabajo incluyan reuniones con representantes de los Estados y peticionarios/as, en aquellos casos en que las partes hayan manifestado interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa”.¹³

Otro aspecto abordado sobre el sistema de casos se refiere al tratamiento de aquellas situaciones en las que se fusionan las decisiones sobre admisibilidad y fondo en un solo informe. La Comisión ha establecido desde hace más de 15 años como regla general la separación de ambas etapas, pero ha mantenido la posibilidad de unir las en determinadas circunstancias. En la reforma reglamentaria de 2013 se establece que en tales situaciones la resolución de la CIDH deberá ser fundada.¹⁴

En las modificaciones reglamentarias se incluyen asimismo varias referidas a la etapa de cumplimiento del Informe de Fondo de la Comisión. Desde los años noventa, la CIDH adoptó como práctica –refrendada por la Corte Interamericana– de conceder prórrogas a los Estados para implementar las recomendaciones contenidas en sus informes, sujetas a la condición de que el Estado renuncie expresamente a interponer una excepción preliminar de caducidad del plazo (establecido en la Convención Americana) para presentar el caso ante el tribunal. Esta práctica se recogió en el Reglamento de 2009 y es regulada en mayor detalle en las reformas recientes.¹⁵

Sobre este particular, se señala que la existencia de normas internas que establezcan un mecanismo de cumplimiento de las recomendaciones será un

¹³ *Ibíd.*, VI.

¹⁴ *Ibíd.*, Art.36.3.

¹⁵ *Ibíd.*, Art.46 reformado.

factor a considerar para la concesión de prórrogas, de manera de estimular su promulgación por los Estados, contribuyendo a la eficacia de las resoluciones de órganos internacionales. También se establecen entre los factores a tener en cuenta “la complejidad del asunto y de las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión, en particular cuando impliquen el involucramiento de diferentes ramas de Poder Público, o la coordinación entre gobiernos centrales y regionales”, “las medidas adoptadas por el Estado para el cumplimiento de las recomendaciones con anterioridad a la solicitud de extensión del plazo” y el punto de vista del peticionario.¹⁶

6. Universalización

Uno de los tópicos recurrentes en los últimos años en el debate sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA ha sido la falta de “universalidad” del sistema interamericano de derechos humanos, esto es, el hecho de que un conjunto de Estados de la OEA no han ratificado ninguno o casi ninguno de sus tratados en la materia. Se trata de Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países del CARICOM (Caribe angloparlante).

A pesar de que, por el solo hecho de ingresar a la OEA, se aplica a un Estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que se alcanza un status pleno solo una vez que se ratifica la Convención Americana. De allí que en el contexto del sistema interamericano se hable de una falta de universalidad del mismo para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA.

En el caso de Canadá, su incorporación a la OEA se produjo en 1990. Desde entonces, dicho país ha desempeñado un papel importante en lo que se refiere al fortalecimiento de la organización, contribuyendo a generar una discusión más abierta y transparente, a favorecer la participación de la sociedad civil y, en general, a apoyar la labor que llevan a cabo los órganos de derechos humanos de la OEA.¹⁷ Sin embargo, el hecho de haber transcurrido más de 20 años desde su ingreso a dicha organización sin haber ratificado la Convención Americana representa una limitación al impacto que Canadá pueda producir en este ámbito. Cabe mencionar que desde la Comisión se han llevado a cabo

¹⁶ *Ibíd.*, Art.46.2 reformado.

¹⁷ Consúltese Cooper Andrew yLegler, Thomas, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, (Palgrave McMillan) 2006, pp. 9 y 36-37.

iniciativas para promover la ratificación canadiense, sin que ellas hayan dado resultados hasta la fecha. Así, por ejemplo, en abril de 2008, una delegación integrada por el entonces Presidente del Consejo Permanente de la OEA, el Comisionado Relator sobre Canadá de la CIDH y el Secretario Ejecutivo de esta, visitó Canadá con miras a ese objetivo.

Respecto de Estados Unidos, la ratificación de la Convención Americana se encuentra pendiente en el Senado desde 1977, sin visos de cambio por el momento. Cabe señalar que, cuando dicho país se ve enfrentado a denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo la Declaración Americana, participa en el litigio del caso, pero en el evento de obtener una decisión negativa no la acata, indicando que la mencionada Declaración no crea obligaciones jurídicas. Algo similar ocurre acerca de las solicitudes de medidas cautelares. En algunas situaciones –en particular en materia de derechos de los migrantes–, sin embargo, se ha observado una reacción de parte del Estado, pero sin que se haya reconocido expresamente que ello se originara en una resolución de la Comisión.

En lo que se refiere a aquellos países caribeños angloparlantes que no han ratificado la Convención Americana, ello se inscribe dentro de un proceso histórico según el cual la relación recíproca de dichos estados con la OEA en general y con el sistema interamericano de derechos humanos en particular no ha sido significativa. Como apunta un autor, la OEA, a diferencia de la ONU, no desempeñó un papel relevante en el proceso de descolonización hemisférico y, por consiguiente, una vez que los Estados caribeños angloparlantes obtuvieron su independencia (lo que ocurrió entre 1962 y 1983), la OEA no asumió tampoco ese rol.¹⁸ De hecho, el grueso de la atención de la Comisión Interamericana respecto de dichos Estados ha estado centrada en la aplicación de la pena de muerte,¹⁹ además de algunas situaciones específicas como la invasión de Grenada en la década de los ochenta, que llevó a la CIDH preparar un Informe sobre dicho país. Más recientemente, la CIDH efectuó una visita *in loco* a Jamaica y publicó un Informe sobre dicho país.²⁰ En los últimos años,

18 Véase Fraser, Auro, “From Forgotten through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights”, en *Revista IIDH*, 43, 2006, pp.207-237(especialmente, p. 211).

19 Véase Tittlemore, Brian, “The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: An Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol.13, 2004, pp.445-520.

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Jamaica*, 2012.

la atención en los Estados caribeños angloparlantes en términos de transformaciones jurídicas de alcance internacional se ha focalizado en la creación de una Corte Caribeña de Justicia (establecida recientemente), con miras a reemplazar al Privy Council británico como última instancia judicial.²¹

La falta de universalidad del sistema interamericano de derechos humanos produce efectos negativos en este. Por una parte, respecto de los Estados que no se han adherido en plenitud a dicho sistema, este se ve limitado en su posible impacto en tales países. Por otra parte, aquellos Estados que sí son parte de la Convención Americana y de otros instrumentos interamericanos suelen referirse a la situación discriminatoria que ello representa, a veces como un pretexto para su propio incumplimiento.

Sobre esta materia, la Resolución sobre reformas adoptada por la CIDH en marzo de 2013 establece que se incluirá en el Plan Estratégico “la promoción de la universalidad de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos como prioridad institucional y desarrollar un plan de acción”.²² Esto comprenderá la elaboración de un estudio sobre universalidad, la realización de actividades durante visitas de trabajo y la celebración de una sesión con el Consejo Permanente respecto de este tema.

No obstante, se trata de una materia que difícilmente la CIDH pueda abordar por sí sola, debiendo jugar los órganos políticos de la OEA un rol muy importante en tal sentido.

7. Relatorías temáticas

Desde los años noventa del siglo pasado, la CIDH ha venido estableciendo un conjunto de relatorías temáticas que cumplen labores de protección y de promoción de los derechos humanos. En la actualidad existen ocho relatorías, además de dos unidades de más reciente creación, también de naturaleza temática. Las relatorías versan sobre libertad de expresión, mujeres, personas privadas de libertad, migrantes, niñez, pueblos indígenas, afrodescendientes y defensores(as) de derechos humanos. Las unidades se refieren a personas LGTBI y a derechos económicos, sociales y culturales. Todas las relatorías y unidades están encabezadas por un Comisionado, salvo la de libertad de expresión, dirigida por una persona del staff de la CIDH.

21 *Ibíd.*, p. 209.

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2013, *op. cit.*, I.

Esto tiene su origen en el alto perfil del mandato que recibiera la CIDH al respecto por la Cumbre de las Américas de 1998 y por tratarse de un derecho que posee un carácter transversal, es decir, que se relaciona y afecta a los demás derechos humanos.

Los planteamientos de los Estados al respecto durante el debate en los órganos políticos se concentraron en un comienzo en la Relatoría para la Libertad de Expresión. Posteriormente, y dada la reacción de otro conjunto de Estados en defensa de dicha relatoría, las propuestas se reformularon, adoptando un carácter más general. Sin embargo, en la práctica, dichas propuestas tenían un impacto mayor en la Relatoría sobre Libertad de Expresión, al ser la única que no está dirigida por un Comisionado. En efecto, las propuestas de varios Estados decían relación en lo sustancial con mecanismos de control acerca de las relatorías, en específico, con la creación de un código de conducta de las mismas. Cabe subrayar que, en lo que se refiere a las relatorías a cargo de comisionados, ya existe una serie de normas sobre imparcialidad, incompatibilidades y otras materias que regulan su labor, por lo que, en la práctica, los cambios que se han planteado afectarían de manera significativa únicamente a la Relatoría para la Libertad de Expresión. En rigor, desde hace años existen Protocolos que regulan el quehacer de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, incluyendo su relación con la Comisión y con el resto de la Secretaría Ejecutiva.

Además se formuló la necesidad de dar un trato equivalente a todas las relatorías. Esta propuesta recibió fuertes críticas ya que en ningún momento fue acompañada de iniciativas para fortalecer la provisión de recursos financieros, por lo que solo podría conducir a un nivelamiento hacia abajo. Como ha hecho ver la CIDH, el problema es más complejo de lo que aparece a simple vista, ya que el acceso a los fondos no es intercambiable, por lo que la disparidad no podría solucionarse mediante la sola reasignación entre las relatorías. En este sentido, también se quiso prohibir que la CIDH recibiera aportes externos a la OEA con destinación específica, lo cual, en la práctica, haría imposible el trabajo de las relatorías temáticas por falta de recursos financieros.

Cabe agregar que se planteó, y fue recogido por la Comisión, que su Informe Anual le diera un tratamiento equivalente a las diferentes relatorías temáticas. Hasta ahora dicho informe realizaba una descripción del trabajo de cada una de ellas e incluía un informe completo de la Relatoría de Libertad de Expresión. De acuerdo a la reforma adoptada, además de mantenerse

lo anterior, en lo sucesivo todos los informes publicados por las relatorías temáticas a lo largo del año serán incorporados también al Informe Anual.²³

8. Promoción y protección

Tal como fue la tónica en el período de transiciones a la democracia en los años noventa, en el debate reciente se ha puesto énfasis en la necesidad de que la Comisión fortalezca sus labores de promoción de los derechos humanos, por lo que esta –se señala– debería cambiar sus prioridades históricas al respecto, atendido el nuevo contexto político de los países de la OEA.

Sobre este tema, se debe aclarar que la dicotomía que en ocasiones se pretende presentar entre promoción y protección de los derechos humanos no es efectiva. Las labores de protección tienen un efecto promocional muy importante, como lo demuestran los numerosos casos paradigmáticos resueltos por el sistema interamericano, cuyo impacto ha alcanzado mucho más allá del Estado específico al que el asunto se refería. Esto ha permitido, por ejemplo, que a través del sistema de casos se hayan posicionado a nivel de muchos Estados de la OEA temas como la confrontación de violaciones masivas y sistemáticas, la violencia contra la mujer o los derechos de los pueblos indígenas, entre muchos otros. Asimismo, las visitas de la Comisión a países –usualmente referidas en principio a funciones de monitoreo– dan visibilidad y difusión al sistema interamericano. Lo propio ocurre con los informes temáticos y de países que publica la Comisión. Por lo demás, hemos mencionado que el trabajo de las relatorías temáticas tiene componentes de protección y de promoción.

El problema se presenta cuando se pretende que la Comisión realice tareas intensivas de educación en derechos humanos, especialmente cuando se la llama a ello sin asignársele recursos financieros adicionales. En el contexto actual esto solo podría llevarse a cabo en desmedro de las labores de protección.

En rigor, el panorama en materia de educación en derechos humanos es muy distinto y mucho más positivo que el que existía hasta hace algunos años: numerosas universidades de la región imparten cursos de grado y posgrado en la materia y ella incluso se ha incorporado incluso en la enseñanza escolar en muchos países. Es efectivo que la CIDH tiene contribuciones que efectuar al respecto, pero ello no puede ser en menoscabo de su labor única como órgano interamericano de derechos humanos de acceso directo para las víctimas.

²³ *Ibíd.*, Art. 59,3 reformado.

9. Otros temas

Hemos analizado hasta aquí los temas en que se ha puesto mayor énfasis en el debate reciente sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA. Existen, además, otros importantes aspectos que han sido mencionados en el debate en la OEA solo por algunos pocos Estados o –como ocurre con el tema del financiamiento– que fueron presentados con escasa anticipación a la Asamblea General Extraordinaria. A continuación revisaremos brevemente algunos de esos temas, que los propios órganos de derechos humanos del sistema interamericano han resaltado.

9.1. Financiamiento

Aunque la Comisión y la Corte pueden continuar mejorando su gestión, un salto cualitativo en su trabajo –a la altura de lo que se espera de estos organismos– requeriría fortalecer sustancialmente su dotación de recursos financieros. En efecto, la labor del sistema interamericano de derechos humanos se ve afectada de manera muy importante por la crónica falta de recursos de sus órganos, la cual hace imposible que ellos cumplan a cabalidad los mandatos que les han sido asignados. Ello tiene un impacto especialmente grave en lo concerniente al sistema de casos en la Comisión, ya que la imposibilitan de hacerse cargo de manera expedita del enorme volumen de denuncias que recibe cada año. Incluso en los períodos de mayor apoyo al trabajo de la Comisión y la Corte en las intervenciones de los Estados en los órganos políticos de la OEA, ello no se ha traducido en un incremento relevante de sus contribuciones financieras a dichos órganos. Como mencionamos, durante 2011 la Comisión sometió a consideración de los Estados Miembros de la OEA un Plan Estratégico para los cinco años siguientes, en el cual se precisa de qué formas y en qué grados se fortalecería el cumplimiento de sus distintos mandatos dependiendo del nivel de recursos financieros de que disponga. Sin embargo, dicho Plan Estratégico no ha ocupado un lugar relevante en los debates sobre la reforma al interior del Consejo Permanente.

La Asamblea General Extraordinaria de la OEA se pronunció sobre la cuestión del financiamiento, resolviendo:

Reafirmar su compromiso de lograr el pleno financiamiento del SIDH a través del Fondo Regular de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sin que ello vaya en detrimento del financiamiento para los otros mandatos de la Organización. Mientras se alcanza ese compromiso, invitar a los Estados Miembros, a los Estados Observadores y a otras instituciones a que con-

tinúen realizando contribuciones voluntarias en el marco de los Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2015 y del Plan Estratégico de la CIDH 2011-2015, preferentemente sin fines específicos.²⁴

Asimismo, en la mencionada Asamblea se dispuso “solicitar al Secretario General que presente al Consejo Permanente a la brevedad posible un análisis detallado y actualizado de los costos del pleno funcionamiento de los órganos del SIDH conforme a la información proporcionada por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.²⁵

9.2. Implementación

Uno de los principales problemas pendientes se refiere a la insuficiente implementación de las decisiones e informes de los órganos de derechos humanos del sistema interamericano. Aunque el nivel de implementación ha aumentado en el contexto de los procesos de democratización en los Estados de la OEA, este continúa presentando serias limitaciones. Resulta positivo que, de manera creciente, los Estados van dando cumplimiento a aquellas resoluciones que establecen indemnizaciones para las víctimas, así como diversas formas de reparación simbólica. Mucho menos frecuente resulta, en cambio, que implementen otro tipo de medidas, tales como reformas legislativas. Señalamos que, como tendencia, dichas reformas se han incrementado, aunque ellas suelen tomar mucho tiempo y a menudo no dicen relación con un caso concreto. Por último, se constata un mayor grado de implementación respecto a la investigación a fondo y sanción de los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. De ello da cuenta el alto porcentaje de casos a los que la Comisión Interamericana continúa dando seguimiento mucho después de haber decidido sobre los mismos y el importante volumen de casos que la Corte mantiene abiertos después de emitir sentencia.

Constituye un factor relevante al respecto la falta de acción de los órganos políticos de la OEA como garantes colectivos del sistema interamericano de derechos humanos. Aunque en los últimos años la Asamblea General ha venido aprobando resoluciones en las que llama a los Estados a acatar los dictámenes de la Comisión y la Corte, en los hechos los órganos políticos de la OEA no suelen ir más allá. En este sentido, no se hacen cargo de dar se-

²⁴ OEA/Ser.P AG/RES.I (XLIV-E/13) corr.I, op. cit., numeral 5.

²⁵ *Ibíd.*, numeral 6.

guimiento a casos específicos o a la situación de incumplimiento reiterado en que un Estado pueda encontrarse frente a la Comisión o a la Corte.

9.3. Autonomía de la CIDH

A diferencia de la Corte, la Comisión no posee una consagración plena de su autonomía, que ha ido adquiriendo a través de la práctica a lo largo de los años. Las regulaciones al respecto son de carácter híbrido, puesto que, por una parte, los comisionados son elegidos en sus capacidades individuales y, por otra, el personal de la Comisión depende administrativamente de la Secretaría General de la OEA. En los últimos 20 años se ha producido un notorio avance al respecto, al haberse desarrollado la práctica de que el Secretario General de la OEA ratifica a las personas seleccionadas por la Comisión (para lo cual esta emplea habitualmente el mecanismo del concurso público). Esto ha traído consigo un claro fortalecimiento de la experticia del personal de la Comisión. Sin embargo, se trata de una práctica que, en la medida que no sea consagrada jurídicamente, puede ser revertida. De hecho, como mencionamos, el origen de la fuerte discusión sobre reformas tuvo como una de sus causas principales el nombramiento del Secretario Ejecutivo de la CIDH.

Conclusión

El sistema interamericano de derechos humanos ha experimentado una constante evolución a través de su historia, adaptándose a los diferentes contextos en los que ha operado. Una vez establecidos los instrumentos básicos de dicho sistema, los propios organismos de derechos humanos –la Comisión y la Corte–han emprendido reformas, a través de sucesivas modificaciones de sus reglamentos y prácticas. Ello se ha dado desde hace más de una década con una amplia participación de los Estados y de la sociedad civil.

El proceso de reformas reciente estuvo marcado por fuertes tensiones. En algunos momentos, pareció que serían los propios Estados los que llevarían a cabo las transformaciones. Sin embargo, ello en definitiva no sucedió. La Comisión, por la vía de reformas a su Reglamento, políticas institucionales y prácticas, acogió una serie de planteamientos de importancia formulados por los Estados y la sociedad civil, manteniéndose así una tradición que ha contribuido al fortalecimiento del sistema interamericano.

Aunque las reformas adoptadas implican una serie de avances, ellas difícilmente acarrearán un salto cualitativo en el funcionamiento del sistema interamericano de Derechos Humanos si no van acompañadas de una provisión de recursos adecuados para que la Comisión y la Corte desarrollen sus tareas.

PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LOS SISTEMAS REGIONALES: LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO ATALA RIFFO VS. CHILE¹

Flávia Piovesan²

Resumen

El presente artículo busca identificar los hitos, tanto del sistema universal de derechos humanos como del sistema europeo y americano de derechos humanos, sobre la prohibición de la discriminación por orientación sexual. Para lograr este objetivo, primero, se presenta la evolución desde la igualdad formal a la prohibición de la discriminación por orientación sexual para luego, con la jurisprudencia emanada de los sistemas europeo e interamericano –con especial énfasis en el caso *Atala Riffo vs. Chile*–, observar cómo es aplicado en la práctica. Este trabajo rescata las implicancias dentro del sistema interamericano de derechos humanos del primer caso que se presenta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violación de los derechos de la diversidad sexual.

Introducción

¿Cómo entender el derecho a la diferencia a la luz de la concepción contemporánea de los derechos humanos? ¿Cuál es el alcance del derecho al reconocimiento de las identidades? ¿Cuál es el grado de protección de la cláusula de

¹ Un especial agradecimiento a la Fundación Alexander von Humboldt por la beca que hizo posible este estudio y al Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Comparado por proveer un ambiente académico de extraordinario rigor intelectual.

² Profesora Doctora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Profesora de Derechos Humanos de los Programas de Postgrado en la Universidad Católica de São Paulo, la Universidad Católica de Paraná y la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España), profesor invitado del Programa de Derechos Humanos de Harvard Law School (1995 y 2000), profesor visitante en el Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Oxford (2005), profesor visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg - 2007 y 2008), desde 2009 es la Fundación Humboldt Georg Forster Research Fellow en el Instituto Max Planck (Heidelberg). Miembro del Consejo Nacional de Defensa de los Derechos Humanos. Miembro de la UN High Level Task Force on the Implementation of the Right to Development y el Grupo de Trabajo de la OEA para supervisar el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

igualdad y no discriminación y del derecho a la diversidad sexual en el sistema global y en los regionales europeo e interamericano? ¿Cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia promovida por las Cortes Europea e Interamericana en la prohibición de la discriminación por orientación sexual? ¿Cómo entender el impacto de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo vs. Chile*? ¿Cuáles han sido los principales avances, desafíos y perspectivas en el proceso de defensa de los derechos a la diversidad sexual?

Estas son las preguntas que inspiran y en las cuales se centra este artículo, que tiene como principal objetivo enfocarse en el proceso de construcción del derecho a la diversidad sexual, su dinámica y complejidad, teniendo en cuenta la vocación emancipadora de los derechos humanos como un lenguaje de respeto a la alteridad.

1. El derecho a la diferencia a la luz de la concepción contemporánea de derechos humanos

En palabras de Joaquín Herrera Flores,³ los derechos humanos constituyen una racionalidad de la resistencia en la medida en que reflejan los procesos de lucha por la dignidad humana. Se basan en una plataforma emancipatoria centrada en la protección de la dignidad humana y la prevención del sufrimiento humano. El *victim centric approach* es la fuente de inspiración que mueve la arquitectura internacional de protección de los derechos humanos, todo ello dirigido a brindar una protección mejor y más eficaz a las víctimas reales y potenciales de violaciones de derechos humanos.

A lo largo de la historia, las más graves violaciones a los derechos humanos tuvieron como fundamento la dicotomía del “yo contra otro”, en que la diversidad fue capturada como un elemento para aniquilar los derechos. La diferencia fue visualizada para diseñar el “otro” como un ser inferior en dignidad y derechos, o –en situaciones extremas– un ser vaciado incluso de cualquier dignidad, un ser desechable, superfluo, objeto de compra y venta (como en la esclavitud) o campos de la muerte (como por el nazismo). En este sentido, es posible mencionar la esclavitud, el nazismo, el sexismo, el racismo, la homofobia, la xenofobia, entre otras prácticas de intolerancia.

El temor a la diferencia es el factor que permite entender la primera fase de la protección de los derechos humanos, marcada por una protección general y

3 Herrera, Joaquín, “Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência”, en *Revista Sequência*, (Universidade Federal de Santa Catarina) p.7.

abstracta, basada en la igualdad formal: igualdad que es legado del nazismo, el cual se basó en la diferencia para fundar sus políticas de exterminio, bajo el lema de la prevalencia y el dominio de la raza pura aria y la eliminación de las demás.

Resulta, sin embargo, insuficiente tratar al individuo de forma genérica, general y abstracta. Se hace necesaria la especificación como sujeto de derechos en su peculiaridad y particularidad. Determinados sujetos de derechos o determinadas violaciones de derechos requieren una respuesta específica y diferenciada. En este escenario las mujeres, los niños, los afrodescendientes, los pueblos indígenas, los migrantes y las personas con discapacidad, entre otros grupos vulnerables, deben ser vistos en las especificidades y peculiaridades de su condición social. Junto con el derecho a la igualdad también hay un derecho fundamental a la diferencia: respeto por la diferencia y la diversidad, lo que garantiza a ciertos grupos un trato especial.

Es posible distinguir tres aspectos relacionados con el concepto de igualdad: (a) la igualdad formal, reducida a la fórmula “todos son iguales ante la ley” –que fue crucial para la abolición de los privilegios–; (b) la igualdad material, que corresponde al ideal de justicia social y distributiva –orientadas a criterios socioeconómicos–; y (c) la igualdad material, que corresponde al ideal de justicia como reconocimiento de las identidades, según criterios de género, orientación sexual, edad, raza, origen étnico y otros .

Para Nancy Fraser⁴ la justicia requiere, simultáneamente, la redistribución y el reconocimiento de las identidades. El derecho a la redistribución exige medidas que enfrenten la injusticia económica, la marginación y la desigualdad económica, a través de la transformación en las estructuras socioeconómicas y la adopción de una política de redistribución. Del mismo modo, el derecho al reconocimiento exige medidas para luchar contra la injusticia de los prejuicios culturales y los patrones de discriminación a través de la transformación cultural y la adopción de una política de reconocimiento. A la luz de esta política de reconocimiento se propone avanzar en la revalorización positiva de las identidades discriminadas, negadas e irrespetadas, la deconstrucción de los estereotipos y prejuicios, y el aprecio de la diversidad cultural.

4 Ver Fraser, Nancy, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist Age”, en Fraser, Nancy, *Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*, (Routledge) 1997; Honneth, Axel, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, (MIT Press) 1996; Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, (Verso) 2003; Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, en por todos Taylor, *Multiculturalism - Examining the Politics of Recognition*, (Princeton University Press) 1994; Young, Iris, *Justice and the Politics of Difference*, (Princeton University Press) 1990; Gutmann, Amy, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, (Princeton University Press) 1994.

Si en la concepción formal de igualdad esta es tomada como presupuesto, como un dado punto de partida abstracto, en la concepción material de igualdad esta es tomada como un resultado al que se pretende llegar, teniendo como punto de partida la visibilidad de las diferencias: la óptica material objetiva para construir y afirmar la igualdad con respeto a la diversidad.

2. Protección del derecho a la diversidad sexual en el sistema global de protección de los derechos humanos: Testimonios del proceso de internacionalización de los derechos humanos y la humanización del derecho internacional

La Declaración de 1948 innovó la gramática de los derechos humanos mediante la introducción de la llamada concepción contemporánea de los derechos humanos, marcada por la universalidad y la indivisibilidad de estos derechos. La universalidad implica la extensión universal de los derechos humanos, bajo la creencia de que la condición de persona es el único requisito para ser titular de estos, considerando al ser humano como un ser esencialmente moral, dotado de unicidad existencial y dignidad como valores intrínsecos a la condición humana. La indivisibilidad supone que la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos y culturales, y viceversa.

A partir de la Declaración de 1948, se comenzó a desarrollar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de la adopción de numerosos instrumentos internacionales de protección. La Declaración de 1948 proporciona el soporte axiológico y la unidad de los valores para este campo del derecho, con énfasis en la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

El proceso de universalización de los derechos humanos permitió la formación de un sistema internacional de protección de estos derechos. Este sistema se compone de los tratados internacionales de protección que, sobre todo, reflejan la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados, en la medida en que invocan el consenso internacional sobre las cuestiones fundamentales de derechos humanos en la búsqueda de salvaguardar parámetros mínimos de protección: un *mínimo ético irreductible*.

Junto al sistema de regulación global, han surgido los sistemas regionales de protección, en busca de la internacionalización de los derechos humanos a nivel regional, particularmente en Europa, América y África. Se refuerza así la convivencia de lo global con los sistemas regionales de las Naciones Unidas,

a su vez, integrados por los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos.

En esta perspectiva, los distintos sistemas de protección de los derechos humanos interactúan en nombre de las personas protegidas. Al adoptar el valor de la primacía de la persona, estos sistemas se complementan entre sí, sometiendo al sistema nacional de protección a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la protección y promoción de los derechos fundamentales. Esta es también la lógica de los principios y normas de derechos humanos.

Desde la perspectiva del sistema global de protección, es evidente que el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación se consagra firmemente en la Declaración Universal de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Declaración Universal de 1948, en su artículo I, reconoce que “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Continúa, en el artículo II, estableciendo que “toda persona tiene derecho a los derechos y libertades establecidos en la Declaración, sin distinción de ningún tipo, como la raza, color, sexo, idioma, religión, origen político o de otro tipo, nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El artículo VII establece el concepto de igualdad formal, que prescribe que “todos son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. Así, el primer artículo de la Declaración afirma el derecho a la igualdad mientras que el artículo segundo añade la cláusula que prohíbe la discriminación de cualquier tipo, como corolario y consecuencia del principio de igualdad. La combinación de la igualdad y la no discriminación garantizada por la Declaración, bajo la inspiración de la concepción formal de la igualdad, afectará a la forma de todo el sistema normativo para la protección mundial de los derechos humanos.

De hecho, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 2 (1) establece que “Los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y son sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra manera, el origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Una vez más, la cláusula señala la prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos humanos. La relevancia de este tipo de cláusulas está marcado por el artículo 4 del Pacto, al proporcionar un

núcleo de derechos inalienables que se han conservado incluso en situaciones excepcionales y amenazadoras, admitiendo, sin embargo, la adopción de medidas restrictivas de los derechos en casos estrictamente necesarios, “siempre que tales medidas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente a causa de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. El concepto de igualdad formal, como en la Declaración, es previsto por el Pacto en su artículo 26, al afirmar que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley [...] la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 18, en relación con el artículo 26, considera que la no discriminación es un principio fundamental establecido en el propio Pacto, condición y requisito previo para el pleno disfrute de los derechos humanos enunciados en él. En la opinión de la Comisión: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”.⁵

Cabe destacar que, en 1994, en el caso *Toonem vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que los Estados están obligados a proteger a las personas contra la discriminación por orientación sexual.⁶

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 señala, en su artículo segundo, que los Estados Partes se comprometen a garantizar que los derechos establecidos en ese documento sean ejercidos, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen político o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Una vez más, se consagra la cláusula de prohibición de discriminación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N°20, señaló que el término “otra condición social” consagrado en el artículo 2 del Pacto incluye la orientación sexual. Hizo hincapié en la obligación de los Estados Par-

5 En el mismo sentido, se destaca la Recomendación General N° 14 del Comité para la Limitación de Todas las Formas de Discriminación Racial, acordada en 1993, la cual señala que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico de la protección de los derechos humanos”.

6 Comité de Derechos Humanos, Caso *Toonen vs. Australia*, Comunicación N° 488/1992, U.N. Doc. CPR/C/50/D/488/1992 (1994).

tes de garantizar que la orientación sexual de una persona no signifique un obstáculo para la realización de los derechos en el Pacto como, por ejemplo, los derechos de pensión de viudedad, y agregó que la cláusula que prohíbe la discriminación alcanza el criterio de la identidad de género⁷.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 16, aprobada en 2005, estableció que “Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí”.

Tanto la Declaración Universal como los Pactos invocan la igualdad, por lo que la primera fase de la protección de los derechos humanos se caracteriza por una protección general, genérica y abstracta, bajo el lema de la igualdad formal y la prohibición de la discriminación. La segunda fase de protección, reflejada por el proceso de especificación del sujeto de derecho, estará marcado por una protección especial y específica de los tratados que tienen como objetivo eliminar todas las formas de discriminación que afectan desproporcionadamente a ciertos grupos, como las minorías étnicas y raciales, y las mujeres, entre otros.

En este contexto se inserta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1965, inaugurando así un sistema especial de protección⁸. No existía, hasta ese momento, suficiente consenso internacional para avanzar en la adopción de una convención sobre la eliminación de la discriminación por orientación sexual. En más de 70 países, los actos homosexuales eran criminalizados y solo en 1990 la Organización Mundial de la Salud borró la homosexualidad de su catálogo de enfermedades.

En su preámbulo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial afirma que cualquier “doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial”.

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20).

8 En el campo del sistema especial de protección, en el Sistema Interamericano, merecen también ser mencionadas la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos de los Niños (1990), la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Agrega la urgencia de adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas. El artículo 1 de esta Convención define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En otras palabras, se entiende por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otro campo. Por lo tanto, la discriminación siempre significa desigualdad.

De lo anterior nace la urgencia de erradicar todas las formas de discriminación basada en raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tengan como principio la exclusión. La lucha contra la discriminación racial es una medida clave para garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, como también los derechos sociales, económicos y culturales.

El alcance de la protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el sistema global, se traslada a los sistemas regionales, con especial énfasis en los derechos de la diversidad sexual.

3. Protección del derecho a la diversidad sexual en los sistemas regionales: El impacto de la sentencia del caso Atala Riffo vs. Chile

Respecto al derecho a la diversidad sexual, tanto el sistema europeo como el sistema interamericano consagran la cláusula de igualdad y de prohibición de la discriminación.

Por una parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 14, acoge la cláusula de prohibición a la discriminación al señalar que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Por otra parte, la cláusula de no discriminación se encuentra establecida enfáticamente en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, con el fin de establecer el deber de los Estados Partes de respetar los dere-

chos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 1). En la cláusula de no discriminación, se añade el principio de igualdad formal por el cual “todas las personas son iguales ante la ley [...] tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (artículo 24). Tal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana, al permitir la suspensión de garantías y restricciones a los derechos en los casos de guerra, peligro público u otra emergencia, advierte expresamente que la suspensión no podrá en modo alguno implicar la discriminación basada en raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, indicando también un núcleo de derechos inalienables (artículo 27).

Al reiterar la comprensión del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca que la “no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio fundante, básico, general y fundamental relativo a la protección internacional de los derechos humanos [...] la Comisión [...] ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA. [...] En definitiva, la igualdad y la no discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad”.⁹

En el sistema europeo emerge un vasto y significativo repertorio jurisprudencial concerniente a los derechos de la diversidad sexual, que tiene como agenda inaugural el combate contra la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos en los años ochenta. Más tarde, otras violaciones fueron enfrentadas por el sistema europeo, como la discriminación por orientación sexual en los años noventa: los casos relativos al reconocimiento de los derechos de los transexuales, con decisiones favorables desde

9 Consejo Permanente OEA, Discursos y presentaciones durante la discusión y análisis de la Sesión Especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, celebrada en la sede de la OEA en Washington, entre el 28 y 29 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/cajp.rdi15.orig.doc>.

2002; la adopción por homosexuales, con decisiones favorables desde 2008; y el derecho a contraer matrimonio, siendo los casos más recientes decididos a partir de 2010.

En el sistema interamericano, el caso más notorio ha sido el de *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, decidido por la Corte Interamericana el 24 de febrero de 2012, con relevante referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en la materia.

3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): Casos que involucran el derecho a la libre orientación sexual

3.1.1. Casos relativos a la prohibición de la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas

En esta categoría destaca el caso *Davis Norris vs. Irlanda*,¹⁰ originado en la denuncia de Davis Norris, activista homosexual irlandés, fundador y presidente del movimiento irlandés Irish Gay Rights Movement, en contra de las leyes irlandesas que penalizan los actos homosexuales consentidos entre adultos. El peticionario argumentó que tales medidas estarían en contra a su derecho a la intimidad y podían afectar seriamente su salud, proporcionando un estado de depresión, agravada por el abuso y las amenazas de violencia de que es víctima.

En sentencia dictada en 1988, el Tribunal aceptó la demanda y condenó a Irlanda en razón de que tales leyes constituyen una violación del artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada) y una injerencia indebida del Estado en el derecho al respeto de privacidad, no justificadas a la luz del párrafo 2 del artículo 8 de la Convenio como una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

Asimismo, en el caso de *Modinos vs. Chipre*,¹¹ el Tribunal Europeo enfrentó una violación similar a partir de la denuncia presentada por el peticionario Alecos Modinos, presidente del Movimiento de Liberación de los Homosexuales en Chipre, sobre la penalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos de la legislación penal local. Del mismo modo, el Tribunal aceptó la demanda y condenó a Chipre sobre la base de que tales le-

¹⁰ TEDH, Caso *Davis Norris vs. Irlanda*, sentencia de fecha 26 de octubre de 1988. En el mismo sentido, ver TEDH, Caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 22 de octubre de 1988; TEDH, Caso *L. y V. vs. Austria*, sentencia de fecha 9 de enero de 2003; TEDH, Caso *B. B. vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 10 de febrero de 2004; y TEDH, Caso *S. L. vs. Austria*, sentencia de fecha 9 de enero de 2003.

¹¹ Ver TEDH, Caso *Modinos vs. Chipre*, sentencia de fecha 22 de abril 1993.

yes constituyen una violación del artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada) y una injerencia injustificada del Estado al derecho al respeto de la vida privada.

3.1.2. Casos relativos a la prohibición de discriminación por orientación sexual

Dos casos emblemáticos resueltos por el Tribunal Europeo sobre la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual son Perkins e R. vs. Reino Unido¹² y Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido.¹³ Ambos se refieren al despido de homosexuales de las Fuerzas Armadas del Reino Unido después de una investigación de sus vidas privadas. Los peticionarios, todos nacionales del Reino Unido, que servían en la Armada británica, fueron despedidos con fundamento en su orientación sexual.

El señor Perkins sirvió en la Marina Real (Royal Navy) como asistente médico desde 1991, describiéndose como un personaje competente. Él admitió su condición de homosexual en una entrevista, luego de que las autoridades navales hubieran recibido información acerca de su orientación sexual. La señora R., a su vez, se unió a la Marina en 1990 realizando una pasantía como operadora de radio. En 1992, pasó un examen de calificación para ser operadora profesional de radio de “primera clase”, obteniendo una evaluación muy positiva de su carácter. Después que una colega –a la que le había confiado haber tenido una breve relación lésbica con una civil– dio conocimiento a las autoridades sobre su homosexualidad, fue sometida a una entrevista y despedida.

Por su parte, el señor Beck se incorporó a la Royal Air Force (RAF) en 1976. Antes de su renuncia, debido a su homosexualidad, era un analista de sistemas de comunicaciones con una conducta profesional ejemplar y con un pronóstico favorable para promoción y ascenso. El señor Copp ingresó al cuerpo médico del ejército en 1978; después de recibir una promoción y que se le asignara una posición en Alemania en 1981, declaró su homosexualidad para no ser separado de su pareja (un civil) y, por lo tanto, fue despedido. El señor Bazeley se unió a la RAF en 1985; antes de su renuncia, era un asistente de vuelo considerado con buen potencial. Durante la entrevista, admitió su

12 TEDH, Caso Perkins y R. vs. Reino Unido, sentencia de fecha 22 de octubre de 2002.

13 TEDH, Caso Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido, sentencia de fecha 22 de octubre de 2002. En el mismo sentido, ver TEDH, Caso Lustig-Prean e Beckett vs. Reino Unido, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1999; y TEDH, Caso Smith y Grady vs. Reino Unido, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1999.

condición de homosexual después de que en su billetera fuesen encontradas dos tarjetas de clubes gays, y, por este motivo, también fue despedido.

Los peticionarios adoptaron sin éxito todas las medidas internas disponibles encaminadas a revocar la decisión de despido por motivos de discriminación por orientación sexual. Sostuvieron, además, que la política del Ministerio de Defensa del Reino Unido sobre la no presencia de homosexuales en el ejército era irrazonable y contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal aceptó los dos casos sobre la base de que la política de prohibir la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas, tras la investigación de la intimidad y la sexualidad, constituyen violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo. Sostuvo que esa práctica caracteriza la discriminación flagrante y una injerencia indebida en el derecho al respeto de la vida privada, y que no se justifica a la luz del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención como una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

También respecto a la prohibición de la discriminación por orientación sexual, cabe mencionar el paradigmático caso de *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*,¹⁴ originado en la denuncia de un peticionario portugués que se casó y tuvo una hija, y quien, luego del divorcio de su mujer, sostuvo una relación homosexual. Hubo una disputa legal sobre la patria potestad y, en apelación, la ex esposa obtuvo la patria potestad en base a la homosexualidad del peticionario.

El Tribunal Europeo condenó a Portugal por violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 14 (prohibición de discriminación), con el argumento de que se habría tratado de una violación del principio de proporcionalidad. Hizo hincapié en que la decisión de la justicia portuguesa, con base principalmente en la homosexualidad del peticionario, para negarle la patria potestad no es un criterio que se encuentre establecido en la ley, en contravención directa al principio de proporcionalidad como “no existencia de una relación razonable entre el medio y el fin perseguido”. Finalizó el Tribunal Europeo considerando que la decisión en sí misma constituye una justa indemnización por los daños sufridos por el peticionario.

3.1.3. Casos relacionados con el reconocimiento de los derechos de los transexuales

El caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*¹⁵ tuvo como objeto el reconoci-

¹⁴ TEDH, Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* N. 33290/96, sentencia del 21 de marzo de 2000.

¹⁵ TEDH, Caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 11 de julio de 2002. En el mismo

miento legal de una transexual que se hizo la operación de cambio de hombre a mujer, así como los derechos a un trato diferenciado (especialmente en el trabajo), seguridad social, pensión y matrimonio en el Reino Unido. La peticionaria, con un registro de nacimiento de hombre, vivió como una mujer de 1985 a 1990, sometiéndose a una cirugía de cambio de género en el servicio nacional de salud. Denunció la falta de reconocimiento legal de cambio de sexo, aduciendo la existencia de documentos en los cuales todavía constaba como de sexo masculino, lo que le había causado problemas, vergüenza y humillación. Añadió que debía tener acceso a la jubilación a los 60 años (edad aplicable a las mujeres). Como en el ámbito jurídico seguía siendo considerada como un hombre, se le obligaba a pagar contribuciones hasta los 65 años. También denunció la violación del derecho a contraer matrimonio, entendido en sentido estricto como la unión entre un hombre y una mujer.

El Tribunal Europeo estableció la necesidad de recurrir a una interpretación dinámica y evolutiva de modo que pudiera aplicarse la Convención a la luz de las condiciones de la realidad actual. Señaló que la falta de consenso en la sociedad sobre el status de una transexual (postoperación) no puede ser entendida como un mero inconveniente o trámite. No parece lógico, entiende el Tribunal, permitir que la cirugía sea realizada por el sistema nacional de salud y luego negar su impacto legal. Esta situación ha generado consecuencias de alta relevancia para la peticionaria.

El Tribunal afirmó que hay una tendencia internacional a favor de la aceptación social de los transexuales, así como el reconocimiento legal de su nueva identidad sexual (después de la operación de cambio de sexo). Sostuvo que las excepciones han sido admitidas en el sistema de registro de nacimientos, por ejemplo, en el caso de adopción o legitimación de los hijos. Añadir una nueva excepción en el caso de los transexuales no pone en peligro el sistema de registros en su conjunto ni daña a terceros. Asimismo, pone de relieve que la verdadera esencia de la Convención es garantizar el respeto de la dignidad humana y las libertades que incluirían, en el siglo XXI, el derecho de los transexuales al desarrollo de su personalidad, seguridad física y bienestar de forma plena, tal y como es asegurado a las demás personas. Argumentó que

sentido, consultar TEDH, Caso I. vs. Reino Unido, sentencia de fecha 11 de julio de 2002. En sentido contrario, ver decisión del Tribunal Europeo en un caso similar, dictada en 1990, donde concluyó que no se estaría violando el artículo 8º (por 10 a 8 votos) ni tampoco el artículo 12 (por 14 a 4 votos): TEDH, Caso Cossey vs. Reino Unido, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1990. Se reflejan cambios jurisprudenciales en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con base en una interpretación dinámica y evolutiva.

no existe un supuesto interés público para caracterizar el llamado “margen de apreciación” para legitimar la restricción del derecho del peticionario. La ponderación de los bienes jurídicos vulnerados, de acuerdo con el Convenio, resultó ser favorable para reconocer el derecho de la peticionaria.

En cuanto al derecho del matrimonio de la demandante, el Tribunal señaló que, si bien el artículo 12 del Convenio se refiere al derecho a contraer matrimonio con referencia expresa a los derechos “del hombre y la mujer” a casarse y fundar una familia, esta predicción no excluye la intención de la demandante a casarse y fundar una familia, porque no puede ser considerado como único criterio la definición puramente biológica del sexo. El Convenio debe tener en cuenta los profundos cambios experimentados por la institución del matrimonio, así como los extraordinarios avances de la medicina y la ciencia en el campo de la transexualidad. Sobre la base del derecho a la vida privada (artículo 8 de la Convención), el Tribunal sostuvo que los factores biológicos ya no podían ser decisivos para negar reconocimiento legal a la reasignación de género, ni privar al solicitante del derecho a contraer matrimonio.

Igualmente, el Tribunal consideró que se presentaba violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia) y 14 (prohibición de discriminación), en virtud del derecho al respeto de la nueva identidad sexual de la demandante.

Por la misma razón, destaca el caso *Grant vs. Reino Unido*,¹⁶ petición dirigida al reconocimiento legal de cambio de sexo de los transexuales, así como la concesión de la jubilación, considerando la edad mínima aplicable a las mujeres, con base en el artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada y familiar). El peticionario es una persona transexual que se ha sometido a una cirugía de cambio de sexo (de hombre a mujer). Se identificó a la seguridad social como una mujer desde 1963, por lo que realizó el pago de las contribuciones sobre la base de la norma aplicable a las mujeres hasta 1975, cuando la diferencia de valores fue abolida. Solicitó, por lo tanto, al Estado el derecho a jubilarse cuando alcanzó la edad de 60 años, siendo su petición rechazada en el entendimiento de que la edad mínima sería 65 para los hombres. La decisión fue apelada, sin éxito.

El Tribunal consideró que en este caso se caracteriza la violación del artículo 8 de la Convención Europea, debido a la falta de reconocimiento legal de cambio de sexo de la solicitante. Añadiendo la inexistencia de una justificación a la denegación de tal reconocimiento, teniendo en cuenta que se realizó

¹⁶ TEDH, *Caso Grant vs. Reino Unido* sentencia de fecha 23 de mayo de 2006.

la cirugía para cambiarse de sexo. Queda, por tanto, establecer la vulneración al derecho al respeto de la vida privada de la peticionaria con base en los artículos 8 y 14 de la Convención Europea.

3.1.4. Casos relativos al derecho de adopción por homosexuales

En el caso de *Fretté vs. Francia*,¹⁷ sentencia del 26 de febrero de 2002, el Tribunal Europeo sostuvo que Francia, al negar el derecho de adopción por homosexuales, no estaría en infracción de los artículos 8 y 14 de la Convención. En el caso, después de conocer su homosexualidad, el “Departamento de Servicios Sociales de París” recomendó al peticionario no avanzar en el proceso de adopción, para luego desestimar la petición por considerar que el peticionario no ofrecía un “modelo estable de la maternidad” para que el niño fuera adoptado, e imponiendo otras dificultades en la evaluación del impacto de la adopción de un niño. El Tribunal sostuvo que tal decisión estaría amparada bajo la doctrina de la “discreción” conferida al Estado (*doctrine of margin of appreciation*) y no podría, por lo tanto, considerarse arbitraria. Llegó a la conclusión de que el trato diferenciado dado por Francia en el caso no representaría violación de los artículos 8 y 14 de la Convención Europea (en una decisión por 4 votos a favor y 3 votos en contra). El Tribunal consideró que solo se vulneró el artículo 6 de la Convención, por afrenta al debido proceso, citando fallas en el curso del proceso de adopción, lo que habría causado daños en perjuicio del peticionario.

En el caso *E.B. vs. Francia*,¹⁸ sentencia del 22 de enero de 2008, sobre la base de la interpretación dinámica y evolutiva, que concibe al Convenio como un *living instrument* a ser interpretado a la luz de los tiempos actuales, el Tribunal Europeo condenó a Francia por rechazar la adopción por homosexuales solteros, basado en la afrenta a los artículos 8 y 14 de la Convención. Sostuvo que la ley francesa permite la adopción por personas solteras, lo que haría viable la adopción por la peticionaria. En el caso, la petición de adopción se hizo sobre una base individual y no por una pareja. El Tribunal sostuvo que la denegación de la adopción en el caso significó la injerencia estatal indebida en la intimidad de la peticionaria, con violaciones adicionales del principio de igualdad de trato y de proporcionalidad. Señaló además que la decisión cuidaría la protección de los intereses del niño, ya que serían probadas las cualidades y las capacidades emocionales de la solicitante durante el proceso de adopción.

¹⁷ TEDH, Caso *Fretté vs. Francia*, sentencia de fecha 26 de febrero de 2002.

¹⁸ TEDH, Caso *E.B. vs. Francia*, sentencia de fecha 22 de enero de 2008.

3.1.5. Casos relativos al derecho de matrimonio entre homosexuales

En el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*,¹⁹ los peticionarios, quienes mantenían una relación homo afectiva estable, exigieron el derecho a casarse. La petición fue denegada por el Estado de Austria, bajo el argumento de que el matrimonio implica un contrato entre personas de distinto sexo. En una sentencia dictada el 24 de junio de 2010, el Tribunal Europeo –aunque reconoció que la relación homo afectiva de los peticionarios estaría cubierta por el concepto de “familia”– argumentó que el Convenio Europeo no podría forzar al Estado a garantizar el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, no existiendo violación a los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación). Agregó que las autoridades nacionales serían un *locus* más adecuado y apropiado para responder a las necesidades sociales, teniendo en cuenta los aspectos culturales y sociales del matrimonio en las diferentes sociedades.

3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): El impacto de la sentencia del caso *Atala Riffo vs. Chile*

En el sistema interamericano, destaca el caso paradigmático de *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, decidido por la Corte el 24 de febrero de 2012.²⁰ Este es el primer caso que se presenta ante la Corte IDH sobre la violación de los derechos de la diversidad sexual, por lo que carece de un universo de precedentes, como en el sistema europeo.

Sin precedentes, fue analizada la responsabilidad internacional del Estado frente a la discriminación y la injerencia indebida en la vida privada y familiar de la víctima, Karen Atala, debido a su orientación sexual. El caso fue objeto de un intenso litigio en Chile, que terminó con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de otorgar la custodia al padre de tres hijas, con el argumento de que la señora Atala no debía mantener la custodia por convivir con una persona del mismo sexo después del divorcio. En la opinión unánime de la Corte IDH, Chile violó el principio de igualdad y la prohibición de discriminación enunciados en los artículos 1.1 y 14 de la Convención.

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, y comprendiendo la Convención como un “*living instrument*”, la Corte estimó que la cláusula del artículo 1.1 se caracteriza por una abierta, de manera que se puede incluir la

19 Consultar TEDH, *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*, sentencia de fecha 24 de junio de 2010.

20 Corte IDH, *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile*, fondo, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012.

categoría de orientación sexual, imponiendo a los Estados la obligación general de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna.

En este sentido, la Corte Interamericana recurrió al caso de Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal argumentando que: “Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es ‘otra condición’ mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe los tratos discriminatorios. En particular, en el caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de las categorías que se establecen en dicho artículo son ilustrativas y no exhaustivas”.²¹

Además, argumentó la Corte IDH que la noción de igualdad “es inseparable de la dignidad esencial de cada persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior un determinado grupo, implique un trato con privilegios; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidades o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos”²² reconocidos.

La Corte hizo hincapié en que el principio de la igualdad y la prohibición de la discriminación entró en el campo del “*jus cogens*” en la actual etapa de evolución del derecho internacional, apoyando el orden público nacional e internacional que permea todo el ordenamiento jurídico. Llegó a la conclusión de que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.²³ Agregó que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”,²⁴ bajo pena de permanecer en la infracción del artículo 1.1 de la Convención.

21 Ibid., párr. 87.

22 Ibid., párr. 79.

23 Ibid., párr. 91.

24 Ibid., párr. 92.

Con relación al argumento de la Corte Suprema de Chile de que habría un “derecho preferente de las menores (de edad) a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”,²⁵ una vez más la Corte Interamericana recurrió al precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumentando que “En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual de la custodia de su hija menor de edad, con el argumento de que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)”.²⁶

La Corte añade, además, el argumento de la necesidad de respetar la vida privada, que abarca el desarrollo físico, social y personal, la autonomía personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas del mismo sexo. Sustenta su hipótesis en la violación por parte de Chile del derecho consagrado en el artículo 11 de la Convención sobre la protección del honor y la dignidad, lo que implicaría el respeto a la vida privada y la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada.

Aunque este es el primer y único caso resuelto por la Corte Interamericana respecto a la discriminación por orientación sexual, se observa que, en virtud de la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 7 de junio de 2011,²⁷ los Estados condenan todas las formas de discriminación y violencia por motivos de orientación sexual, fomentando la adopción de políticas públicas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual y para la protección de sus víctimas.

Mientras tanto, el 3 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció una Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexuales. Para la Comisión Interamericana, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que ni el Estado ni otros pueden invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones

25 *Ibíd.*, párr. 113.

26 *Ibíd.*, párr. 143.

27 Asamblea General OEA, Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), del 7 de junio de 2011.

y determinar su propia identidad, y campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quién, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar”.²⁸

Conclusiones

La historia de la lucha contra la discriminación por orientación sexual tuvo un avance decisivo en la década de los noventa. Hay historia *pre* y *post* esa década con respecto a la protección de los derechos de la diversidad sexual, encontrando en los últimos veinte años avances extraordinarios. Estos avances se han logrado especialmente en el ámbito del sistema global y los regionales, que por sí mismos revelan la ausencia de un consenso normativo internacional sobre los derechos de la diversidad sexual.

El mayor reto actual consiste en ampliar, optimizar y densificar la fuerza catalizadora de una jurisprudencia que brinde protección global y regional. El punto de partida es la convergencia de los Comités de la ONU y las Cortes Interamericana y Europea respecto a que la igualdad y la prohibición de la discriminación es una cláusula abierta que abarca el criterio de la orientación sexual. En consecuencia, la orientación sexual no puede justificar la restricción, limitación y reducción de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta la fuerza del principio inderogable de igualdad y de la no discriminación (elevado al *jus cogens*), es necesario reforzar las obligaciones de los Estados para prohibir la discriminación basada en la orientación sexual y garantizar la igualdad a través de legislación, políticas públicas y recursos judiciales. Los Estados deben hacer suyas las obligaciones clásicas de respetar (no violar), proteger (prevenir a otros de violar) e implementar los derechos humanos (tomando todas las medidas necesarias para su realización).

Ello implica desencadenar el proceso de afirmación de los derechos de la diversidad sexual con la vocación de resignificar el alcance del derecho a la igualdad y la diferencia. En este sentido, destacan los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su alto impacto regional e internacional, en repudio a la criminalización de las prácticas homosexuales, para frenar la discriminación por orientación sexual, proteger los derechos de los transexuales y garantizar los derechos a la adopción y el matrimonio para los homosexuales. A esos precedentes se suma el caso paradigmático

²⁸ Consejo Permanente OEA, Nota del Presidente del Comité Jurídico Interamericano al Presidente del Consejo Permanente transmitiendo el informe preliminar sobre “orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, OEA/Ser.G CP/doc.4856/13, del 17 de abril de 2013.

de Atala Riffo vs. Chile, juzgado por la Corte Interamericana en febrero de 2012, sobre la prohibición de la discriminación por orientación sexual.

Al mismo tiempo que la penalización de las prácticas homosexuales se mantiene en más de 70 países, la lucha contra la homofobia emerge a nivel internacional a través de las iniciativas adoptadas por la ONU y la OEA en 2011, como se destaca en este estudio. En algunas zonas del mundo aún es un delito ser homosexual, lo que se contrapone a la vertiente global y regional que, por el contrario, afirma que es un crimen violar los derechos de los homosexuales. Por lo tanto, nos encontramos ante un desafío de transformación cultural.²⁹

La jurisprudencia innovadora global y regional ha sido capaz de romper con la apatía ante las diferencias, afirmando el derecho a la igualdad con respeto a la diversidad. Los derechos humanos simbolizan el lenguaje de la alteridad: ver a los otros como seres merecedores y dignos de igual consideración y profundo respeto, dotados con el derecho a desarrollar su potencial humano, de forma libre, independiente y autónoma. Son consistentes con una ética orientada en la afirmación de la dignidad y prevención del sufrimiento humano.

Para Luigi Ferrajoli,³⁰ los derechos humanos simbolizan la ley del más débil contra la ley del más fuerte, en la expresión de un contrapoder al absolutismo que surja del Estado, el sector privado o incluso de la esfera doméstica.

La impactante jurisprudencia del sistema global y de los sistemas regionales europeo e interamericano, en particular el caso Atala Riffo vs. Chile, revelan la importancia de la justicia para asegurar que triunfen los derechos, a veces en vía contramayoritaria, en el ejercicio de una racionalidad emancipadora basada en el principio de la prevalencia de la dignidad humana.

Se trata de avanzar en la lucha para proteger los derechos de la diversidad sexual mediante la expansión de la fuerza catalizadora de esta relevante jurisprudencia que, con su fuerza vinculante, sirve de guía para los Estados en la lucha contra la homofobia y en defensa de la diversidad sexual.

29 Para Navi Pillay: "Laws criminalizing homosexuality pose a serious threat to the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender individuals, exposing them to the risk of arrest, detention and, in some cases, torture and execution. (...) We also know that criminalization perpetuates stigma and contributes to a climate of homophobia, intolerance and violence. Alta Comisionada de las Naciones para los Derechos Humanos, enero 2011, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT_discrimination_A4.pdf.

30 Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali - Um dibattito teóricico*, (Laterza) 2002, p. 338.

COLOMBIA SE RETIRA DEL PACTO DE BOGOTÁ: CAUSAS Y EFECTOS

Rene Urueña¹

Resumen

Ante la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia –que fue percibida como un triunfo para la primera y una derrota para la segunda– las autoridades colombianas jugaron primero con la idea de desacatar abiertamente el fallo y posteriormente tomaron la decisión de denunciar el Pacto de Bogotá de 1948, tratado bajo el que la CIJ adquirió jurisdicción para resolver la disputa.

Este artículo hace una descripción del litigio, de las características centrales del fallo, y del retiro del Pacto y sus implicaciones jurídicas. Así mismo, sitúa la denuncia colombiana del Pacto en el contexto latinoamericano: en realidad, Colombia es sólo un ejemplo más de una práctica relativamente común en nuestra región. Sobre esta base, el artículo presenta los dos modos argumentativos que han dominado las interpretaciones de la reacción de Colombia al fallo: la sensibilidad realista y la sensibilidad legalista. Estas sensibilidades generan, a su vez, sendos sentidos comunes, los cuales presentan graves puntos ciegos que son explorados en la conclusión.

Introducción

En los últimos meses de 2012, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) decidió una demanda interpuesta por Nicaragua en contra de Colombia, con ocasión de una disputa territorial en el Mar Caribe. La decisión fue percibida como un triunfo en Nicaragua y una derrota en Colombia, pues otorgó a los nicaragüenses derechos de explotación económica sobre un área marítima respecto

¹ Profesor y Director del Área de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes de Colombia. El autor agradece especialmente la asistencia de investigación de Emilio Lehoucq, Stephania Yate y Adriana Catalina Pérez, cuya contribución hizo posible este texto.

a la cual Colombia consideraba tener derecho. En reacción, las autoridades colombianas jugaron primero con la idea de desacatar abiertamente el fallo y posteriormente tomaron la decisión de denunciar el Pacto de Bogotá de 1948, tratado bajo el que la CIJ adquirió jurisdicción para resolver la disputa.

El debate jurídico sobre el contenido del fallo está abierto, al menos en Colombia. Algunos juristas colombianos han opinado que la sentencia presenta graves errores doctrinales en derecho internacional² y la posibilidad de una demanda de revisión o interpretación ante la CIJ parece estar sobre la mesa,³ para lo que Colombia contrató los servicios de la prestigiosa firma Voltera Fietta, en Londres, para formular las pretensiones.⁴ Aun así, el fallo parece ser menos controversial fuera de Colombia: la decisión de la CIJ fue unánime en la delimitación,⁵ y los pocos comentarios especializados que han surgido hasta el momento parecen considerar que el fallo es una aplicación razonable (aunque algo innovadora) de los principios de derecho del mar desarrollados por la propia Corte y por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en Hamburgo.⁶

No estamos, entonces, ante un caso especialmente controversial en términos de derecho internacional, que esté minando la legitimidad de la CIJ o siendo debatido en el Consejo de Seguridad. Esto no implica, por supuesto, que nuevos escenarios sean imposibles: si los nuevos agentes colombianos logran construir un argumento viable para una demanda adicional, nuevas e interesantes consideraciones podrían surgir. No obstante, por ahora, ese no es el caso: más que una discusión sobre el fallo, el punto parece ser, en este momento, las formas jurídicas que tomará el cumplimiento del mismo, el horizonte de tiempo que tal cumplimiento tendrá, y es el margen de maniobra

2 Véase, por ejemplo, *El Espectador*, Cárdenas, Fabián, “Los Errores de La Corte Internacional de Justicia en el fallo sobre San Andrés”, 22 de noviembre de 2012.

3 *El Tiempo*, “Entrevista con Manuel José Cepeda: Colombia busca nueva prueba que modifique fallo de La Haya”, 1 de diciembre 2012.

4 Cancillería de Colombia, Positivo balance deja gira por Colombia de abogado que liderará estrategia jurídica de Colombia ante la CIJ (Oficina de Prensa, Cancillería de Colombia, 22 de febrero de 2013), disponible en <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/positivo-balance-deja-gira-colombia-abogado-que-liderara-estrategia-juridica-colombia>.

5 El único voto disidente de la decisión provino del juez Owada, quien formó parte de la mayoría unánime excepto respecto a la admisibilidad de una pretensión nicaragüense que, sin embargo, no afectó la delimitación.

6 Véase, Bekker, Pieter, “The World Court Awards Sovereignty Over Several Islands in the Caribbean Sea to Colombia and Fixes a Single Maritime Boundary Between Colombia and Nicaragua”, en *ASIL Insights*, 17, no. 3, 2013. También, Burke, Naomi, “Nicaragua v Colombia: An Unusual Delimitation?”, en *Cambridge Journal of Comparative Law Blog*, 4 de enero de 2013, disponible en <http://www.cjicl.org.uk/index.php/cjicl-blog/nicaragua-v-colombia-a-return-to-more-flexible-delimitation>.

que la decisión deja para una negociación diplomática entre Colombia y Nicaragua sobre temas puntuales: interdicción de narcóticos, explotación petrolera, protección del medio ambiente, derechos pesqueros, etcétera. Lo mismo ocurre con la denuncia del Pacto de Bogotá. No existe duda jurídica sobre la facultad de Colombia de presentar tal denuncia, y tampoco existe duda de que la misma no afecta el fallo de la CIJ.

Más allá de este debate, la reacción colombiana ante el fallo –y la posterior denuncia del Pacto– nos proveen una interesante oportunidad para reflexionar sobre la forma en que pensamos este tipo de situaciones, en especial, en América Latina. Nos apresuramos a juzgar si Colombia está en lo correcto en denunciar el Pacto, al emitir opiniones en un sentido o el otro. Este artículo no presenta una opinión más sobre el tema. En lugar de eso, el texto explora los patrones argumentativos que dominan el debate sobre la reacción de Colombia al fallo de la CIJ, subraya sus puntos ciegos y propone algunas variables, ignoradas en las aproximaciones tradicionales, que deberían ser incluidas en el análisis.

¿Para qué hacer este ejercicio? Por dos motivos. Primero, porque observar estos patrones argumentativos nos ayuda a pensar en cómo se construye el sentido común que controla nuestra interpretación de las relaciones internacionales en un momento dado. Los abogados internacionalistas en América Latina tendemos a movernos, sin parpadear, entre los extremos del cinismo y el fundamentalismo de la verdad. Creemos, de una parte, que el derecho internacional es un sistema completamente maleable y que, en consecuencia, las opiniones jurídicas son determinadas en su totalidad por quien quiera que le esté pagando al abogado emitiéndolas, sea en dinero, en cargos políticos o en ambos. Por otra, saltamos de ese escepticismo para abrazar con pasión la idea que el derecho internacional sí nos provee la respuesta correcta y justa que el derecho nacional nos niega: esta sí es, verdaderamente, la respuesta de los derechos humanos, del derecho internacional, de la “comunidad internacional”.

La idea de este artículo es explorar como, en la oscilación entre estos dos extremos de confianza y desconfianza absolutas, en realidad existen ciertos patrones argumentativos que son seguidos y repetidos incansablemente, partiendo de las mismas premisas, aplicándolas a los más diversos hechos; en este caso, la reacción colombiana al fallo de la CIJ. De estos patrones de argumentos jurídicos, por fuerza de repetición, emerge un cierto sentido común, con funciones descriptivas y normativas, que se convierte entonces en el prisma a través del cual interpretamos la realidad internacional. Este sentido co-

mún no es único. Hay patrones argumentativos que compiten entre sí y que a su vez generan sentidos comunes que están también en competencia. Este artículo propone que, en el caso de la reacción colombiana al fallo, hay dos patrones en disputa: la sensibilidad realista y la sensibilidad liberal. Como si se tratara de una obra de teatro, cada uno de estos prismas genera su propio reparto de personajes, su propia trama y su propia moraleja. Y, sin embargo, estamos ante los mismos hechos: Colombia denunció el Pacto de Bogotá. Así, reflexionar sobre cómo llegamos a pensar lo que pensamos nos permite explorar quién gana y quién pierde con cada modo argumentativo, esto es, cuál voz es amplificadora y cuál voz es acallada en cada uno. Esta es la motivación principal del artículo.

En segundo lugar, este artículo busca hacer una contribución a la incipiente literatura constructivista en derecho internacional. El cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales ha sido tradicionalmente leído desde una perspectiva realista, enfatizando el poder como variable clave para entender las relaciones internacionales, o desde una perspectiva liberal, que acentúa la vinculatoriedad abstracta del derecho internacional en tanto norma jurídica. En contra de estas dos visiones, literatura reciente ha comenzado a presentar ideas alternativas sobre el rol del derecho en la construcción de las estrategias geopolíticas internacionales, y la contribución específica y distintiva de las normas jurídicas en la generación de identidades, tanto individuales como nacionales y transnacionales.⁷ La exploración que se hace en este artículo de la denuncia del Pacto de Bogotá busca entrar en diálogo con esas posibilidades metodológicas. Así, más que decir si la denuncia del Pacto es “buena” o “mala”, “conveniente” o “inconveniente”, la metodología constructivista nos permite preguntarnos: ¿conveniente para quién? ¿quién gana y quién pierde con estas decisiones?

El artículo procede de la siguiente forma: la primera parte hace una descripción del litigio entre Colombia y Nicaragua, de las características del fallo, y del retiro del Pacto y sus implicaciones jurídicas. La segunda parte sitúa la denuncia colombiana del Pacto en el contexto latinoamericano: en realidad, Colombia es solo un ejemplo más de una práctica relativamente común en

7 Toope, Stephen, y Brunnée, Jutta, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, (Cambridge University Press) 2010; Brunnée y Toope, “International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000, p. 19; Bederman, David, “Constructivism, Positivism, and Empiricism in International Law”, en *Georgetown Law Journal*, 89, 2000, pp. 469-500; Kingsbury, Benedict, “Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy”, en *American Journal of International Law*, Vol. 92, 3, 1998, pp. 414-457.

nuestra región. Sobre esta base, la tercera parte presenta los dos modos argumentativos que han dominado las interpretaciones de la reacción de Colombia al fallo: la sensibilidad realista y la sensibilidad legalista. Estas sensibilidades generan, a su vez, sendos sentidos comunes, los cuales presentan graves puntos ciegos que son explorados en la conclusión.

1. El fallo y las fallas

Como se anunció arriba, la CIJ emitió su fallo en la controversia suscitada entre Nicaragua y Colombia respecto de los derechos sobre ciertas islas y la delimitación marítima entre ambos Estados. Posteriormente, el gobierno colombiano optó por denunciar el Pacto de Bogotá, a fin de eliminar la competencia *ipso facto* que del referido tratado se deriva para la Corte. En lo que sigue, (a) se resumirá brevemente la sentencia; (b) se reseñarán, a la luz del derecho internacional aplicable, los efectos de la denuncia del Pacto de Bogotá; y (c) se analizará la reacción generada en la opinión pública, tanto por el fallo como por el retiro.

1.1. El fallo

El origen de la decisión de la CIJ es la demanda interpuesta por Nicaragua en contra de Colombia el 6 de diciembre de 2001.⁸ Según el demandante, la CIJ tenía jurisdicción sobre la controversia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá.⁹ En su escrito de excepciones preliminares, Colombia sostuvo que la Corte no era competente para conocer el caso, pues el Tratado Bárcenas-Esguerra de 1928 y su protocolo de 1930 –suscritos entre las partes de la controversia– había resuelto ya las materias objeto del litigio. Nicaragua sugirió en su momento que tal tratado no debía ser tenido en cuenta, pues había sido celebrado cuando ese país estaba ocupado por los Estados Unidos.

En su decisión de admisibilidad, la CIJ estimó que el Tratado Bárcenas-Esguerra sí generaba efectos jurídicos; sin embargo, para la Corte los únicos puntos acordados en el mismo eran los relativos a la soberanía colombiana sobre las islas de San Andrés, Santa Catalina y Providencia. Toda vez que tal Tratado estaba vigente al momento de la celebración del Pacto de Bogotá,¹⁰ la

8 CIJ, Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua vs. Colombia), Preliminary objections (2007), ICJ Reports 2007, párr. 1.

9 *Ibíd.*

10 *Ibíd.*, párr. 82.

Corte no contaba con jurisdicción para decidir sobre los puntos allí acordados.¹¹ Sin embargo, la Corte confirmó su jurisdicción respecto a los islotes de Roncador, Quitasueño y Serrana, toda vez que no había habido acuerdo entre las partes, de conformidad con el artículo XXXI del Pacto de Bogotá.¹² Así mismo, confirmó su jurisdicción para conocer la controversia sobre delimitación marítima.¹³ Este último punto es clave: Colombia había insistido que el Tratado Bárcenas-Esguerra establecía la delimitación marítima siguiendo el meridiano 82.¹⁴ Esta idea fue rechazada en el momento de decidir las excepciones preliminares.

El fallo sustancial giró, entonces, alrededor de los islotes mencionados anteriormente y la delimitación marítima. Respecto al primer punto, la Corte examinó el reclamo de soberanía colombiana sobre Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos Sur-Orientales, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla. Para decidir, la CIJ descartó que el Tratado Bárcenas-Esguerra diera luces en particular, pues el material histórico no era conclusivo respecto a cuáles islas hacían parte del archipiélago de San Andrés a la luz del referido tratado.¹⁵ La Corte descartó, también, la aplicación del principio *uti possidetis juris*,¹⁶ pues tampoco había claridad sobre las islas objeto del debate en la era anterior a la independencia.¹⁷ En tal marco, la Corte basó su decisión sobre las *effectivités*, esto es, el ejercicio efectivo de poder y gobierno por parte de las partes del conflicto, y tomó el 12 de junio de 1969 como fecha crítica para efectos de apreciarlas.¹⁸ Con base en este análisis, el Tribunal estimó que Colombia –y no Nicaragua– había actuado públicamente a título de soberano, a través de actos de administración, respecto de los territorios en disputa¹⁹. Así, la Corte concluyó que Colombia tiene la soberanía sobre las islas en Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos Sur-Orientales, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla.²⁰

11 *Ibíd.*, párr. 90.

12 *Ibíd.*, párr. 104.

13 *Ibíd.*, párr. 120.

14 *Ibíd.*, párrs. 107 y 115.

15 *Ibíd.*, párr. 55.

16 En virtud del cual deben mantenerse las fronteras heredadas de la colonia.

17 CIJ, Nicaragua vs. Colombia, op. cit., párr. 65.

18 *Ibíd.*, párr. 71.

19 *Ibíd.*, párr. 84.

20 *Ibíd.*, párr. 103.

Restaba entonces el segundo punto, esto es, la delimitación marítima. La posición de Nicaragua siempre fue que la delimitación debía hacerse con base en la plataforma continental entre las costas de ambos países, con unos enclaves de 12 millas náuticas alrededor de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y unos enclaves de 3 millas náuticas alrededor de las otras islas pertenecientes a Colombia.²¹ Por su parte, Colombia sostuvo que debía hacerse con base en una línea media entre las últimas islas de Nicaragua y las de Colombia.²²

Colombia no es parte de la Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre el Derecho del Mar, razón por la cual la CIJ concluyó que el derecho aplicable a la controversia era la costumbre internacional,²³ cristalizada en los artículos 74 (zona económica exclusiva), 83 (plataforma continental) y 121 (islas) de la citada Convención. Así, la Corte aplicó una aproximación de tres etapas,²⁴ reflejando la adoptada en casos anteriores por la propia CIJ²⁵ y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar cuando se enfrentan a casos como este, donde se da la superposición entre la zona económica exclusiva de un Estado –Nicaragua– y el mar territorial otro, en este caso, derivado de las islas colombianas.

Pues bien, el primer paso fue establecer una línea provisional de delimitación, que consiste en una línea media equidistante utilizando los puntos base en las costas de cada uno de los Estados.²⁶ En este caso, la CIJ usó como referencia para calcular la línea provisional toda la costa nicaragüense (con una extensión de 531 kilómetros), mientras que la referencia del lado colombiano fueron las costas de las islas bajo soberanía de ese Estado (sumando 65 kilómetros). Este método se adoptó toda vez que la CIJ desestimó el argumento de Nicaragua que pretendía constituir enclaves de 3 millas náuticas; por el contrario, la Corte decidió que cada isla colombiana tiene derecho a 12 millas náuticas de mar territorial. Así, la Corte empezó por definir los puntos base, descartando como tales a los islotes de Quitasueño, Serrana y Cayo Bajo, por su escaso tamaño,²⁷ y usó solamente como puntos base a San Andrés, Santa Catalina, Providencia y

21 *Ibíd.*, párr. 134.

22 *Ibíd.*, párr. 135.

23 *Ibíd.*, párr. 137.

24 Burke, *op. cit.*

25 Véase: CIJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, ICJ Reports 1985 p. 46, párr. 60; CIJ, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania vs. Ukraine)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 101, párrs. 115-116.

26 CIJ, *Nicaragua vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 191.

27 *Ibíd.*, párr. 202.

los Cayos de Albuquerque para la definición de la línea provisional.²⁸ Usando esta técnica, la proporción resultante fue de aproximadamente 18:8,2 a favor de Nicaragua.²⁹ La definición del área marítima sobre la cual se aplicaría esta proporción resultó ser uno de los grandes triunfos de Nicaragua, ya que la Corte aceptó su propuesta de que el área sería de más de 209.280 km cuadrados;³⁰ esto es, un 33% más de lo propuesto por Colombia.³¹

En segundo lugar, la Corte consideró las circunstancias que implicarían un ajuste o una modificación de la referida línea provisional, a fin de obtener un resultado equitativo.³² Colombia sostenía que no debía hacerse un ajuste. Sin embargo, la CIJ encontró que sí debía hacerse,³³ pues la aplicación estricta del principio de equidistancia era inapropiada, ya que existía una disparidad importante en la proporción de las costas de referencia (como vimos, 18 a 8,2).³⁴ Adicionalmente, porque la aplicación estricta del principio de equidistancia generaría una delimitación que habría bloqueado a Nicaragua de acceso a su relieve oceánico, en el sentido de que por unas pocas islas pequeñas que están apartadas en varias millas náuticas, se cortarían tres cuartas partes del área marítima proyectada por las costas de Nicaragua.³⁵

Considerando lo anterior, la CIJ movió la línea definitiva de delimitación hacia el oriente de lo que establecía la línea equidistante provisional, ajustándola con base en una razón de ponderación de 3:1 a favor de Nicaragua.³⁶ Sin embargo, en la medida en que la línea así ajustada constaba con demasiados puntos de inflexión, consideró la Corte necesario, para efectos de la aplicación práctica de la delimitación, reducir el número de puntos de inflexión y unir los restantes con líneas geodésicas.³⁷ Así mismo, determinó la Corte que el límite, desde el extremo norte de la línea ya ajustada como se explicó en el

28 *Ibíd.*, párr. 203.

29 *Ibíd.*, párr. 153.

30 *Ibíd.*, párrs. 140-166.

31 Bekker, Pieter, "The World Court Awards Sovereignty Over Several Islands in the Caribbean Sea to Colombia and Fixes a Single Maritime Boundary between Colombia and Nicaragua", en *Insights* (American Society of International Law) Vol. 17, 2013.

32 CIJ, Nicaragua vs. Colombia), op. cit., párr. 192.

33 *Ibíd.*, párr. 205 y ss.

34 *Ibíd.*, párr. 152.

35 *Ibíd.*, párr. 215.

36 *Ibíd.*, párr. 234.

37 *Ibíd.*, párr. 235.

párrafo anterior, sigue el paralelo correspondiente hasta llegar a las 200 millas náuticas, contadas a partir de los puntos bases desde los cuales se mide el mar territorial de Nicaragua; por su parte, en el extremo sur de la línea ajustada, el límite sigue en sentido sur-este, hasta que se intersecta con las 12 millas náuticas que rodean el Cayo Sur de los cayos de Alburquerque, tras lo cual sigue parcialmente los arcos creados por esas 12 millas atribuidas a los Cayos sur-orientales, hasta que se encuentra con el paralelo correspondiente y sigue al mismo hasta llegar a las 200 millas náuticas contadas a partir de los puntos bases desde los cuales se mide el mar territorial de Nicaragua.³⁸ Para solucionar la situación de Quitasueño y Serrana, las cuales quedaron al norte del límite norte de la línea ajustada, la Corte estimó equitativa la utilización de enclaves de 12 millas náuticas alrededor de ellas.³⁹

La tercera y última fase del análisis correspondió realizar un “test de proporcionalidad”, tendiente a verificar que la línea definitiva –tras los ajustes realizados– no fuera marcadamente desproporcionada en función de las costas relevantes.⁴⁰ La Corte concluyó que la delimitación, siguiendo la línea ajustada, no implicaba una desproporción de magnitud suficiente para crear un resultado inequitativo.⁴¹ Por tal motivo, mantuvo la línea según lo dispuesto en la segunda parte del test.

La delimitación, en especial el punto del ajuste de la línea media realizado en la segunda fase del análisis, fue objeto de aclaraciones de voto por parte de los jueces Xue y Keith, y de un voto separado –que no implica un salvamento de voto– por parte del juez Abraham. El argumento crítico consiste, en términos generales, en que las características geográficas del área donde la CIJ buscaba hacer la delimitación eran tales que la idea de una línea “media” equidistante resultaba imposible. Por tal motivo, los jueces señalados sostienen que la Corte no debió en este caso aplicar su técnica de tres pasos, sino simplemente usar el criterio de proporcionalidad y trazar la delimitación como lo consideraba equitativo, sin necesidad de decir que esa línea definitiva era un “ajuste” de una línea provisional que, en realidad, no era media. Con todo y eso, los tres jueces estuvieron de acuerdo con el resultado: aun si ellos lo hubieran hecho siguiendo otra técnica, los jueces consideraron que la delimitación fue equitativa y apoyan a la mayoría de la Corte. No hubo salvamentos de voto.

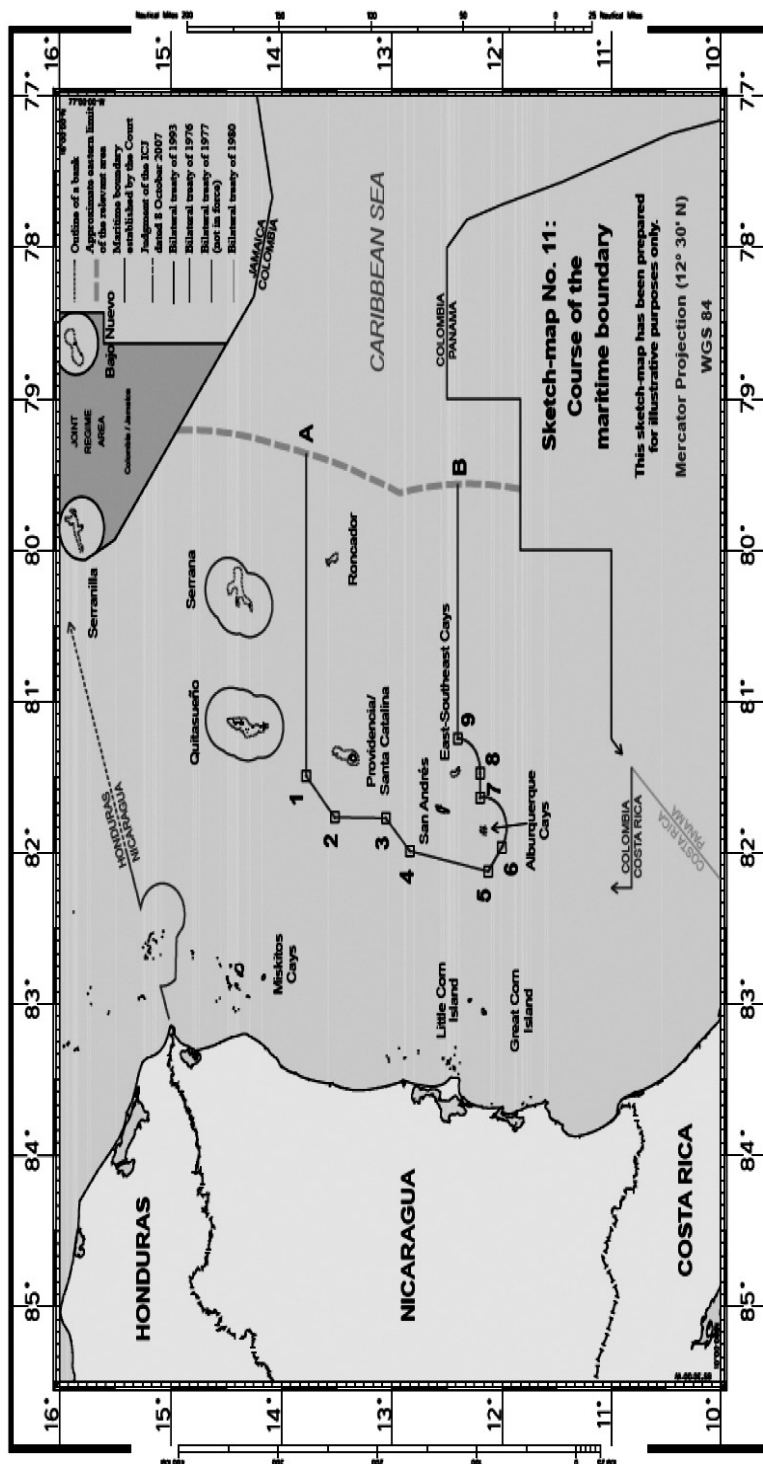
38 *Ibíd.*, párr. 237.

39 *Ibíd.*, párr. 238.

40 *Ibíd.*, párr. 193.

41 *Ibíd.*, párr. 247.

Gráfico 1: Delimitación marítima según la CIJ



Fuente: CIJ, Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment (2012), ICJ Reports 2012, p. 89.

1.2. “Muy pocos esperaban esto”: La denuncia del Pacto de Bogotá

El fallo generó una tormenta política de proporciones épicas en Colombia. En realidad, muy pocos comentaristas políticos o jurídicos en Colombia siquiera consideraron públicamente la posibilidad de que la CIJ pudiera decidir el caso de forma diferente a lo propuesto por los agentes colombianos en La Haya. No obstante, la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia había sugerido, el 24 de abril de 2012, que el fallo podía ser “salomónico”. Invocando como ejemplo la decisión de la CIJ en el caso de las papeleras sobre el Río Uruguay,⁴² la Ministra colombiana afirmó que a “ambas partes le dan cositas”,⁴³ queriendo decir que era previsible que la delimitación implicara un cierto triunfo, tanto para Colombia como para Nicaragua. Es, en este sentido, razonable pensar que –por lo menos la Ministra y sus asesores cercanos– preveían que el fallo podía implicar una delimitación en equidad. Es imposible saber si preveían que la delimitación tendría las características que en efecto tuvo.

Las declaraciones de la Ministra fueron recibidas en ese entonces con gran indignación por algunos sectores políticos colombianos. Algunos congresistas propusieron una moción de censura en su contra, afirmando que “[Colombia] no puede perder la batalla antes de enfrentarla y que si es así la Canciller debe renunciar”.⁴⁴ Ante esta reacción, el gobierno pareció decidir mantener silencio hasta tanto no fuera adoptado el fallo y jugarse la carta de la victoria frente a la CIJ. En anticipación del fallo, el discurso del gobierno colombiano fue que era impensable que la Corte aceptara los argumentos de Nicaragua. Los medios de comunicación reprodujeron de manera pasiva este mensaje: la primera página de la edición dominical del periódico de mayor circulación del país leía en cuatro columnas “Colombia confía en fallo de La Haya”⁴⁵ y reproducía las declaraciones de uno de los asesores jurídicos colombianos, el prestigioso profesor australiano James Crawford, para quien las pretensiones nicaragüenses eran “ridículas” y “sin ninguna posibilidad de éxito”.

42 CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010, p. 14.

43 *Caracol.com.co*, “Polémica por declaraciones de la canciller Holguín sobre litigio de Colombia y Nicaragua”, 25 de abril de 2012, disponible en http://www.caracol.com.co/audio_programas/llevar/polemica-por-declaraciones-de-la-canciller-holguin-sobre-litigio-de-colombia-y-nicaragua/20120425/llevar/1676733.aspx.

44 *Caracol.com.co*, “Congresistas piden renuncia de la Canciller por declaraciones sobre La Haya”, 25 de abril de 2012, disponible en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/congresistas-piden-renuncia-de-la-canciller-por-declaraciones-sobre-la-haya/20120425/nota/1676995.aspx>.

45 *Eltiempo.com*, “Colombia confía en el fallo de La Haya”, 17 de noviembre de 2012, disponible en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12386006.html.

Y, sin embargo, la Corte aceptó algunas de esas pretensiones. El fallo fue leído por la Corte el 19 de noviembre de 2012, dando la delimitación en los términos explicados anteriormente. Tal decisión fue percibida por los medios y la opinión pública colombiana como una terrible derrota. Dado su irrestricto optimismo, la reacción del gobierno colombiano fue de sorpresa: hablándole al país ese mismo día en la noche, el presidente sostuvo que la CIJ había incurrido en “omisiones, errores, excesos, inconsistencia” al generar la delimitación. El gobierno de Santos se vio entonces en la obligación de reaccionar de alguna manera. Por supuesto, aparte de recurrir a todas las vías jurídicas abiertas, el gobierno, en términos políticos, debía hacer *algo*. En efecto, entre el 20 y el 28 de noviembre de 2012 se realizaron en Colombia dos encuestas de gran envergadura: la primera, “Colombia opina” de la Revista Semana⁴⁶ y RCN Radio y Televisión; y la segunda, llevada a cabo por Datexco y financiada por la emisora de Radio La W.⁴⁷ Ambas encuestas mostraron una caída vertiginosa en la imagen favorable del presidente: del 60% de favorabilidad en septiembre de 2012 a 45% después del fallo, según “Colombia Opina”, y del 62% al 51%, según Datexco. El presidente Santos se vio contra la pared: su reacción, por supuesto, implicó la eventual creación de una comisión de juristas nacionales –conformada por Rafael Nieto Navia, Juan Daniel Jaramillo, Carlos Gustavo Arrieta, Manuel José Cepeda, Luis Ricardo Paredes y Joaquín Polo– y la mencionada contratación de la firma Volterra para analizar las alternativas. Sin embargo, esa estrategia probaba ser de mediano plazo; de hecho, el primer reporte sobre las alternativas jurídicas colombiana solo sería presentado en mayo de 2013. Para noviembre de 2012, el gobierno necesitaba mostrar alguna reacción al fallo.

1.2.1. Efectos jurídicos de la denuncia del Pacto

La reacción fue la denuncia del Pacto de Bogotá –suscrito en Bogotá el treinta 30 de abril de 1948–, ocurrida el 28 de noviembre de 2012.⁴⁸ ¿Qué implica la denuncia del Pacto? En derecho internacional general, la denuncia de un trata-

⁴⁶ *Caracol.com.co*, “Baja favorabilidad de Santos por fallo de La Haya”, 28 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/baja-favorabilidad-de-santos-por-fallo-de-la-haya/20121128/nota/1803220.aspx>.

⁴⁷ *El tiempo.com*, “Fallo de La Haya impacta la imagen del presidente Santos”, 29 de noviembre de 2012, disponible en <http://m.eltiempo.com/politica/fallo-de-la-haya-impacta-negativamente-en-imagen-del-presidente-santos/12409153>.

⁴⁸ *Presidencia.gov.co*, “Presidente Santos confirma que Colombia denunció el Pacto de Bogotá”, 28 de noviembre de 2012, disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.aspx.

do “denota un acto unilateral por medio del cual una parte termina su participación en un tratado. La denuncia conforme a derecho de un tratado bilateral lo termina”.⁴⁹ Ahora bien, la denuncia es una de las formas de terminación de una Convención previstas por el derecho internacional de los tratados; la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados menciona la denuncia en su Sección Tercera, que trata sobre la “terminación de los tratados y suspensión de su aplicación”. Se trata de un acto unilateral; esto es, no se requiere el consentimiento concordante de varios Estados, sino que solo se necesita de la voluntad del denunciante para que su ejercicio sea eficaz y, por tanto, el tratado se termine. No obstante, de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena, únicamente la denuncia conforme a derecho internacional termina el tratado. En efecto, el artículo 56(1) de la Convención dispone que “[u]n tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro: o, b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”. En el caso que nos ocupa, el Pacto de Bogotá sí prevé mecanismos de denuncia. Así, estaríamos en la hipótesis del artículo 42(2) de la Convención, en virtud de la cual “La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”. Así, aplica la regla contenida en el artículo LVI del Pacto de Bogotá, según el cual el mismo “regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado” siempre y cuando se haga “mediante aviso anticipado de un año”. Adicionalmente, el artículo 44 de la Convención de Viena dispone que, salvo disposición expresa en sentido contrario, lo cual no ocurre en el caso del Pacto, la denuncia “no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado”.

Así las cosas, el Pacto de Bogotá puede ser terminado por la denuncia hecha por alguno de los Estados parte. Los efectos de tal denuncia empezarán a surtir un año después del aviso dado por el Estado, con la formalidad prevista por el artículo LVI del Pacto de Bogotá, a saber, que debe ser “dirigida a la Unión Panamericana, que la transmitirá a las otras Partes Contratantes”. Una vez pasado el año, el Pacto “cesará en sus efectos para el denunciante”, no obstante lo cual quedará “subsistente para los demás signatarios”, según lo con-

49 Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge University Press) 2007, p. 277. Traducción libre.

templado en el artículo LVI del mismo instrumento. Después de un año de la denuncia, Colombia pasará a ser un tercer Estado respecto al Pacto de Bogotá.

Esta situación, sin embargo, no implica que las situaciones jurídicas consolidadas bajo los preceptos del Pacto mientras estos fueron vinculantes se vean afectadas. Según lo establece el artículo 70(1.a) de la Convención de Viena, la terminación del tratado por la denuncia exime a los Estados de la obligación de cumplirlo pero “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”. Por el contrario, la terminación de la obligación ocurre a partir de la fecha en que surte efectos la denuncia, de conformidad con lo establecido en el artículo 70(2) de la Convención. Esta regla aplica también a procedimientos judiciales, los cuales se ven cubiertos, en el caso que nos ocupa, por lo dispuesto en el propio Pacto, cuyo artículo LVI establece que “[l]a denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo”.

Como puede verse, no solo las situaciones jurídicas consolidadas antes de la fecha en que la denuncia surte efectos permanecen inmutables, sino que cualquier procedimiento iniciado antes de transmitido el aviso queda también incólume. A partir del 28 de noviembre de 2013, esto es, un año después de la fecha en la cual Colombia anunció su denuncia del Pacto de Bogotá, la totalidad de las obligaciones derivadas de dicho tratado –y en particular la de reconocer *ipso facto* la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en las controversias suscitadas entre Estados parte (establecida por art. XXXI del Pacto)– no vincula más a Colombia, no obstante lo cual las situaciones jurídicas consolidadas bajo el mismo permanecen idénticas, con lo cual las órdenes emitidas por la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua y Colombia siguen siendo de obligatorio cumplimiento. La decisión de denunciar el Pacto no afecta, en ese sentido, de manera alguna la situación jurídica consolidada por el fallo de la Corte.

La conclusión anterior es poco controvertida y es razonable asumir que el gobierno del presidente Santos estaría al tanto que la denuncia no afectaría en nada la situación colombiana respecto al fallo. ¿Por qué entonces denunciarlo? Por supuesto, como hemos señalado, la presión política sobre la administración era inmensa: algo tenía que hacerse y la denuncia del Pacto fue la vía de acción escogida, a pesar de su irrelevancia en lo concerniente a la decisión ya tomada en el caso de Nicaragua. Así, la Ministra de Relaciones Exteriores justificó su decisión, argumentando el riesgo de que, en el futuro, Nicaragua

u otros Estados del Caribe buscaran iniciar un litigio para lograr mayores beneficios de nuevas delimitaciones marinas.

1.2.2. La denuncia del Pacto y la jurisdicción de la CIJ

¿Afecta la denuncia del Pacto de Bogotá a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia respecto a Colombia? La respuesta es no. De una parte, es claro que durante el primer año después de la denuncia ningún efecto jurídico derivará de la misma. A partir de ese momento, la situación cambia. Para entender este impacto, es necesario discutir brevemente la forma en que la Corte adquiere jurisdicción contenciosa respecto a un caso.

En efecto, a pesar de su nombre, la Corte no es corte mundial: no tiene competencia obligatoria. Por el contrario, puede ejercer su jurisdicción respecto a un caso solamente si el respectivo Estado la ha reconocido de manera previa. Tal jurisdicción se encuentra regulada por el artículo 36 del Estatuto de la Corte, cuyo sistema puede ser en ocasiones confuso. ¿Cómo adquiere la Corte jurisdicción sobre cierto caso? La mejor forma de entender la respuesta a esta pregunta es imaginar una prueba de dos fases. La primera abre la puerta a la Corte para conocer de ciertos casos, y la segunda otorga competencia dentro de tales casos. La primera fase establece dos condiciones: (a) la Corte puede conocer casos presentados por Estados: ningún otro sujeto de derecho internacional puede presentar acción ante la Corte; y (b) la Corte debe estar “abierta” al Estado que presente la acción; la Corte está “abierta” a todos los Estados miembro de la ONU, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Carta de la ONU.

Una vez establecido que se cumple la primera fase de la prueba, deberá procederse a la segunda. La Corte tendrá jurisdicción sobre un conflicto entre Estados respecto a los cuales la Corte esté “abierta” (fase 1) y que haya cumplido con uno de los siguientes cuatro procedimientos para otorgar jurisdicción (fase 2). Note el lector que las fases son *cumulativas*, mientras que los siguientes procedimientos son *alternativos*.

i) Compromiso

En el primero de los casos, los Estados involucrados en el conflicto celebran un acuerdo en cuya virtud manifiestan su consentimiento para que la Corte conozca del caso, de manera posterior a la ocurrencia del conflicto. Es de notar que la mayoría de casos que se presentan ante la Corte Internacional de Justicia encuentran su camino a la competencia de ella mediante un *compromis*.

ii) Forum prorogatum

Es la aceptación tácita de la competencia de la Corte. En este caso, un Estado demanda y el demandado no se opone a la jurisdicción. Tal situación puede presentarse cuando el Estado demandado nunca ha aceptado la jurisdicción de la Corte o cuando no la ha aceptado respecto a un asunto específico. Esta hipótesis se encuentra consagrada en el numeral 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional.

Tal fue el caso de *Ciertos Procedimientos Penales (2003)*.⁵⁰ El proceso tuvo su origen cuando Francia decidió iniciar procedimientos penales por crímenes de lesa humanidad y violaciones de derechos humanos en contra del presidente del Congo, Denis Sassou Nguesso, el ministro del interior del mismo Estado, general Pierre Oba y otros individuos, incluyendo a los generales Norbert Dabira y Blaise Adoua.

El Congo, entre tanto, consideró que tales procedimientos y, en general, la atribución unilateral de jurisdicción universal de parte de Francia, constituían una violación del derecho internacional. En consecuencia, la República del Congo presentó acción contra Francia. Pero Francia no había reconocido jurisdicción de la Corte para este tipo de casos. En consecuencia, el Secretario de la Corte dio aplicación al numeral 5 del artículo 38 del reglamento y preguntó al Ministro de Relaciones Exteriores francés si reconocía jurisdicción sobre el particular. Francia respondió que aceptaba jurisdicción y el proceso continuó su curso.⁵¹

iii) Declaración opcional

La Corte puede adquirir competencia mediante la declaración opcional de reconocimiento de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, en virtud de lo establecido en el artículo 36 numeral 2 del Estatuto de la Corte. La declaración consiste, en esencia, en que un Estado reconoce voluntariamente la jurisdicción de la Corte, sea para todos los casos sin límite alguno o con las condiciones que el mismo Estado imponga en su declaración.

El mecanismo de declaración opcional refleja el espíritu detrás del sistema de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Los Estados hacen una declaración general en la que aceptan la jurisdicción total de la Corte. Si todos

50 CIJ, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo vs. France)* [2003] ICJ Reports 1.

51 Letter from the Minister for Foreign Affairs of the French Republic (Consent to the Jurisdiction of the Court to Entertain the Application Pursuant to Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court), 8 de abril de 2003, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket>.

los Estados hacen tal declaración, no tendrá sentido para un solo Estado ser el único que no acepte jurisdicción o acepte jurisdicción respecto a ciertos temas. Sin embargo, el sistema no funciona de tal forma en la práctica: a junio de 2007, solo 67 Estados miembro de la ONU habían hecho la declaración. El resto de los Estados no habían aceptado jurisdicción obligatoria. Colombia se cuenta entre el grupo que no ha aceptado tal jurisdicción.

iv) Tratado previo

Finalmente, la Corte puede asumir jurisdicción mediante un tratado celebrado entre las partes de manera previa al surgimiento del conflicto. Tal es el caso, por ejemplo, del Pacto de Bogotá (1948), cuyo artículo XXXI da jurisdicción a la Corte. Sin embargo, el Pacto de Bogotá no es el único tratado suscrito por Colombia reconociendo jurisdicción a la CIJ. En ciertos temas claves para su posición geopolítica, Colombia es parte de numerosos tratados que dan jurisdicción a la CIJ; por ejemplo, la Convención sobre el Genocidio (artículo IX), la Convención en contra de la Tortura (artículo 30 (1)), la Convención sobre el Tráfico Ilícito de Narcóticos (artículo 32) y el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (artículo 32, párr. 3).

Así, la Corte Internacional de Justicia mantiene su jurisdicción respecto a Colombia, aun a pesar de la denuncia del Pacto de Bogotá. Bien sea mediante un *compromis* o mediante cualquiera de los otros tratados previos vigentes para el país, la posibilidad de ser demandado ante la Corte no ha desaparecido para Colombia.

2. Denuncias de tratados internacionales en América Latina

¿Qué tan anómala es la reacción colombiana? La realidad es que no mucho. El retiro de tratados por presiones políticas internas es bastante común en la región. A continuación se exponen brevemente las denuncias que se han realizado a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Pacto de San José y el Pacto de Bogotá, y los contextos políticos que impulsaron el uso de este mecanismo.

2.1. Carta de la Organización de Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA), conformada por 35 Estados a la fecha, se creó en 1948 cuando se suscribió la Carta de la OEA, con el objetivo de permitir entre los miembros “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía,

su integridad territorial y su independencia”.⁵² Los principales pilares de la OEA son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo, y es el principal foro gubernamental político, jurídico y social del hemisferio.⁵³ En su momento, se decidió que la Carta de la OEA rigiera indefinidamente, pero se previó la posibilidad de que sus miembros la denunciaran mediante comunicación escrita a la Secretaría General. Dos años después de enviada la comunicación, cesan los efectos de la Carta para el Estado denunciante y este se entiende desligado de la Organización.⁵⁴

Hasta la fecha, la Carta solo ha sido denunciada por Honduras, que lo hizo en 2009 en medio de un golpe de Estado. En 2006, el presidente Manuel Zelaya llegó al poder. Si bien antes de ser elegido se catalogaba como un liberal de centro derecha, sus tendencias políticas se fueron transformando durante su gobierno hasta ser considerado como un gobierno de izquierda.⁵⁵ Algunos de los hechos más relevantes que cambiaron la concepción política de gobierno fueron: el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con Cuba en 2007, el fortalecimiento de las relaciones con el gobierno venezolano de Hugo Chávez y, posteriormente, la adhesión de Honduras a la Alianza Bolivariana para los Pueblos de las Américas (ALBA).⁵⁶

Manuel Zelaya, con miras a la prolongación de su período presidencial, comenzó a organizar una “encuesta nacional”. Esta medida no fue respaldada por miembros de la oposición. Mediante sentencia judicial, se dejó sin efecto el Acuerdo Ejecutivo PCM-027-2009 que ordenaba a las Fuerzas militares hondureñas apoyar “al Instituto Nacional de Estadísticas en la realización de la encuesta nacional de opinión aprobada en reunión de Consejo de Ministros, poniendo a su disposición sus medios logísticos y demás recursos”.⁵⁷ Si bien Zelaya alegaba que tal encuesta no tenía un carácter vinculante, la Corte Suprema determinó que este había cometido crímenes contra la patria y ordenó su arresto.

52 Carta de la OEA, art. 1.

53 OEA. ¿Quiénes somos?, disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

54 Carta de la OEA, art. 143.

55 Barcelona Centre for International Affairs. Manuel Zelaya Rosales, disponible en: http://www.cidob.org/es/documentacion/biografias_lideres_politicos/america_central_y_caribe/honduras/manuel_zelaya_rosales#6

56 *BBC Mundo*, Márquez, William, “Honduras, nuevo socio del ALBA”. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_7581000/7581472.stm

57 Acuerdo Ejecutivo PCM 027-2009, 1 junio de 2009, artículo 1.

El 8 de junio de 2009 las fuerzas armadas hondureñas se tomaron el Palacio del Gobierno y obligaron a Zelaya a abandonar el país, para ser dirigido a San José de Costa Rica. Posteriormente, el Congreso de Honduras destituyó a Zelaya como presidente por su violación a las leyes y a la Constitución, y Roberto Micheletti fue elegido como su sustituto hasta organizar la siguiente elección presidencial.

Durante este difícil período para la democracia hondureña, la OEA expresó su preocupación y su desaprobación frente a los hechos acontecidos, catalogándolos como un golpe de Estado, a pesar de que internamente Honduras alegaba que los hechos se llevaron a cabo obedeciendo a decisiones de la Corte Suprema y el Congreso.⁵⁸ La Organización envió un delegado para que se reuniera con Zelaya y con el denominado “gobierno de facto” de Micheletti; las autoridades hondureñas se rehusaron a restituir en el poder a Zelaya.

El 4 de julio de 2009, la OEA emitió una resolución para “suspender al Estado de Honduras del ejercicio de su derecho de participación en la Organización de los Estados Americanos de conformidad con el artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana”⁵⁹ de manera inmediata. Casi a la media noche, Micheletti y Marta Lorena Alvarado, vicescanciller de la República de Honduras, anunciaron que, debido a que la OEA no se manifestó ante las amenazas bélicas de algunos Estados miembros de la organización contra sus países y por la desaprobación de las decisiones tomadas por Honduras –cuando la OEA es una organización política y no tribunal de justicia–, Honduras se retiraba de la Organización de los Estados Americanos.⁶⁰ La OEA desconoció esta manifestación del gobierno de facto, por lo cual oficialmente Honduras fue suspendido de la OEA, mas nunca se tuvo en cuenta su renuncia.

A finales de 2009, se realizaron las elecciones en Honduras que culminaron con la elección de Porfirio Lobo, y solo hasta el 1 de junio de 2011 Honduras fue readmitida en la OEA. El Secretario General de la Organización resaltó que la decisión de expulsar a Honduras fue “dolorosa en su momento” y reflexionó sobre lo acontecido señalando que “¿Pudimos hacer más cosas? Tal vez, pero hay otro principio que también nos rige, no solamente el de la

58 Farr, Alexander, “Honduras: A Democracy Gone Awry the Forceful Ouster of a President” en *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 16, Issue 2, 2010, p. 313.

59 OEA. Comunicado de prensa: “La OEA suspende la pertenencia de Honduras a la institución”, 5 de julio de 2009, disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-219/09.

60 *CNN en Español*, “Mensaje de Micheletti a la nación”, disponible en: http://www.dailymotion.com/video/x9rl2c_honduras-anuncia-retiro-de-oea_news?start=205#.UwgaSStvyjU.

democracia, no solamente el de la inclusión, también el de la no intervención. Ciertamente hubo quienes querían que se hicieran otras cosas en el caso de Honduras, pero predominó entre nosotros la idea de que nuestra acción tenía límites, y por eso nos demoramos más”.⁶¹

2.2. Pacto de San José

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, nació en 1969 y gracias a ella se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de juzgar las violaciones a la Convención. El artículo 38 de la Convención prevé la denuncia de la misma, mediante la notificación al Secretario General de la Organización. La denuncia desliga al Estado de hechos que puedan configurar una violación a la Convención antes de que la denuncia produzca efecto.

El Pacto de San José ha sido denunciado por tres Estados: Trinidad y Tobago (1998), Perú (1999) y Venezuela (2012).

2.2.1. Trinidad y Tobago (1998)

La denuncia de Trinidad y Tobago a la Convención Americana de Derechos Humanos fue notificada el 26 de mayo de 1998 y obedeció a intereses políticos particulares del contexto nacional de ese país. La pena de muerte no está prohibida en la Constitución de Trinidad y Tobago, y numerosos casos de condenados a muerte han terminado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A pesar de ordenar una moratoria en ciertas ejecuciones, Trinidad procedió con ellas, generando un importante conflicto con el sistema interamericano. Así, aunque se registraron diversas protestas en contra de esa decisión, el gobierno de Trinidad y Tobago notificó a la Secretaría General de la OEA la denuncia de la Convención Americana que, un año después –19 de mayo de 1999–, comenzó a surtir efectos para este país.⁶²

2.2.2. Perú (1999)

Perú se unió por un tiempo a Trinidad y Tobago como países denunciadores de la Convención Americana de Derechos Humanos. La denuncia del Estado

⁶¹ OEA, Discursos del Secretario General: Regreso De Honduras A La Organización Asamblea General Extraordinaria, 1 de junio de 2011, disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=11-0045

⁶² Parassram, Natasha, “The Legal Implications of Trinidad & Tobago’s Withdrawal From the American Convention on Human Rights”, en *American University International Law Review*, Vol. 16, 3, 2001, p. 847.

peruano se debió a intereses políticos del gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori. Tras su victoria en las elecciones presidenciales, el gobierno de Fujimori comenzó a presentar una disminución de las garantías en materia de derechos humanos, así como una reducción de la institucionalidad estatal: disolución del Congreso, destitución del Poder Judicial, impulso a reforma constitucional y expedición de la Ley de Interpretación Constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH) se pronunció a través de dos fallos atribuyéndole responsabilidad en la violación de derechos humanos al Estado peruano: respecto de los casos de la profesora María Elena Loayza Tamayo⁶³ y de Castillo Petruzzi,⁶⁴ este último relacionado con la detención por traición a la patria de cuatro ciudadanos chilenos acusados de terrorismo. Los anteriores pronunciamientos de la Corte fueron el detonante para que el gobierno de Fujimori denunciara la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y enviara la decisión al Congreso, para que se produjera un acto legislativo –Resolución Legislativa N° 27.152 de fecha 8 de julio de 1999–, que fue notificado a la Secretaría General de la OEA.⁶⁵ El Estado peruano no denunció la Convención Americana conforme a los preceptos establecidos en el artículo 78 de la misma, sino que se manifestó mediante acto unilateral a través de una comunicación del Ministro de Relaciones Exteriores.⁶⁶

2.2.3. Venezuela (2012)

Durante el gobierno de Hugo Chávez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos juzgó y condenó en múltiples ocasiones al gobierno venezolano.⁶⁷ En este marco, el gobierno venezolano preguntó a la Corte IDH si existe un órgano en el Sistema Interamericano que permita juzgar la legitimidad de la Comisión. Esta consulta se realizó observando “el estado de indefensión en que se encuentran actualmente los Estados partes [de] la [...] Convención,

63 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997.

64 Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de fecha 30 de mayo de 1999.

65 OEA, Departamento de Derecho Internacional, Convención Americana sobre los Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica: Información General del Tratado. En <http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-32.html>. (Fecha de la consulta, abril de 2013)

66 Texto completo de la comunicación en *ibíd.*

67 Entre ellas: Corte IDH, Caso Apitz Barbera vs. Venezuela, sentencia de fecha 5 de agosto de 2008; Corte IDH, Caso Ríos vs. Venezuela, sentencia de fecha 28 de enero de 2009; Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia de fecha 28 de enero de 2009; Corte IDH, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, sentencia de fecha 1 de julio de 2011; Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2007; y Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2009

frente a cualquier decisión de [la] Comisión violatoria de su propio estatuto legal que pudiere lesionar los derechos de [los Estados] y poner en entredicho la recta aplicación de la propia Convención y de los demás instrumentos jurídicos internacionales aplicables”.⁶⁸ Ante la consulta, la Corte opinó por unanimidad que este organismo actúa dentro del marco legal establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y goza de plena autonomía e independencia.

El fallo del caso Díaz Peña,⁶⁹ en el cual la Corte condenó al Estado venezolano por tratos inhumanos y degradantes al accionante, desató la reacción de rechazo del entonces presidente Hugo Chávez. El venezolano Raúl Díaz Peña había sido condenado en Venezuela por actos terroristas contra las embajadas de Colombia y España, huyendo a Estados Unidos después de que se le otorgara libertad condicional. El gobierno criticó la decisión de Estados Unidos de refugiar al accionante y, posteriormente, ante la decisión de la Corte Interamericana, la Cancillería venezolana manifestó que “con esta decisión, la Corte Interamericana deja al descubierto su complicidad con la política de Washington de protección a los terroristas que atentan contra los pueblos de Nuestra América”.⁷⁰

A finales de abril, Chávez había ordenado la conformación del Consejo de Estado para que lo asesorara sobre si el país debía retirarse o no de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pero, ante la decisión de la Corte, el entonces mandatario manifestó “No tenemos más camino [...] Por eso le dije anoche a Nicolás Maduro: No esperemos más, Venezuela se retira de la Corte por dignidad. Nos agreden por tratar de ser libres”.⁷¹ Es así como, en septiembre de 2012, el entonces Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro, denunció la Convención mediante la nota diplomática 00125.⁷²

68 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 19/05 del 28 de noviembre de 2005. Solicitada por la República Bolivariana de Venezuela.

69 Corte IDH, Caso Díaz Peña vs. Venezuela, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

70 *Elesur.net*, “Venezuela rechaza decisión de la CIDH en caso de Raúl Díaz Peña,” 24 de julio de 2012, disponible en: <http://www.telesurtv.net/articulos/2012/07/24/venezuela-rechaza-decision-de-cidh-en-caso-de-raul-diaz-pena-5825.html>.

71 *Eltiempo.com*, “Venezuela sale de sistema de justicia de OEA por ‘decisión de Estado’”, 25 de julio de 2012, disponible en: <http://m.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/salida-de-venezuela-de-la-cidh-confirmada-por-maduro/12064925>.

72 La denuncia tiene efecto un año después de haber sido presentada, por lo cual será efectiva el 13 de septiembre de 2013.

2.3. Pacto de Bogotá

Dos Estados se han retirado del Pacto de Bogotá: El Salvador, que notificó su denuncia al tratado el 27 de noviembre de 1973, y Colombia, que notificó su denuncia el 24 de noviembre de 2012. En su momento, El Salvador denunció el Pacto por la limitada aplicabilidad del mismo: en efecto, en el texto de la denuncia notificado a la Secretaría General de la OEA el Estado salvadoreño expresa como motivos fundantes de su denuncia que “las realidades evidenciadas en el transcurso del tiempo, por la falta de ratificación de tal instrumento por gran número de los países que lo suscribieron, demuestran que el sistema estructurado en el Pacto de Bogotá no ha resultado eficaz para los propósitos que lo inspiraron, y que no es aceptable para muchos Estados americanos, ya que varios de entre ellos lo suscribieron o ratificaron con reservas, y no todos los nuevos miembros de la organización han adherido a ese Pacto”. Continúa explicando que “la aplicación de algunas disposiciones del Pacto de Bogotá podrían colocar a la República de El Salvador en situaciones contrarias al espíritu y al texto de principios constitucionales vigentes que consagran su soberanía e integridad, y que no existían cuando el Pacto fue ratificado por nuestra República”.⁷³

3. Entre el legalismo y el realismo: Reacciones al fallo

El cumplimiento de los fallos de la CIJ –y el consecuente retiro de Colombia del Pacto de Bogotá– son tradicionalmente explicados desde dos perspectivas: la primera, desde un consecuencialismo heredero del realismo en relaciones internacionales; y, la segunda, inspirada por una visión liberal del derecho internacional. No es una coincidencia que estas sean las dos visiones en conflicto. En realidad, estas aproximaciones son en parte expresiones de una sensibilidad más general respecto al orden ético en las relaciones internacionales.⁷⁴ Como es sabido, las aproximaciones éticas han sido tradicionalmente entendidas en referencia a dos modelos.⁷⁵ El primero es un modelo deontológico según la cual la moral se basa en valores externos, aplicados a las circunstancias concretas. El imperativo categórico de Kant es el principal ejemplo de este enfoque. Desde esta perspectiva, la evaluación de la acción

73 Texto completo de la Denuncia presentada por El Salvador a la Secretaría General de la OEA disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#9> (fecha de consulta: abril 2013).

74 Urueña, René, *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers) 2012.

75 Véase Crisp, Roger y Slote, Michael, *Virtue Ethics*, (Oxford University Press) 1997.

humana consiste en contrastar los actos con una norma externa; así, si el comportamiento no cumple con la norma, no será ético. El segundo modelo es el consecuencialismo, según el cual el comportamiento debe ser evaluado, no en referencia a normas externas, sino a sus consecuencias. Por lo tanto, si el comportamiento falla en mejorar el bienestar de los seres humanos, no puede ser considerado ético. Tales visiones se ven reflejadas en la línea de base que adoptaron los comentaristas respecto al retiro colombiano del Pacto: una visión de sensibilidad realista inspirada en el consecuencialismo, que será analizada a continuación, o una visión de sensibilidad liberal/legalista inspirada en una ética deontológica, que será explorada más adelante.

3.1. La sensibilidad legalista

La visión legalista es cercana al liberalismo. La tradición política más importante de la historia, el liberalismo, presenta tantas vertientes como cuantos proponentes existen y significados que pueden –en muchas ocasiones– ser vistos como contradictorios. El liberalismo describe, en esencia la teoría política que considera la libertad como el valor supremo en una sociedad. El liberalismo político pone el acento en las libertades individuales y la protección de los individuos en contra de los poderes estatales, mientras que el liberalismo económico busca la protección de la libertad económica de los individuos en contra de la intervención estatal.

El más influyente de todos los liberales en derecho internacional fue Kant.⁷⁶ Las ideas kantianas son fundamentales en el desarrollo de la filosofía moderna y exceden nuestra introducción a las relaciones internacionales. Baste decir que, en tal disciplina, la obra fundamental de Kant es *La paz perpetua*.⁷⁷ Allí, el filósofo argumenta que la forma de alcanzar la paz mundial sería la creación de una federación dentro de la cual se solucionarían los conflictos entre los Estados. Este sería el paso lógico que se habría de seguir en el proceso de evolución humana: una república mundial basada en una Constitución y en el derecho de gentes. Así, el proyecto de Kant no es solo liberal, en el sentido de reconocer la importancia de la libertad individual y proponer la limitación de los poderes estatales, sino también internacionalista. Su proyecto es el referente obligado de la agenda internacionalista que encuentra en el derecho internacional el vehículo para alcanzar este

⁷⁶ Véase Teson, Fernando, “The Kantian Theory of International Law”, en *Columbia Law Review*, Vol. 92, 1992, p. 53; Koskeniemi, Martii, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, en *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8, Issue 1, 2007, pp. 9-36.

⁷⁷ Kant, Immanuel, *La paz perpetua* (Espasa-Calpe) 1979.

ideal de la paz perpetua. La federación internacional, la Constitución basada en el derecho de los pueblos, la expansión de una norma de democracia global,⁷⁸ son temas que recurrentemente se leen en la agenda del orden jurídico internacional: el proceso político contemporáneo ha puesto a Kant en el centro de la discusión.

Tal vez la expresión más extrema de esta visión sea la idea de constitucionalismo global. Ciertamente, el uso del término “constitucionalismo” se presta para tal debate que, en ocasiones, puede volverse inútil para propósitos analíticos.⁷⁹ En este contexto, es útil aclarar que la expresión “constitucionalismo global” hace referencia a la agenda política y académica que busca limitar el poder global a través de la adopción de valores como normas jurídicas internacionales que sirvan como defensa en contra de los abusos de poder global. Se trata, en esencia, de una estrategia que busca sujetar el ejercicio del poder público global a ciertos estándares legales, de manera análoga a como una Constitución nacional limita el ejercicio de autoridad en el escenario nacional.

El constitucionalismo global tiene dos vertientes: una sustantiva y otra procesal. El constitucionalismo sustantivo, expuesto por Bardo Fassbender,⁸⁰ Erika de Wet⁸¹ y Ernst-Ulrich Petersmann,⁸² entre otros, sugiere que hay un “núcleo duro” del orden jurídico internacional que sirve como límite último al poder global, de la misma forma en que funcionan las cartas de derechos en los sistemas nacionales latinoamericanos y europeos. El contenido de este núcleo cambia dependiendo del autor e incluye, entre otros, el derecho internacional de los derechos humanos⁸³ y la Carta de Naciones Unidas.⁸⁴ El constitucionalismo sustantivo, además, implica frecuentemente una creencia en el rol fundacional del derecho internacional: de esta forma, una constitución

78 Marks, Susan, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, (Oxford University Press) 2000.

79 Cottier, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, en Kohler, Georg, y Marti, Urs (eds.), *Konturen der Neuen Welt(un)ordnung*, 2003, p. 120.

80 Fassbender, Bardo, “The United Nations Charter As Constitution of the International Community”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998, p. 529; Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, (Brill) 2009.

81 De Wet, Erika, “The International Constitutional Order” en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp. 51-76.

82 Petersmann, Ernst-Ulrich, “How to Reform the United Nations?: Lessons from the ‘International Economic Law Revolution’”, en *Aussenwirtschaft*, Vol. 53, 1998, p. 193.

83 De Wet, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, pp. 611-632.

84 Fassbender, “The United Nations Charter...”, op. cit., p. 67.

global no es simplemente una forma de controlar poder, sino también un mecanismo para fundar algún tipo de comunidad política global, idea inspirada en la experiencia de la Unión Europea.⁸⁵

La segunda vertiente es el constitucionalismo procedimental, defendido por Jan Klabbbers,⁸⁶ entre otros. De acuerdo con esta aproximación, el constitucionalismo sustantivo es demasiado estricto para ser trabajable y es en último término perverso, ya que, en las palabras de Klabbbers, “la idea de ir más allá de la política a través de la insistente adherencia a ciertos valores fijos está destinada a fallar, pues la referencia a esos valores es, en sí misma, inmensa e intensamente política”.⁸⁷ ¿La respuesta? Una versión “lite” del constitucionalismo, que promovería ciertas reglas del juego, de manera tal que traería de regreso la política y *el derecho* a la gobernanza global, sin marcar las cartas respecto al resultado sustantivo de la discusión. Por supuesto, estas reglas están destinadas a ser procedimentales, ya que definen los límites del proceso político; por lo tanto, mientras que Dworkin inspira a los constitucionalistas pura sangre,⁸⁸ Fuller es el hombre de los procedimentalistas.⁸⁹

3.1.1. Los actores de la obra: Los Estados como expresión de la “comunidad internacional”

Desde la perspectiva legalista, el cumplimiento del fallo de Nicaragua –y probablemente el mantenimiento del sistema creado por el Pacto de Bogotá– representa no solo una de varias estrategias geopolíticas viables para Colombia, sino un compromiso con la legalidad en abstracto. Así, desde esta perspectiva, el cumplimiento del fallo se toma como expresión de una lealtad general hacia las normas internacionales y el proyecto liberal que las mismas representan. No se trata, pues, de una opción: se trata en realidad de “pacta sunt servanda”, los pactos son para cumplirlos, y Colombia debe cumplir sus obligaciones internacionales, no por motivaciones consecuencialistas, sino porque el Estado de Derecho exige que los Estados cumplan sus obligaciones.

85 Kumm, Mattias, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, en *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, pp. 907-931.

86 Klabbbers, Jan, “Constitutionalism Lite”, en *International Organizations Law Review*, 1, 2004, p. 31.

87 *Ibid.*, p. 52.

88 Petersmann, “Human Rights, International Economic Law and “Constitutional Justice”, en *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 769-798.

89 Klabbbers, “Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller’s Procedural Natural Law” documento de trabajo, disponible en: http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/projects/ipr/Klabbbers_Jan_Constitutionalism%20and%20the%20Making%20of%20International%20Law.pdf.

La perspectiva legalista, sin embargo, mantiene el foco en el Estado como unidad básica de análisis. El Estado colombiano, representado por el presidente de la República, debe decidir si acata o no el fallo. La decisión debe ser tomada por la unidad jurídico política llamada “Colombia”, la cual tiene un deber general de lealtad con la “comunidad internacional” de cumplir el “derecho internacional”.

El legalista está obsesionado con la especialización funcional de las respectivas cortes internacionales: al fin y al cabo, es en esta especialización jurídica que el legalista gana poder, pues le permite disponer de un conocimiento jurídico especializado que otros no tienen. En este caso, se trata de un caso ante la Corte Internacional de Justicia, tribunal que tiene la jurisdicción de juzgar casos contenciosos de Estados en contra de otros Estados. Por tal motivo, el legalista no considera los intereses subestatales o transnacionales que pueden estar involucrados en el caso: por supuesto, sabe que los afrocolombianos y los raizales son relevantes en la ecuación, pero considera que los derechos de los afrocolombianos deben ser protegidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta es, no obstante, una lógica diferente: la Corte Internacional de Justicia se encarga de conflictos entre Estados, representados por agentes cuyo poder proviene del respectivo jefe de Estado.

Esta diferenciación funcional lleva a que el legalista interprete que la política internacional está esencialmente separada de la política nacional. El legalista considera que, si bien es cierto que otros sistemas jurídicos internacionales –como los derechos humanos o el arbitraje de inversión– oponen a individuos contra Estados, en este caso se trata de una unidad (Colombia) que tiene el deber jurídico de respetar las normas internacionales. En este sentido, para el legalista, la presión interna de los partidos de oposición sobre el gobierno Colombiano es simplemente un detalle irrelevante frente al alto deber jurídico del Estado: esas variables son “política” y, lo que es peor para el legalista, “política electoral”. Colombia tiene el deber de cumplir sus obligaciones internacionales.

Esta forma de leer el problema da mayor poder a los abogados: son los expertos en derecho internacional los que resultan ser los líderes de opinión. Los líderes de movimientos sociales y los políticos en el Congreso terminan siendo los perdedores en esta redistribución de poder. Así, resulta impactante la disonancia entre los movimientos sociales que se sienten excluidos del proceso de toma de decisiones por parte del gobierno y la estrategia del Estado: para el gobierno la estrategia consiste en contratar experticia jurídica para

reaccionar al fallo. Aquellos que no cuentan con el conocimiento jurídico resultan irrelevantes desde la lectura legalista del fallo.

3.1.2. La trama de la obra: El derecho internacional impone la obligación de cumplimiento

Para el legalismo el argumento central es que Colombia dio su consentimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y que, por lo tanto, está obligada a cumplir el fallo. El contenido de esta obligación para el legalista es, en último término, una petición de principio: existe porque existe y es de su existencia que deriva el catálogo de deberes que se imponen sobre el Estado colombiano. El legalista considera que la obligación jurídica del Estado es la piedra angular del sistema: no se trata de una estrategia política sino de un verdadero deber jurídico.

Ahora bien, la obligación jurídica de cumplimiento puede abrir el espacio a la interpretación legalista. Es en este sentido que el equipo conformado por el gobierno colombiano está buscando alternativas: ¿debe presentarse una acción de revisión o de interpretación? ¿Acatar el fallo implica modificar las fronteras colombianas? ¿Hay algún límite de tiempo para que Colombia acate el fallo? ¿Puede Colombia esperar décadas para acatar el fallo? Todas estas preguntas se plantean desde una perspectiva legalista: si entendemos que el deber de Colombia es acatar el fallo y reconocemos que no *quiere* acatarlo, la pregunta que surge es, entonces, ¿cuál es el mecanismo jurídico que nos permite hacer lo que queremos hacer?

El legalismo se caracteriza por aplicar el mismo marco conceptual del derecho nacional al sistema jurídico internacional. Es por tal motivo que el legalismo internacional puede sentirse tan cercano al constitucionalismo nacional: la idea es que existe un sistema jurídico que define las obligaciones de los agentes regulados –en este caso de los Estados– de manera clara. Desde esta perspectiva, las instituciones judiciales son el centro de poder global más relevante y corresponde a los agentes regulados respetarlas, obedecer y, en caso de tener a su disposición el conocimiento jurídico necesario, desarrollar estrategias que –en el marco del legalismo– permita hacer control de daños políticos.

Ahora bien, el legalismo no implica simplismo argumentativo. Una versión especialmente sofisticada del legalismo internacional es aquel que reconoce las posibilidades implícitas en la fragmentación del derecho internacional. No es este el espacio para recapitular esta problemática; baste decir que, como lo ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional, “la fragmentación del

mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico, especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos”.⁹⁰ Ejemplos de tales “complejos de normas relativamente autónomos” son el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental o el derecho internacional económico. Así, por ejemplo, el derecho internacional económico tiene una institución de adjudicación propia (la OMC), un cuerpo normativo base (el Tratado de Marrakesh), un *telos* propio (la liberalización de los mercados), un estilo de interpretación jurídica y un grupo de practicantes y académicos propio, de tal forma que, en la práctica, parecería ser un régimen autocontenido, es decir, que existe y funciona de manera satisfactoria sin necesidad de referencia externa.⁹¹ Si a esto se suma que existen muchos otros regímenes percibidos como autocontenidos, se dimensiona el problema de la aparente fragmentación del derecho internacional: en vez de ser un sistema coherente, el régimen jurídico internacional parecería un archipiélago de islas cuyos habitantes no parecen tener ganas de entrar en contacto unos con otros.⁹²

En el caso del fallo de la CIJ respecto al conflicto entre Nicaragua y Colombia, el legalismo ve en la fragmentación un espacio para argumentar que, a pesar de que se debe cumplir la obligación jurídica internacional, la realidad es que puede verificarse la existencia de numerosas obligaciones jurídicas internacionales en este caso: el respeto a los derechos humanos, por ejemplo, la protección del medio ambiente o la guerra contra el tráfico ilícito de estupefacientes. En ese contexto, el legalista siempre dirá que es necesario cumplir con la obligación jurídica internacional, pero luego calificará su argumento: ¿qué obligación jurídica internacional deberá cumplirse? ¿La de obedecer el fallo de la CIJ, la de proteger a los pescadores afrocolombianos, la de proteger el medio ambiente en esta área del Caribe de gran riqueza coralina? Así planteada, la posición del legalista sofisticado no es una simple variable discreta, en el sentido de escoger entre acatar o no acatar el fallo. Siguiendo la tradición del constitucionalismo

90 Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional*, (18 de julio de 2006) U.N. Doc. A/CN.4/L.702.

91 La inclinación luhmanniana de esta descripción del orden jurídico internacional en términos de regímenes autopoiéticos se hace aun evidente en la versión que Teubner elabora de la misma. Véase Fisher-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 4, 2004, p. 999.

92 La literatura sobre fragmentación es amplia. Un buen texto introductorio de gran riqueza en referencias bibliográficas es Koskeniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?”, en *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, p. 553.

contemporáneo, el legalismo internacional puede también proponer la ponderación de diferentes intereses jurídicos en conflicto.

3.2. La sensibilidad realista

La visión liberal/legalista ha sido objeto de crítica por parte del realismo. Como es bien sabido, el realismo en relaciones internacionales se caracteriza, en términos generales, por considerar el derecho internacional un epifenómeno del poder.⁹³ Más allá del debate –tanpreciado para los internacionalistas del siglo XIX–⁹⁴ sobre si el derecho internacional es o no “derecho”, al no contar con el respaldo de sistema organizado de fuerza, los realistas han tradicionalmente creído que el derecho internacional es irrelevante pues la conducta de los Estados obedece a sus intereses vitales y no a un respeto de la normatividad jurídicas en abstracto.⁹⁵ Así, para los realistas, la unidad básica de análisis de las relaciones internacionales es el Estado y la clave para entenderlo es el interés estratégico nacional.⁹⁶ ¿Cuáles son las consecuencias de esta acción para el interés nacional? En este marco consecuencialista, el derecho internacional es derecho entre entidades coordinadas y no subordinadas. En consecuencia, el derecho debía ajustarse a la realidad política y las relaciones de poder entre los Estados, y no a la inversa.⁹⁷

El realismo tradicional fue objeto de numerosas críticas que derivaron en el surgimiento de diferentes visiones neorrealistas en los años ochenta.⁹⁸ Sin embargo, esa aproximación tuvo un impacto notable sobre la forma que entendemos el rol que juega el derecho internacional en la comunidad internacional.⁹⁹ En especial en los Estados Unidos, donde esta escuela creó para todos los efectos prácticos la disciplina de las relaciones internacionales en los años cincuenta,¹⁰⁰ la visión realista sentó las bases para el sentido común

93 Urueña, *Derecho de las organizaciones internacionales*, (Temis/Uniandes), 2008.

94 Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press) 2005; Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, (Cambridge University Press) 2004.

95 Morgenthau, Hans, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, (McGraw-Hill) 6ffi ed., 1985.

96 Urueña, op. cit., nota 93.

97 Morgenthau, op. cit.

98 Urueña, op. cit.

99 Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*.

100 Kennedy, David, “The Disciplines of International Law and Policy”, en *Leiden Journal of International Law*,

del análisis internacional que se perpetúa hasta hoy. En América Latina, esta aproximación llegó también a tener gran impacto, originalmente a través de los estudios políticos internacionales y más recientemente, a través de una nueva ola de literatura específicamente jurídica, que busca aplicar elementos del análisis económico del derecho y *rational choice* al problema de la obediencia al sistema jurídico internacional.¹⁰¹ En tal contexto, no resulta sorprendente que gran parte de las interpretaciones del retiro de Colombia del pacto de Bogotá partan de premisas realistas.

3.2.1. Los actores de la obra: Estados

La lectura realista de la situación colombiana presume que las unidades relevantes del análisis son dos Estados –Colombia y Nicaragua– que se ven representados por sus respectivos jefes de Estado. Los individuos al interior de tales Estados son irrelevantes para entender la situación, como también lo son los intereses que esos individuos representan. Así, los afrocolombianos, la protección del medio ambiente, o los intereses de las empresas pesqueras o las multinacionales petroleras no son determinantes desde esta perspectiva. Por el contrario, aquello que es relevante es la idea de que Colombia, como un Estado soberano, tiene un interés que se vio en conflicto con el interés de Nicaragua, a su vez un Estado soberano. El interés de cada uno de estos Estados está representado por el respectivo presidente.

Tal vez el mejor representante de esta visión fue el ex presidente Álvaro Uribe, quien llamó de manera abierta al desacato del fallo. Esta visión entiende a cada uno de los Estados en conflicto como una “caja negra”, al interior de la cual es imposible mirar desde la perspectiva internacional. Cuando Colombia decide denunciar el Pacto de Bogotá, lo hace en consideración a sus intereses estratégicos, definidos por el presidente de la República: por ejemplo, no volver a ser sometidos a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en un caso parecido. Por su parte, la crítica de la denuncia del Pacto puede ser también formulada en estos términos. El Estado colombiano tiene un interés en cumplir el fallo y tiene, también, un interés en no retirarse del Pacto –porque mantiene relaciones económicas y políticas con otros Estados partes del Pacto a los que eventualmente querría demandar ante CIJ–, o no

Vol. 12, 1, 1999, pp. 9-133.

101 Véase Goldsmith, Jack y Posner, Eric, *The Limits of International Law*, (Oxford University Press) 2005; Trachtman, Joel, *The Economic Structure of International Law*, (Harvard University Press) 2008; Posner, *The Perils of Global Legalism*, (University of Chicago Press) 2009; Posner y Sykes, Alan, *Economic Foundations of International Law*, (Harvard University Press) 2013.

le conviene incumplir el fallo porque Colombia tiene un interés en que otros Estados cumplan los fallos cuando sea este Estado el que resulte victorioso.

El interés del Estado colombiano está definido, en estos términos, de una forma simple: la expansión de su poder político en la región o cuando menos evitar al máximo su limitación. Aquellos que apoyan la denuncia del Pacto ven en ella la posibilidad de deshacerse de una limitación innecesaria al poder internacional colombiano. Por su parte, aquellos que cuestionan la denuncia ven que la misma es un obstáculo para la expansión del poder colombiano en la región latinoamericana. Colombia ha intentado reinventarse como un líder regional más allá de su conflicto armado y su interés en el narcotráfico. Esta sería su forma de expandir su poder e influencia en la región en el futuro. Desde esta perspectiva, la denuncia del Pacto sería contraproducente en términos de la expansión del poder colombiano, pues minaría la nueva agenda de la administración.

La visión realista está basada en una distinción clara entre la política nacional y la internacional.¹⁰² La idea de que el presidente Santos denunció el Pacto para atender a necesidades electorales internas no puede ser procesada desde esta perspectiva, pues para ella el interés del presidente es aquel del Estado. La lógica internacional del presidente estaría desconectada de su lógica nacional electoral. Si el presidente denuncia (o no) el Pacto de Bogotá, o decide cumplir o incumplir el fallo de la CIJ, lo hace por motivos estratégicos de geopolítica y no porque se acerque una pugna electoral reeleccionista.

Por supuesto, es claro que esta división es falaz. El Jefe de Estado no es esquizofrénico y gran parte de la motivación detrás de la denuncia del Pacto de Bogotá obedeció a la presión que sufría por parte de sus opositores locales, especialmente del ex presidente Álvaro Uribe, quien proponía el no cumplimiento del fallo y señalaba al presidente como débil en su administración de las relaciones internacionales. El presidente veía también sus índices de popularidad disminuir de manera acelerada: el fallo de la CIJ fue inmensamente impopular en Colombia. Sin embargo, la interpretación realista del problema es ciega a estas pugnas intraestatales, y considera que su ceguera no es un problema sino, por el contrario, una condición necesaria para lograr una descripción correcta de la realidad internacional. Su versión entiende el interés colombiano como unívoco e indivisible, expresado en el acto jurídico internacional de la denuncia del Pacto o en su decisión de no denunciarlo. A pesar de que la realidad es más compleja, las interpretaciones de inspiración

¹⁰² Urueña, *op. cit.*

realista insisten en ver al Estado como el principal actor y al presidente de la República (o su delegado) como su único representante.

Esta visión da gran poder a la rama ejecutiva del poder público, y limita de manera importante la relevancia de las otras ramas del poder y de la sociedad civil. El Congreso tiene pocas facultades jurídicas y políticas para discutir ante la decisión del presidente de denunciar el Pacto, y menos aun las Cortes colombianas. La sociedad civil y los diferentes intereses que representa, por su parte, resultan marginales desde esta perspectiva. Su voz no es relevante ni debería serlo: si la sociedad internacional está compuesta de Estados, es solamente la voz del Estado la que debe ser escuchada.

3.2.2. La trama de la obra: El derecho internacional es irrelevante en tanto es simplemente voluntarista

La sensibilidad realista estructura el argumento sobre la premisa que el derecho internacional no cuenta con poder normativo más allá del interés del Estado. Como hemos señalado, el sistema jurídico internacional es, desde esta perspectiva, un simple epifenómeno del poder estatal. Así, el derecho internacional no impondría una verdadera restricción creíble a la conducta de Colombia, la cual se vería determinada por el interés del Estado, definido en los términos explicados anteriormente.

En este punto, el análisis respecto al cumplimiento o incumplimiento del fallo es diferente al razonamiento aplicable a la denuncia del Pacto. Para el realista, la denuncia del Pacto es una expresión más del carácter voluntarista del derecho internacional, en el sentido que su carácter obligatorio depende de la voluntad de los Estados. Así, el realista se pregunta: ¿cómo puede ser, en verdad, relevante un sistema jurídico que depende del consentimiento de sus sujetos para existir? La denuncia del Pacto solo muestra que los Estados ratifican tratados cuando les conviene a su interés nacional y los denuncian cuando deja de convenirles. La obligación jurídica es superflua: la variable clave es el interés estatal. Colombia, al denunciar el Pacto, es para el realista un ejemplo viviente de este hecho.

La reacción colombiana al fallo exige un análisis más detallado por parte del realista, toda vez que el cumplimiento de la decisión no depende exclusivamente de la voluntad del Estado colombiano. En efecto, es claro que, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 (1) de la Carta de la ONU, desarrollado por los artículos 59 y 60 del Estatuto de la CIJ, existe la obligación jurídica de cumplir el fallo de la Corte. Sin embargo, como hemos observado,

la perspectiva bajo estudio se preguntará por las consecuencias de un incumplimiento en términos de interés estratégico colombiano. Así, el realista se pregunta: sabemos qué perdemos si Colombia cumple con el fallo ¿qué perdemos si no lo cumplimos? En último término, para el realista la pregunta central no es si existe un deber jurídico de cumplir un cierto fallo, sino cuáles son las consecuencias que derivan de incumplirlo.

En el caso que nos ocupa, las consecuencias son pocas desde la perspectiva realista. Si bien es cierto el artículo 94 (2) de la Carta de la ONU da competencia específica al Consejo de Seguridad para hacer cumplir los fallos de la CIJ, la realidad es que esta facultad nunca ha sido usada.¹⁰³ La única ocasión en que una acción ha sido iniciada formalmente bajo el artículo 94 (2) en el Consejo de Seguridad fue con ocasión de la negativa de Estados Unidos de cumplir el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, de 1986.¹⁰⁴ En esa ocasión, Congo, Ghana, Madagascar, Trinidad y Tobago y los Emiratos Árabes Unidos iniciaron la acción y propusieron al Consejo una resolución en la que se llamaba “urgentemente al cumplimiento total e inmediato” del fallo. Once miembros del Consejo votaron a favor de la propuesta; Francia, Tailandia y el Reino Unido se abstuvieron, y Estado Unidos ejerció su derecho al veto. La resolución nunca fue adoptada.¹⁰⁵ Ante tal fracaso, Nicaragua propuso a la Asamblea General que adoptara una resolución tendiente a garantizar el cumplimiento del fallo, con un texto similar al vetado por Estados Unidos en el Consejo. En este punto, era claro que se trataba de una medida simbólica, pues, bajo la Carta de la ONU, el procedimiento vinculante para hacer cumplir el fallo era aquel dispuesto por el artículo 94 (2), que había fracasado. La Asamblea aceptó la propuesta de Nicaragua: la Resolución 41/31 del 3 de noviembre de 1986 fue adoptada por 94 votos afirmativos, tres votos negativos y 47 abstenciones.¹⁰⁶ Tal Resolución no tuvo, sin embargo, efecto alguno: Estados Unidos continuó su negativa de cumplir el fallo. Posteriormente, la Asamblea General adoptó tres resoluciones más en el mismo sentido,¹⁰⁷ sin resultado.

¹⁰³ Véase Schulte, Constanze, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press), 2004, p. 29

¹⁰⁴ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), 1986 ICJ Reports 14.

¹⁰⁵ Véase “Security Council Does Not Adopt Text Calling for Full Compliance with International Court Ruling in Case of ‘Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua.’”, en *UN Chronicle* 23, 1, 1987, pp. 62-63.

¹⁰⁶ UN Docs. A/41/PV.53. P. 92. Los votos negativos fueron de El Salvador, Israel y Estados Unidos.

¹⁰⁷ Resoluciones 42/18 del 12 de noviembre de 1987, 43/11 del 25 de octubre de 1988 y 44/49 del 7 de

De otra parte, el fallo podría ser usado como base para desarrollar algún tipo de proceso nacional de cumplimiento. Nuevamente, el caso de Estados Unidos y Nicaragua es el antecedente relevante para el realista: varias organizaciones no gubernamentales intentaron obligar a los Estados Unidos a cumplir el fallo bajo derecho nacional de ese Estado, mediante una acción ante una corte federal. Sin embargo, la acción fracasó ante el argumento de que el fallo internacional no tenía mérito ejecutivo en el sistema nacional estadounidense y que, en todo caso, el conflicto consistía en un debate político que no podía ser justiciable.¹⁰⁸

Es claro entonces que no existen consecuencias jurídicas directas del incumplimiento del fallo o, por lo menos, que las consecuencias negativas de un incumplimiento son inciertas y están sujetas a numerosas contingencias políticas. El hecho que exista una obligación jurídica es para el realista solamente uno de los factores a considerar. La variable clave es si derivarían o no consecuencias graves para los intereses estratégicos colombianos en el caso de incumplir el fallo.

En este punto, la sensibilidad realista puede llevar a dos decisiones contradictorias. De una parte, el realista puede concluir que, en la medida en que no existen consecuencias jurídicas graves al interior de la ONU, y considerando que Colombia estaría perdiendo acceso a valiosos recursos pesqueros en el área marítima objeto de la controversia, los costos de cumplir el fallo son más altos que los costos de no cumplirlo. Sin embargo, la sensibilidad realista podría también llevar a pensar que, aun si Colombia está perdiendo acceso a recursos pesqueros –lo cual, en todo caso, no estaría probado, por tratarse el fallo de una zona económica que no otorga derechos soberanos exclusivos a Nicaragua–, tal pérdida tiene un valor estratégico menor que el costo que implicaría entrar en abierto desacato de la CIJ, como lo hizo Estados Unidos en el caso de Nicaragua. En especial si se considera que el Estado colombiano está en medio de un proceso de negociación de paz que probablemente requiera del apoyo del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, el realista podría considerar que los costos de no acatar el fallo podrían resultar, en el mediano plazo, más altos que los de acatarlo.

La sensibilidad realista no es, en este sentido, siempre contraria al apoyo de las instituciones internacionales. Es equivocado pensar que esta aproxi-

diciembre de 1987.

108 *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 859 F. 2d 929 (1988).

mación necesariamente llevaría al no cumplimiento del fallo por parte de Colombia. La sensibilidad realista exige un análisis de priorización entre los diferentes costos y la selección de un horizonte de tiempo aceptable, análisis del cual derivará una decisión sobre si el fallo se cumple o no, o si Colombia se retira o no del Pacto de Bogotá.

El punto central de esta sensibilidad es, sin embargo, *quién* hace este análisis. Como señalamos anteriormente, el actor central del realismo es el Estado, representado por el Jefe de Estado o el Jefe de Gobierno. El análisis respecto al costo/beneficio y al horizonte de tiempo será hecho por el presidente de Colombia, en atención a su interpretación de lo que es el interés de Colombia como un todo. Este interés, por supuesto, está en la práctica permeado por variables políticas: el horizonte de tiempo que define el interés colombiano estará influenciado por la posibilidad de reelección. Si el presidente no busca ser reelegido, el interés colombiano probablemente será evaluado en el corto plazo; si el presidente sí busca ser reelegido, el horizonte de tiempo adoptado debiera alargarse. Lo importante es que, desde la perspectiva realista, estas consideraciones son invisibles, pues están al interior de la caja negra que es el Estado colombiano. El realista usa como unidad de análisis al Estado y al hacerlo le da al presidente el poder de decidir, aun en contra de lo que la ciudadanía quiera.

En este análisis, la legalidad abstracta es irrelevante: el Estado de Derecho es solamente importante si se alinea con el interés estratégico de Colombia. Si se alinea, desde la perspectiva del realista que considera apropiado respetar el fallo en virtud de las consideraciones esbozadas con anterioridad, entonces Colombia resaltarán su respeto por el derecho internacional. Esta posibilidad retórica se pierde si el Estado de Derecho no se alinea con el interés estratégico colombiano, caso en el cual el derecho internacional será denunciado como un sistema desueto, propio de principios soberanistas del siglo XIX, que no obedece a la realidad contemporánea de la globalización.

Así, el sentido común que emerge de esta sensibilidad se caracteriza por su énfasis en lo político –y no en lo jurídico– y en el análisis estratégico de intereses. En su modo descriptivo, esta sensibilidad se enfoca en las decisiones de los Jefes de Estado: son ellas las que constituyen las relaciones internacionales. ¿Cómo actuaron los presidentes colombianos antes de este fallo? ¿Quién tomó la decisión de presentar este argumento o el otro? En su modo normativo, esta sensibilidad pregunta: al margen de los intereses de la comunidad internacional o de la región, ¿cómo defender los intereses colombianos? ¿cómo expandir el ámbito de influencia de este país?

Conclusiones

La sensibilidad realista tiene mucho en común con el legalismo internacionalista. Ambas aproximaciones implican una redistribución importante de poder a favor de las elites nacionales: la rama ejecutiva del poder público y los abogados internacionalistas. Adicionalmente, usan como unidad de análisis al Estado, ignorando de esta manera numerosos movimientos infraestatales que, sin embargo, tienen un interés legítimo en la actitud colombiana respecto al fallo. ¿Dónde aparecen, por ejemplo, los pescadores artesanales del Caribe? Desde el realismo, esos intereses sirven para formar presión política. Desde el legalismo, sirven para invocar estructurar una nueva estrategia jurídica basada, por ejemplo, en los derechos humanos de los raizales. Pero, en realidad, ambas aproximaciones niegan la agencia de los interesados: ignoran sus voces, cierran sus espacios para participación. El problema, en este caso, resulta ser menos de alta geo-política o de expertos tratadistas de derecho internacional que de transparencia en la toma de decisiones y participación de los interesados. El problema no es, entonces, un exótico conflicto de derecho del mar, sino una situación más conocida en América Latina: prácticas de gobierno excluyentes y procesos decisorios cerrados.

Ahora bien, Colombia no es la excepción en denunciar un tratado en la región. Lo que es más, el Pacto de Bogotá representa un sistema desueto que es utilizado estratégicamente por los Estados de la región para impulsar sus intereses geopolíticos: por ejemplo, en abril de 2013, Bolivia ingresó nuevamente al Pacto con el único interés de demandar a Chile. No es, entonces, anormal que un Estado adhiera o denuncie un tratado en virtud de lo que considera es su interés es ese momento. El legalismo no puede llevarnos a creer que hay algo inherentemente incorrecto en pretender acoplar las obligaciones jurídicas internacionales de un Estado.

Y, sin embargo, las normas jurídicas importan. No es el caso que sean simples epifenómenos de la realidad política. La estrategia del gobierno colombiano se vio afectada por el fallo de la CIJ, que es, en último término, simples palabras jurídicas escritas en un papel. La estrategia simplemente realista usada, por ejemplo, por el ex presidente Uribe resultó ser popular entre los votantes, pero no parece considerar el impacto del derecho internacional en la conducta de los Estados. Ni simple legalismo ni realismo extremo. ¿Quién gana y quién pierde con nuestra aproximación a los conflictos jurídicos internacionales? Esta parece ser una pregunta prometedora para comenzar a pensar el impacto del derecho internacional en América Latina.

REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN 2012¹

*Katerina Aranis*²

*Dinka Benítez*³

*María Ignacia Macari*⁴

*Benjamín Rey*⁵

*Judith Schönsteiner*⁶

Resumen

En el presente artículo se describen decisiones de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2012, cruciales en diversos temas y que pueden eventualmente llegar a ser relevantes para futuros casos en el sistema interamericano. Las sentencias analizadas tratan sobre derechos políticos, debido proceso y condiciones de detención, libertades personales, trato inhumano y tortura en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, el principio de no devolución en el derecho de refugio, libertad de expresión, no discriminación y derecho a la propiedad. En todos los casos, el Tribunal recurrió a criterios centrales de la interpretación de los derechos humanos, aplicando, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, el margen de apreciación o el “procedimiento piloto”.

Introducción

Al igual que en el *Anuario de Derecho Público* 2012, presentamos una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal” o “TEDH”), como un aporte a la comunidad jurídica chilena,

1 Este artículo corresponde a un proyecto educativo del *Anuario de Derecho Público* que consiste en la elaboración, año a año, de una reseña de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, elaborada por alumnos, egresados y licenciados de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, bajo la supervisión de Judith Schönsteiner.

2 Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

3 Licenciada en Derecho de la Universidad Diego Portales.

4 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

5 Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

6 Doctora en Derecho por la Universidad de Essex, Inglaterra, y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

buscando hacer accesible el razonamiento del tribunal hermano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se escogieron, para esta revisión, las decisiones de la Gran Sala, que se compone por 17 jueces y juezas, y a la cual se remiten las decisiones si ellas “plantea[n] una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”, de acuerdo al artículo 43 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “el Convenio” o “Convención”). En tal sentido, las decisiones de la Gran Sala parecen dar cuenta de los más importantes desarrollos en materia jurisprudencial e interpretativa del sistema europeo de derechos humanos. Se optó por destacar algunos casos y resumir otras decisiones, dependiendo de su complejidad y del interés que probablemente generará en nuestro país. Durante 2012, la Gran Sala se ha dedicado a resolver cuestiones relativas a derechos políticos, debido proceso y condiciones carcelarias, trato humano y prohibición de la tortura, no discriminación, y derecho a la propiedad. Nuevamente, se hace este esfuerzo con un grupo de estudiantes de Derecho de la Universidad Diego Portales, como parte de la misión educativa con la que el *Anuario* se siente comprometido.

1. Derechos políticos

Como en 2005, con respecto a prisioneros detenidos en el Reino Unido (caso Hirst N° 2),⁷ el Tribunal, en el caso Scoppola contra Italia (N° 3), nuevamente tuvo que decidir sobre los derechos políticos de personas con condena firme a privación de libertad. El caso revistió especial importancia por la participación del Reino Unido como tercera parte interesada, ya que ese país había sido encontrado, en años anteriores, en violación de sus obligaciones bajo el Convenio con respecto a esta misma materia. Es el único caso contra el Reino Unido que ese país aún no ha acatado, surgiendo así una importante discusión sobre el cumplimiento por parte de los países fundadores del Consejo de Europa. Así, el caso italiano de 2012 reavivó la discusión sobre el tema en otros países europeos. Además, en el ámbito de derechos políticos, la Gran Sala tuvo que determinar, en el caso Sitaropoulos y Giakoumopoulos, si era desproporcionado solicitar a ciudadanos griegos viviendo en Francia viajar a Grecia para ejercer su derecho a voto en las elecciones parlamentarias de ese país.

⁷ TEDH, Caso Hirst vs. Reino Unido, sentencia de fecha 6 de octubre de 2005.

1.1. Caso Scoppola⁸

El 10 de enero de 2002, Franco Scoppola fue condenado a cadena perpetua por la Corte de Apelaciones de Roma por los delitos de homicidio, homicidio frustrado, violencia intrafamiliar y posesión ilícita de armas de fuego en contra de su cónyuge y sus hijos.⁹ De acuerdo al Código Penal italiano, la pena de cadena perpetua impuesta al demandante, implica una prohibición de por vida para ejercer cargos públicos.¹⁰ Diversos recursos de apelación interpuestos contra la prohibición para ejercer su derecho a voto fueron rechazados.¹¹

El artículo 3 del Protocolo N° 1 de la Convención garantiza, entre otros, el derecho a votar y el derecho a presentarse en las elecciones. El Tribunal reiteró que aquellos son elementos claves para una “democracia efectiva y significativa”.¹² Si bien estos derechos no son absolutos, existiendo un amplio margen de apreciación para los Estados contratantes en este ámbito,¹³ las restricciones no pueden ser indiscriminadas o generales. En este sentido, el Tribunal había establecido en el caso Hirst contra Reino Unido que una restricción indiscriminada y con independencia de la naturaleza de sus delitos, la duración de su condena y las circunstancias individuales no estaba en acuerdo con el artículo 3 del Protocolo N° 1 de la Convención. Se concluyó que aquella “restricción general, automática e indiscriminada de un derecho fundamental consagrado en la Convención excede el margen de apreciación aceptable”.¹⁴ Aplicando esta interpretación al caso Scoppola, el Tribunal determinó que el solicitante fue privado de su derecho a votar en las elecciones parlamentarias como consecuencia de la sanción accesoria impuesta.¹⁵

El Tribunal procedió entonces a considerar si aquella interferencia perseguía uno o más objetivos legítimos y si los medios empleados para alcanzarlos fueron proporcionados.¹⁶ Se aceptó que la privación del derecho a voto del demandante perseguía los objetivos legítimos de fomentar la responsabilidad

8 TEDH, Caso Scoppola vs. Italia, sentencia de fecha 22 de mayo de 2012.

9 *Ibid.*, párr. 19.

10 *Ibid.*, párr. 21.

11 *Ibid.*, párrs. 23-27.

12 *Ibid.*, párr. 82.

13 *Ibid.*, párr. 83.

14 *Ibid.*, párr. 86.

15 *Ibid.*, párr. 89.

16 *Ibid.*, párr. 88.

cívica y el respeto al Estado de Derecho, y de garantizar el correcto funcionamiento y la preservación del régimen democrático.¹⁷ Respecto a la proporcionalidad, se observó que la privación del derecho a voto del demandante fue resultado de su prohibición de ejercer cargos públicos, constituyendo una sanción accesoria para aquellas personas condenadas a cadena perpetua o a una pena de prisión de cinco años o más.¹⁸ Por lo tanto, las disposiciones legales que definen las circunstancias en que una persona puede ser privada de su derecho a voto demostraban la preocupación del legislador de adecuar la aplicación de esta medida a cada caso concreto.¹⁹ En consideración, contrario a lo que había establecido la Cámara del Tribunal Europeo, la Gran Sala encontró que el Gobierno no había excedido el margen de apreciación.²⁰

Pero la decisión del Tribunal no fue unánime. El juez Björgvinsson acordó con la decisión de la Cámara y encontró una violación del Convenio. Consideró “problemático” el hecho que se declare como “objetivo legítimo” la restricción del derecho a voto para “el funcionamiento correcto y la preservación del proceso democrático”. El voto disidente se fundamenta, principalmente, en que los argumentos entregados por el Tribunal resultan incompatibles con aquellos ofrecidos en el caso de Hirst. En primer lugar, se manifiesta que la situación concreta de los demandantes es exactamente la misma, por cuanto ambos se encuentran cumpliendo extensas penas de prisión.²¹ En segundo lugar, se destaca que en ambos casos los tribunales, al condenar a los demandantes, no hicieron referencia a la privación de derechos.²² En tercer lugar, al igual que la legislación del Reino Unido, la legislación italiana prohíbe el derecho a voto consagrado en la Convención a un número significativo de personas condenadas a penas de prisión, de forma indiscriminada y con independencia de la naturaleza de sus delitos, la duración de su condena y las circunstancias individuales. La principal diferencia entre ambas legislaciones es que la segunda priva del derecho a voto únicamente a aquellas personas sentenciadas a tres años o más de prisión, mientras que la primera priva a todas las personas sentenciadas a prisión por la duración de su pena. De esta forma, la legislación

17 *Ibíd.*, párr. 92.

18 *Ibíd.*, párr. 103.

19 *Ibíd.*, párr. 106.

20 *Ibíd.*, párr. 110.

21 *Ibíd.*, párr. 26.

22 *Ibíd.*, párr. 27.

italiana puede parecer más indulgente en comparación con la del Reino Unido; sin embargo, es más estricta en el sentido que priva a los condenados de su derecho a voto de por vida.²³ Por lo tanto, las distinciones realizadas entre estos dos casos para justificar las diferentes conclusiones alcanzadas, resultan insatisfactorias para el juez.²⁴ Concuerdan votos de mayoría y minoría, no obstante, sobre la imposibilidad de imponer prohibiciones generales al derecho a voto a la población carcelaria. Además, está claro que no se les puede privar de ese derecho a quienes están procesados o en prisión preventiva.

1.2. Caso Sitaropoulos y Giakoumopoulos²⁵

El 10 de septiembre de 2007, Nikolaos Sitaropoulos y Christos Giakoumopoulos, ciudadanos griegos con residencia en Francia, quisieron votar desde este país en las elecciones parlamentarias que se celebrarían en Grecia el 16 de septiembre de 2007.²⁶ Su solicitud fue rechazada por la Embajada debido a la inexistencia de disposiciones al respecto.²⁷ Los solicitantes alegaron que la inhabilidad de los expatriados griegos para votar desde su lugar de residencia constituía una interferencia desproporcionada en el ejercicio de su derecho a voto, privándolo de su esencia y dejándolo sin efecto, en violación del artículo 3 del Protocolo N° 1 de la Convención.²⁸ El Tribunal debió examinar, por tanto, si la Convención establecía para los Estados contratantes la obligación de introducir un sistema que permitiera a los ciudadanos expatriados ejercer su derecho a voto desde el extranjero.²⁹

En primer lugar, ni los tratados internacionales y regionales pertinentes ni su interpretación por los órganos internacionales competentes permitieron concluir que el derecho a voto de las personas permanente o temporalmente ausentes del Estado a que pertenecen imponía la obligación para el Estado correspondiente de establecer las modalidades para su ejercicio en el extranjero.³⁰ En segundo lugar, un estudio comparativo de la legislación de los Es-

23 *Ibíd.*, párr. 27-28.

24 *Ibíd.*, párr. 28.

25 TEDH, Caso Sitaropoulos y Giakoumopoulos vs. Grecia, sentencia de fecha 15 de marzo de 2012.

26 *Ibíd.*, párr. 12.

27 *Ibíd.*, párr. 13.

28 *Ibíd.*, párr. 3.

29 *Ibíd.*

30 *Ibíd.*, párr. 70.

tados miembros del Consejo Europeo demostró que no podría afirmarse que aquellos tuvieran la obligación de permitir a sus ciudadanos que viven en el extranjero el ejercer el derecho a voto.³¹ Finalmente, y como aspecto decisivo para el Tribunal, se determinó que la alteración causada por un viaje a Grecia para el ejercicio del derecho a voto (son tres horas en avión) no pareciera desproporcionada a tal punto que el derecho se hubiera violado.³² Por lo tanto, en consideración a lo anteriormente expuesto, el Tribunal declaró que no se habría producido la violación del artículo 3 del Protocolo N° 1 de la Convención.³³

2. Debido proceso y condiciones de detención

Son varios los casos que debió ver la Gran Sala en 2012 en relación con las condiciones de detención y el debido proceso.

2.1. Caso Austin³⁴

Durante siete horas, en una manifestación no autorizada en Londres, la policía construyó un cordón policial alrededor de varios miles de personas. El Tribunal consideró que no hubo violación del artículo 5 del Convenio, el derecho a la libertad personal, porque la medida habría sido la menos intrusiva para lograr un fin legítimo, esto es, evitar serios daños o lesiones. No obstante, el Tribunal enfatizó que aquella medida hubiera sido prohibida si se hubiera demostrado que habría disuadido la protesta social.³⁵ Se concluyó, entonces, que la medida adoptada por la policía británica no constituía una limitación a la libertad personal.

2.2. Caso Creanga³⁶

El Tribunal, tuvo que decidir sobre el caso de Sorin Creanga, quien, en conjunto con otros veinticinco colegas de la Policía de Bucarest, fue citado a las instalaciones del Servicio Nacional de Prosecución AntiCorrupción (en adelante “NAP”) el 16 de julio de 2003.³⁷ En este lugar se les informó que serían

31 *Ibíd.*, párr. 74.

32 *Ibíd.*, párr. 80.

33 *Ibíd.*, párr. 81.

34 TEDH, Caso Austin y otros vs. Reino Unido, sentencia de fecha 15 de marzo de 2012.

35 *Ibíd.*, párr. 66.

36 TEDH, Caso Creanga vs. Rumania, sentencia de fecha 18 de enero de 2012.

37 *Ibíd.*, párrs. 14 y 24.

interrogados con la finalidad de determinar su participación en el delito de hurto de productos petroleros de los oleoductos de Petrotrans S.A.³⁸ Horas más tarde, diez oficiales de policía, entre los cuales se incluía el demandante, fueron acusados por los delitos de soborno, asistir el hurto agravado y conspiración criminal, siendo detenidos en prisión preventiva.³⁹ Interesa el caso por el detalle con que el Tribunal estableció los criterios para una detención legal.

En cuanto a la detención del demandante el 16 de julio de 2003, el Tribunal recordó que el artículo 5 de la Convención consagra un derecho fundamental como es la protección del individuo contra la interferencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad. Inicialmente fue necesario establecer el período de tiempo en que el demandante había sido detenido ilegalmente.⁴⁰ Con respecto al punto de partida, se determinó que el demandante fue ilegalmente privado de su libertad desde las 9:00 horas, cuando fue citado a declarar en las instalaciones de la NAP.⁴¹ Por su parte, con respecto al punto de término, se concluyó que el demandante fue ilegalmente privado de su libertad hasta las 22:00 horas, cuando se emitió la orden de detención en prisión preventiva.⁴² A continuación, el Tribunal señaló que, con la finalidad de determinar si una persona ha sido privada de su libertad, en el sentido del artículo 5 de la Convención, es necesario examinar su situación concreta, en conjunto con otra serie de criterios, como el tipo, la duración, los efectos y la forma de aplicación de la medida.⁴³ Con todo, el Tribunal estableció que, cuando los eventos en discusión se encuentran en exclusivo conocimiento de las autoridades, la carga de la prueba recae sobre las mismas.⁴⁴

En cuanto a la detención del demandante en prisión preventiva, el Tribunal manifestó que en la privación de libertad resulta particularmente importante que el principio de seguridad jurídica sea satisfecho. De esta forma, es esencial que las condiciones de la privación de libertad estén claramente definidas en el derecho nacional y cumplan con el estándar de “legalidad” establecido por la Convención. Este estándar requiere que todas las leyes sean lo suficien-

38 *Ibíd.*, párrs. 22, 23 y 24.

39 *Ibíd.*, párrs. 25 y 34.

40 *Ibíd.*, párr. 85.

41 *Ibíd.*, párr. 86.

42 *Ibíd.*, párr. 87.

43 *Ibíd.*, párr. 91.

44 *Ibíd.*, párr. 89.

temente precisas para permitir a la persona prever, en un grado que sea razonable con las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción puede conllevar. De acuerdo a lo anterior, el Tribunal declaró la violación del artículo 5 N° 1 de la Convención en perjuicio del señor Creanga.⁴⁵

2.3. Caso Idalov⁴⁶

También sobre estándares de debido proceso en la prisión preventiva versa el caso Idalov contra Rusia. El demandante alegó principalmente las siguientes cuestiones: (a) que habría estado detenido en condiciones inhumanas y degradantes mientras cumplía prisión preventiva y en el Palacio de Justicia; (b) que habría sido transportado hacia y desde el Palacio de Justicia en condiciones indignas; (c) que habría estado detenido en prisión preventiva durante un período de tiempo excesivamente largo; y (d) que los tribunales nacionales no habrían examinado diligentemente los recursos de apelación interpuestos en contra de las órdenes de detención, con la finalidad de asegurar su participación en las audiencias.⁴⁷

El demandante, acusado de los delitos de secuestro, extorsión y posesión ilegal de armas de fuego,⁴⁸ fue detenido en prisión preventiva entre el 11 de junio de 1999 y el 6 de julio de 2001.⁴⁹ El 6 de julio de 2001, el investigador a cargo ordenó su liberación bajo fianza;⁵⁰ sin embargo, el 29 de octubre del 2002, el tribunal distrital dictaminó nuevamente su detención.⁵¹ El 24 de noviembre de 2003, fue condenado por los delitos anteriormente mencionados.⁵² Ante el Tribunal, el señor Idalov alegó una serie de violaciones del Convenio, especialmente con respecto a sus condiciones de detención y su participación en la audiencia del caso. Este resumen, se enfoca solamente en estos puntos.

Por una parte, respecto a las condiciones de detención en prisión preventiva y en el Palacio de Justicia, se destacó la sobrepoblación de las celdas y la

45 *Ibíd.*, párr. 120.

46 TEDH, Caso Idalov vs. Rusia, sentencia de fecha 22 de mayo de 2012.

47 *Ibíd.*, párr. 3.

48 *Ibíd.*, párrs. 9 y 10.

49 *Ibíd.*, párr. 113.

50 *Ibíd.*, párr. 29.

51 *Ibíd.*, párr. 30.

52 *Ibíd.*, párr. 19.

insuficiencia de limpieza, iluminación y ventilación.⁵³ Por otra parte, respecto a las condiciones de transporte, se hizo énfasis en la utilización de tres tipos de furgonetas, las cuales no se encontraban correctamente implementadas para la cantidad de imputados y la duración del viaje.⁵⁴ Finalmente, en cuanto a la participación en la audiencia, el señor Idalov no pudo escuchar los argumentos en su contra y fue solamente admitido en la sala para su propia declaración.⁵⁵

El Tribunal reiteró que la detención preventiva continuada solo puede ser justificada cuando existen indicios de un interés público prevalente que, a pesar de la presunción de inocencia, tiene mayor fuerza que el derecho al respeto a la libertad individual consagrado en el artículo 5 de la Convención.⁵⁶ De esta forma, hubo que determinar si los motivos alegados por las autoridades judiciales permitían seguir justificando la privación de libertad.⁵⁷ En el caso concreto, se observó que, inicialmente, las autoridades judiciales revocaron la libertad bajo fianza del demandante, como consecuencia de sus variados intentos de dilatar el procedimiento. No obstante, todas las posteriores extensiones de su detención fueron ordenadas con referencia a la gravedad de los cargos que se le imputaban.⁵⁸ Por lo tanto, considerando que las autoridades no presentaron hechos específicos o “medidas preventivas” alternativas, ampliando la detención por motivos “pertinentes” aunque “insuficientes” para justificar su duración, se declaró la violación del artículo N° 3 de la Convención, la prohibición de la tortura.⁵⁹

En cuanto a la participación en la audiencia, el Tribunal estableció que la oportunidad de un detenido de ser oído en persona o mediante alguna forma de representación constituye una de las garantías fundamentales consagradas dentro de los procedimientos en materia de privación de libertad.⁶⁰ En este caso, nada permitió sugerir que la Corte de Apelaciones haya considerado la correcta notificación del demandante o si su participación personal era nece-

53 *Ibíd.*, párrs. 40, 49-51, 62.

54 *Ibíd.*, párrs. 54-56, 59-61.

55 *Ibíd.*, párr. 18.

56 *Ibíd.*, párr. 139.

57 *Ibíd.*, párr. 140.

58 *Ibíd.*, párr. 143.

59 *Ibíd.*, párrs. 148 y 149.

60 *Ibíd.*, párr. 161.

saría para la efectiva revisión de la legalidad de su detención.⁶¹ Adicionalmente, el Gobierno había reconocido el fracaso de las autoridades para garantizar la participación del demandante en el procedimiento de apelación.⁶² Por lo tanto, considerando que el solicitante estuvo ausente en las audiencias de apelación del 22 de enero, 16 de junio, 6 de agosto y 2 de octubre de 2003 y 12 de febrero de 2004, se declaró la violación del artículo 5 N° 4 de la Convención, el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial en el caso de que se encuentre privado de libertad.⁶³

2.4. Caso Boulois⁶⁴

En el caso Boulois, el Tribunal tuvo que decidir sobre la salida dominical de una persona condenada por asalto con lesiones físicas, violación y secuestro con actos de tortura.⁶⁵ El demandante había solicitado la salida para hacer trámites administrativos y para capacitación.⁶⁶ El Tribunal estableció que la salida dominical no es un derecho, sino un privilegio, según la legislación nacional de Luxemburgo.⁶⁷ Por lo tanto, tampoco se podía subsumir a los “derechos y obligaciones civiles” protegidos bajo el artículo 6 del Convenio, que consagra el derecho a un debido proceso.⁶⁸ Entonces, como esta norma no era aplicable, el Tribunal no encontró una violación de este instrumento.⁶⁹ Hay que notar, no obstante, que otros instrumentos internacionales, en otros foros de derechos humanos, podrían contener normas vinculantes al respecto.

2.5. Caso Stanev⁷⁰

Tal como en el sistema interamericano de derechos humanos, los estándares sobre condiciones de detención y debido proceso también se aplican a personas internadas por razones de salud mental. Así, en el caso Stanev contra

61 *Ibíd.*, párr. 162.

62 *Ibíd.*, párr. 163.

63 *Ibíd.*, párr. 164.

64 TEDH, Caso Boulois vs. Luxemburgo, sentencia de fecha 3 de abril de 2012.

65 *Ibíd.*, párr. 14.

66 *Ibíd.*, párrs. 18 y 27.

67 *Ibíd.*, párr. 104.

68 *Ibíd.*, párr. 96 y ss.

69 *Ibíd.*, párrs. 104-105.

70 TEDH, Caso Stanev vs. Bulgaria, sentencia de fecha 17 de enero de 2012.

Bulgaria, la Gran Sala del Tribunal tuvo que decidir sobre la convencionalidad de:(a)la colocación del señor Stanev en un hogar de asistencia social para personas con trastornos mentales y la imposibilidad para obtener un permiso de salida;(b) las condiciones de vida en el hogar de asistencia social; y (c) no tener acceso a un tribunal para reclamar su liberación de la custodia parcial.⁷¹

El 20 de noviembre de 2000, el señor Stanev fue declarado incapaz parcialmente por el Tribunal Regional de Ruse,⁷² siendo posteriormente admitido en un hogar de asistencia social para personas con trastornos mentales.⁷³ Las razones de su internación, así como el período de tiempo que debía permanecer en ese lugar, no se le informaron.⁷⁴ Entre el 2003 y el 2004, diversas visitas oficiales al hogar de asistencia social fueron realizadas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. El informe elaborado concluyó que las condiciones del hogar de asistencia social constituían un trato inhumano y degradante.⁷⁵ El 10 de agosto de 2005, el Ministerio Público rechazó la solicitud del demandante de interponer una acción para el restablecimiento de su capacidad legal, argumentando que, en opinión de los profesionales encargados de su cuidado, el demandante no se encontraba preparado para llevar una vida independiente.⁷⁶ El 31 de agosto de 2006, a solicitud de su abogado, el demandante fue examinado por un psiquiatra diferente al que visitaba regularmente el hogar de cuidado social. El informe elaborado en esa ocasión constató que el demandante habría sido incorrectamente diagnosticado de esquizofrenia.⁷⁷ Adicionalmente, estableció que la permanencia del demandante en el hogar de asistencia social resultaba perjudicial para su salud, recomendándose su abandono porque, en caso contrario, se corría el riesgo que desarrollara el “síndrome de institucionalización”.⁷⁸

Al examinar la colocación del demandante en un hogar de asistencia social para personas con trastornos mentales y la imposibilidad para obtener un

71 *Ibíd.*, párr. 3.

72 *Ibíd.*, párr. 10.

73 *Ibíd.*, párrs. 13 y 14.

74 *Ibíd.*, párr. 15.

75 *Ibíd.*, párrs. 76-82.

76 *Ibíd.*, párrs. 37 y 38.

77 *Ibíd.*, párr. 35.

78 *Ibíd.*, párr. 36.

permiso de salida, de acuerdo al artículo 5 N° 1, 4 y 5 de la Convención, el Tribunal constató que la falta de consentimiento expreso a la internación constituía una privación de libertad en el sentido del artículo 5 N° 1 de la Convención.⁷⁹ Así, para que una persona “incapacitada mentalmente” sea privada de su libertad, en observancia a un procedimiento establecido por la ley, debían cumplirse las siguientes tres condiciones: (a) que la persona sea incapacitada mentalmente; (b) que el grado del trastorno mental justifique el confinamiento obligatorio; y (c) que la validez del confinamiento dependa de la permanencia del trastorno.⁸⁰ En cuanto a la segunda condición, la detención de una persona con trastornos mentales puede ser necesaria no solo cuando aquella requiere terapia, medicamentos u otros tratamientos clínicos para curar o aliviar su condición, sino también cuando requiere control y supervisión para evitar causar daños a sí mismo o a otras personas.⁸¹ En virtud de la ausencia de una evaluación médica reciente y considerando que en las circunstancias particulares no se acreditó que el demandante presentaba un riesgo para sí o para otros, se declaró la violación del artículo 5 N° 1 de la Convención.⁸²

En segundo lugar, el demandante alegó que las condiciones de vida en el hogar de asistencia social constituían una violación del artículo 3 del Convenio por sí solo y en relación con el artículo 13 del mismo. El artículo 3 de la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera sean las circunstancias y el comportamiento de la víctima.⁸³ No obstante, los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para considerarse dentro del alcance de la norma. La determinación de este mínimo es relativa, dependiendo de todas las circunstancias del caso, como la duración de los malos tratos, los efectos físicos y psicológicos y, en ciertas situaciones, el género, la edad y el estado de salud de la víctima.⁸⁴ Por lo tanto, el Estado debe garantizar que una persona sea detenida en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que la forma y el método de ejecución de la medida no produzcan angustia o dificultad que excedan los niveles de sufrimiento inherentes a la detención, y que su

79 *Ibíd.*, párrs. 130 y 132.

80 *Ibíd.*, párr. 145.

81 *Ibíd.*, párr. 146.

82 *Ibíd.*, párrs. 156, 157 y 160.

83 *Ibíd.*, párr. 201.

84 *Ibíd.*, párr. 202.

salud y bienestar sean asegurados adecuadamente.⁸⁵ Por su parte, el artículo 13 de la Convención garantiza la existencia de un recurso interno cuando los derechos y libertades reconocidos en aquel cuerpo legal hayan sido violados.⁸⁶

Finalmente, el artículo 5 N° 4 de la Convención establece que una persona arrestada o detenida tiene derecho a interponer un recurso ante un órgano judicial, con la finalidad que se pronuncie sobre los requisitos de forma y fondo que son esenciales para la legalidad de su privación de libertad.⁸⁷ De esta forma, resulta esencial que la persona interesada tenga acceso efectivo a los tribunales y la oportunidad de ser escuchada en persona o mediante alguna forma de representación.⁸⁸ En virtud que los recursos previstos por el Gobierno eran inaccesibles para el demandante o no eran de naturaleza judicial, se declara la violación del artículo 5 N° 4 de la Convención.⁸⁹

En consideración que el demandante fue expuesto a condiciones deplorables de vida durante un período de siete años aproximadamente y debido a que los recursos no fueron efectivos en el sentido del artículo 13 de la Convención, se declaró la violación del artículo 3 por sí solo y en relación con el artículo 13 de la Convención.⁹⁰ Además, el Tribunal encontró que hubo una denegación del “derecho de acceso a la justicia”, ya que el señor Stanev no pudo hacer revisar su internación por un juez, violándose el artículo 6 N° 1 de la Convención.⁹¹

2.6. Caso De Souza Ribeiro⁹²

Finalmente, en el ámbito de debido proceso, el Tribunal revisó el caso de un joven brasileño que, luego de haber ingresado a la Guyana Francesa, fue detenido y expulsado por tráfico de drogas. Es interesante notar que el caso demuestra el criterio del Tribunal respecto a la duración mínima de un proceso justo. Lo anterior debido a que la mayoría de estos casos versan sobre

85 *Ibid.*, párr. 204.

86 *Ibid.*, párr. 217.

87 *Ibid.*, párr. 168.

88 *Ibid.*, párr. 171.

89 *Ibid.*, párrs. 177 y 178.

90 *Ibid.*, párrs. 210, 213 y 221.

91 *Ibid.*, párrs. 245, 246 y 248.

92 TEDH, Caso De Souza Ribeiro vs. Francia, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012.

su exceso de duración.⁹³ Así, el Tribunal observó que, “mientras los Estados tienen alguna discreción sobre cómo implementar sus obligaciones respecto al artículo 13 del Convenio [sobre debido proceso], esta discreción no debe resultar en una denegación (...) en la práctica, de las garantías mínimas procesales para protegerlo contra la expulsión arbitraria”.⁹⁴ En el caso en particular, el Tribunal reprobó la celeridad con la cual la expulsión se ejecutó, con la consecuencia que el joven no tuvo acceso a un recurso efectivo.⁹⁵

3. Prevención del terrorismo, libertades personales, trato inhumano y tortura

Otro grupo de casos se relaciona con las medidas que adoptaron los Estados europeos en virtud de la denominada “lucha contra el terrorismo internacional”. El primero tiene que ver con restricciones a la libertad de circulación en virtud de leyes que pretendían implementar resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre personas supuestamente vinculadas a Al Qaeda. El segundo evalúa la convencionalidad de la participación de Estados europeos en un programa llamado “rendición extraordinaria”, en virtud del cual el Servicio Central de Inteligencia de Estados Unidos (en adelante, “CIA”) secuestraba personas sospechosas de participar en actividades terroristas para interrogarlas en prisiones secretas en Afganistán. El tercer caso discute el principio de no devolución, derecho consuetudinario relacionado con el derecho de los refugiados, en relación a las intercepciones de migrantes y refugiados en el Mediterráneo.

3.1. Caso Nada⁹⁶

Una ordenanza del Consejo Federal Suizo, aprobada en octubre de 2000, prohibió al señor Moustafa Youssed Nada la salida de su lugar de residencia luego que el anexo de la normativa lo incluyera en una lista de personas supuestamente vinculadas a Osama Bin Laden y Al Qaeda. Dicha ordenanza implementa la resolución 1267 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptada el 15 de octubre de 1999. En el caso, el Tribunal consideró la violación del artículo 13 del Convenio sobre el derecho a un recurso efectivo y el artículo 5 del mismo cuerpo legal sobre libertad y seguridad personal.

⁹³ Ver especialmente, TEDH, Caso Burdov vs. Rusia, sentencia de fecha 15 de enero de 2009; y Caso Rumpf vs. Alemania, sentencia de fecha 2 de septiembre de 2010.

⁹⁴ TEDH, Caso De Souza Ribeiro vs. Francia, op. cit., párr. 97.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 95.

⁹⁶ TEDH, Caso Nada vs. Suiza, sentencia de fecha 12 de septiembre de 2012.

El señor Nada es un musulmán practicante y un hombre de negocios que, a la fecha de los hechos del caso, presentaba diversos problemas de salud. En virtud de la mencionada ordenanza se le revocó el permiso para el cruce de fronteras entre Italia y Suiza en 2003, siendo que vivía en una provincia de Italia rodeada por un cantón Suizo y separada del resto de Italia por un lago. Por lo tanto, solo podía viajar al resto de Italia a través de Suiza.

El caso resulta de interés porque vuelve a tratar la jerarquía normativa de las resoluciones del Consejo de Naciones Unidas en relación con la Convención. El Tribunal reiteró su raciocinio del caso Al-Jedda, en que estableció que “en la interpretación de las resoluciones debe haber una presunción que el Consejo de Seguridad no tiene la intención de imponer obligación alguna a los Estados miembros para violar principios fundamentales de Derechos Humanos”.⁹⁷ Lo anterior, sin embargo, y pese a ser de toda lógica, mereció un análisis bajo el test de proporcionalidad en cuanto a si las restricciones perseguían objetivos legítimos, como la prevención del delito o el combate internacional de terrorismo. La conclusión a la que llegó el Tribunal, por las circunstancias excepcionabilísimas de la víctima (salud e imposibilidad de desplazamiento por otro lugar), fue establecer que sí se habrían violado los artículos 8 y 13 del Convenio, su derecho a la vida privada y familiar y a un recurso efectivo, respectivamente. Esto último se debió a que el demandante no tuvo un medio eficaz para obtener la eliminación de su nombre de la lista. Por el contrario, no se encontró violación del artículo 3 del mismo cuerpo normativo, los derechos de libertad y seguridad personal, porque el tercer país (Suiza), según el Derecho Internacional, tiene derecho a impedir la entrada a un extranjero.⁹⁸

3.2. Caso El Masri⁹⁹

Uno de los casos más comentados públicamente durante 2012 ha sido el caso El Masri. El 13 de diciembre de 2012, el Tribunal describió y resolvió sobre el tratamiento internacional del terrorismo proporcionado por la CIA, y la consecuente condena internacional de la República de Macedonia por su responsabilidad en facilitarles la detención de un ciudadano alemán en Afganis-

97 TEDH, Caso Al-Jedda vs. Reino Unido, sentencia de fecha 7 de julio de 2011, párr. 102, citado en Caso Nada vs. Suiza, op. cit., párr. 171; y discutido en Por todos, Benítez, Dinka, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Avances, retrocesos y desafíos”, en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012, p. 534.

98 TEDH, Caso Nada vs. Suiza, op. cit., párr. 229.

99 TEDH, Caso El-Masri vs. Ex República Yugoslava de Macedonia, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012.

tán, actividad conocida como el sistema de rendición extraordinaria según el Informe Marty.¹⁰⁰

Los hechos del caso se originan en el marco de una operación secreta, en que agentes de la República de Macedonia detuvieron y mantuvieron incomunicado al señor Khaled El-Masri con un método denominado “captura de choque”. Luego de ello, las autoridades del país lo entregaron a miembros de la CIA y fue trasladado a Afganistán, en donde lo detuvieron durante más de 4 meses, entre diciembre del 2003 y mayo del 2004. El señor El-Masri fue detenido en la frontera de Serbia y Macedonia mientras viajaba en bus desde Alemania, porque habría levantado sospecha por su nuevo pasaporte alemán mientras se dirigía a Macedonia por vacaciones.

El Informe Marty, luego de investigar denuncias recibidas sobre el sistema de rendiciones extraordinarias en Europa, ha indicado que este programa incluye una red mundial de detenciones secretas de la CIA en instalaciones clandestinas, militares y navales. En estos centros de detención, personas sospechosas de terrorismo son trasladadas entre los Estados en aviones civiles fuera de protección legal, siendo objeto de tortura y tratos degradantes.¹⁰¹ Precisamente, el señor El-Masri habría sido víctima del programa de rendición extraordinaria. En este sentido, el Informe Marty estableció que la UBK, Servicio de Inteligencia principal de Macedonia, se comunicaba rutinariamente con la CIA, que habrían establecido una descripción del señor El-Masri en vinculación a movimientos terroristas, en especial, Al Qaeda.¹⁰² El Tribunal, luego de escuchar a diversas organizaciones internacionales y no gubernamentales,¹⁰³ estimó que la República de Macedonia habría violado el artículo 3 que establece la prohibición de tortura, el artículo 5 sobre el derecho a la libertad y seguridad personal, el artículo 8 sobre el respeto a la vida privada y familiar, y el artículo 13 relativo a un recurso efectivo, todos de la Convención.

En lo que nos interesa, la sentencia del Tribunal desarrolla el principio sobre no devolución (*non-refoulement*) en el entendido que el Estado con-

100 Asamblea del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, *The 2006 Marty Report*, 2006.

101 TEDH, Caso El-Masri vs. Ex República Yugoslava de Macedonia, op. cit., párr. 37.

102 *Ibid.*, párr. 37. Citando a Asamblea del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, *The 2006 Marty Report*, párr. 116.

103 Entre ellos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, Interights, Redress, Comisión Internacional de Juristas, y Amnistía Internacional.

tratante transgrede esos derechos al trasladar a una persona de su territorio a un Estado en que se le expone a un peligro real de vulneración. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal en sentencias anteriores,¹⁰⁴ por ejemplo, resolviendo el histórico caso Soering contra Reino Unido de 1989, en que se reconoció que el traslado (extradición) de un ciudadano alemán, acusado de homicidio en el Estado de Virginia y detenido en el Reino Unido, violaría el artículo 3 del Convenio, prohibición de la tortura, por producirse el fenómeno del corredor de la muerte.

En el caso en análisis, la violación del artículo 3 del Convenio se configuró además por los malos tratos que las autoridades de Macedonia infligieron a la víctima y por la falta de protección legal ante la detención por la CIA, que el señor El-Masri sufrió arbitrariamente. Por tanto, la responsabilidad del Estado de Macedonia se fundamenta en que “sus agentes facilitaron activamente [la tortura]y [que]no tomaron ninguna medida (...) para prevenir su ocurrencia”.¹⁰⁵ Además, “la evidencia sugiere que las autoridades macedonias tuvieron conocimiento del destino al que el solicitante sería llevado en vuelo desde el aeropuerto de Skopje”.¹⁰⁶

Respecto a la violación del artículo 5 del Convenio, el derecho a la libertad y a la seguridad personal, el Tribunal utilizó la misma estrategia anterior, es decir, responsabilizó al Estado de Macedonia por el actuar de sus autoridades, debido a que la detención fue irregular y sin ajustarse a derecho. Por lo demás, el Tribunal afirmó que el secuestro y la detención como resultado de la facilitación activa de las autoridades nacionales, en incumplimiento de su obligación de proteger al demandante de su detención, equivalían a una desaparición forzada, aunque temporal,¹⁰⁷ que abarca todo el periodo de detención.

Finalmente, en el contexto de la guerra contra el terrorismo, la colaboración internacional muchas veces entra en conflicto con la protección de derechos, y mantiene la discusión de legalidad por cuanto no respeta el derecho internacional humanitario ni el derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, en este trabajo el prisma a analizar ha sido la responsabili-

¹⁰⁴ Véase TEDH, Caso Soering vs. Reino Unido, sentencia de 1989, párr. 91; Caso Mamatkulov y Askarov vs. Turquía, sentencia de fecha 4 de febrero de 2005. Casos citados en sentencia El-Masri vs. Macedonia, párr. 212. También véase Caso M.S.S vs. Bélgica y Grecia, sentencia de fecha 21 de enero de 2011, y discutido en Por todos, Benítez, op. cit., pp. 517-522.

¹⁰⁵ TEDH, Caso El-Masri vs. Ex República Yugoslava de Macedonia, op. cit., párr. 211.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 217.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 240.

dad de los países europeos en la lucha contra el terrorismo y cómo el Tribunal ha sentenciado las violaciones de Derechos Humanos, considerando, en todo caso, que la tortura está prohibida en términos absolutos por el Convenio,¹⁰⁸ concepto cuyo análisis no puede ser abordado en estas líneas.

3.3. Caso Hirsi Jamaa¹⁰⁹

El caso Hirsi Jamaa contra Italia discute la devolución de inmigrantes interceptados en el Mediterráneo a Libia. Nacionales de Somalia y Eritrea, entre ellos los solicitantes, dejaron Libia a bordo de tres embarcaciones para dirigirse a las costas italianas. Poco antes de llegar fueron interceptados por barcos de la policía italiana. Durante el viaje las autoridades italianas no les informaron de su destino ni se preocuparon de identificarlos. Los solicitantes siempre creyeron que se dirigían a Italia, sin embargo, fueron entregados a las autoridades en Libia. Lo anterior debido a los acuerdos bilaterales entre Italia y Libia para rechazar a los migrantes ilegales que intentaran entrar en las costas italianas. Para el Tribunal, cada vez que el Estado envía agentes a operar fuera de su territorio, ejerce control y autoridad sobre un individuo, es decir, ejerce jurisdicción.¹¹⁰ La Gran Sala consideró que hubo una violación del artículo 3 de la Convención, prohibición de la tortura, debido a que los solicitantes fueron expuestos al riesgo de ser repatriados a Somalia y Eritrea.

En relación a la responsabilidad de los Estados en casos de expulsión, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, los Estados tienen el derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de personas extrañas a su territorio. No obstante, la expulsión, extradición o cualquier otra medida para remover a un extraño puede hacer surgir responsabilidad para el Estado de acuerdo al artículo 3 de la Convención.

Es importante destacar que hubo intervención de *amici curiae* (terceros que intervienen en el litigio). Numerosos informes de organizaciones internacionales de derechos humanos demostraron la grave situación que se estaba viviendo en Libia. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y Human Rights Watch condenaron la entrega de los migrantes irregulares a Libia por parte de Italia. Los informes expusieron que cualquier

¹⁰⁸ Véase TEDH, Caso Chahal vs. el Reino Unido, sentencia de fecha 15 de noviembre de 1996, párr. 79. Jurisprudencia citada en El-Masri vs. Macedonia, párr. 195.

¹⁰⁹ TEDH, Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia, sentencia de fecha 22 de febrero de 2012.

¹¹⁰ TEDH, Caso Issa y otros vs. Turquía, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004, discutido en Por todos, Benítez, op. cit., p. 535.

persona que entraba al país por medios ilegales era tratada como clandestina sin distinción. Además, eran arrestadas y detenidas en condiciones que solo se pueden describir como inhumanas.¹¹¹

Para el Tribunal, Italia no puede evadir su responsabilidad aludiendo las obligaciones que surgen de los acuerdos bilaterales con Libia. La responsabilidad de los Estados contratantes del Convenio continúa aún después que estos hayan ratificado otros acuerdos, luego de la entrada en vigor de la Convención. Así, el Tribunal confirmó la prioridad del Convenio por sobre otros acuerdos internacionales, tal como lo hizo en 2011, en el caso *Al-Skeini*.¹¹² Indica el Tribunal que “Italia no puede evadir sus propias responsabilidades recurriendo a obligaciones que nacen de acuerdos bilaterales con Libia. Aunque estos acuerdos hubieran incluido una disposición explícita sobre el retorno de migrantes interceptados en alta mar, la responsabilidad de las partes contratantes continúa aún después de que se hayan comprometido con otros Estados luego de la entrada en vigencia del Convenio o sus protocolos”.¹¹³ La Gran Sala consideró que las autoridades italianas, al transferir a los solicitantes a Libia con conocimiento de los hechos que acontecían en ese país, los expusieron a tratos prohibidos por la Convención.

El Tribunal también analizó el hecho de que los solicitantes fueron expuestos al riesgo de que arbitrariamente los repatriaran a Eritrea y Somalia. Los *amici curiae* expusieron en este contexto que Libia frecuentemente realizaba expulsiones colectivas de refugiados y personas solicitantes de asilo político a sus países de origen, donde podían ser víctimas de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, se estableció que, cuando los solicitantes fueron entregados a las autoridades en Libia, Italia sabía o debió haber sabido que no habían suficientes garantías para proteger a las partes involucradas del riesgo de ser devueltos a sus países de origen.

Finalmente, el Tribunal determinó que hubo una violación del artículo 4 del Protocolo N°4 de la Convención, prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Hasta el momento, el caso *Conka* contra Bélgica¹¹⁴ había sido el único en donde se había declarado la violación del artículo mencionado. Como en *Conka*, el Tribunal analizó las circunstancias de deportación y si las decisiones tuvieron en cuenta las situaciones particulares de los individuos

111 TEDH, Caso *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, op. cit., párr. 102.

112 TEDH, Caso *Al-Skeini vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 7 de julio de 2011, discutido en Por todos, Benítez, op. cit., p. 536.

113 TEDH, Caso *Hirsi Jamaa y otros vs Italia*, op. cit., párr. 129.

114 TEDH, Caso *Conka vs. Bélgica*, sentencia de fecha 5 de febrero de 2002.

involucrados. En el caso concreto, el Tribunal estableció que la transferencia de los solicitantes a Libia fue efectuada sin examinar las circunstancias especiales de cada individuo. Por ello se consideró que la expulsión de los solicitantes fue de naturaleza colectiva, en violación del Convenio.

4. Libertad de expresión

Desde sus inicios, el Tribunal ha decidido casos importantes sobre la libertad de expresión, trascendiendo muchas veces la realidad nacional de un país. En este sentido, y aplicando los estándares desarrollados a lo largo de décadas, decidió en 2012 un caso en el que ponderó los derechos de los inculcados y el derecho a la libertad de expresión. Además, debió evaluar la convencionalidad en la prohibición de una campaña de publicidad de una organización que esperaba la llegada de extraterrestres.

4.1. Caso Springer¹¹⁵

El 7 de febrero de 2012, en el caso de Axel Springer AG contra Alemania, se resolvió una colisión entre los artículos 8 y 10 del Convenio, el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de expresión, respectivamente. Ese mismo día fue decidido también el caso Von Hannover contra Alemania (Nº 2), en el cual se declaró que no hubo violación del artículo 8 de la Convención, porque la interferencia en el derecho a la vida privada fue proporcionada y justificada por el interés público en el derecho a la libertad de expresión.¹¹⁶

El caso Springer se originó en el ámbito interno por una denuncia a la empresa publicadora del periódico Bild, de gran circulación en Alemania, que divulgó información sobre un conocido actor de televisión (en adelante “X”) condenado por posesión ilícita de drogas. Según la Corte Regional de Hamburgo de Alemania, el derecho a la protección de los derechos de la personalidad de X prevalecía sobre el interés público de ser informado, incluso considerando que la verdad de los hechos del caso no había sido cuestionada.

Por el contrario, el Tribunal consideró que la empresa estuvo en lo correcto al sostener que no existían motivos suficientemente fuertes para mantener a X en el anonimato, y estableció por doce votos contra cinco que hubo una violación del artículo 10 de la Convención sobre libertad de expresión, en perjuicio de la editorial Springer. Al respecto, se estableció que las

¹¹⁵ TEDH, Caso Axel Springer AG vs. Alemania, sentencia de fecha 7 de febrero de 2012.

¹¹⁶ TEDH, Caso Von Hannover vs. Alemania, sentencia de fecha 7 de febrero de 2012.

partes estaban en desacuerdo sobre “si la interferencia fue necesaria en una sociedad democrática”.¹¹⁷ Por lo anterior, el Tribunal aplicó el test de proporcionalidad y, además, consideró los siguientes criterios: (a) la contribución a un debate de interés general;(b) qué tan bien conocida es la persona en cuestión y cuál es el tema del informe;(c) la conducta previa de la persona interesada;(d) el método de obtención de la información y su veracidad;(e) el contenido, forma y consecuencias de la publicación; y (f) la gravedad de la sanción impuesta. Como conclusión, se determinó que los motivos invocados por el Estado, aunque relevantes, no eran suficientes para establecer que la interferencia a la empresa de comunicación fuera necesaria en una sociedad democrática.

A pesar del margen de apreciación, el Tribunal consideró que no existía relación razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas por los tribunales nacionales sobre la empresa, el derecho a la libertad de expresión y el objetivo legítimo perseguido. No obstante, si bien el Tribunal estableció que las sanciones a la empresa fueron capaces de tener un efecto negativo sobre la misma (coartando la libertad de expresión), en un voto disidente, el Juez López Guerra, secundado por cuatro jueces, explicó que, una vez que un tribunal interno considera todos los factores para el balance de derechos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, una revisión adicional por este constituiría una decisión de “cuarta instancia”.¹¹⁸

En conclusión, si bien una vez más el Tribunal resolvió a favor de la libertad de expresión en perjuicio del derecho a la vida privada, hay una discusión al interior de aquel sobre si esta revisión solo debiera ser formal, analizando si todos los elementos necesarios fueron ponderados, pero no el resultado de la ponderación. Según la mayoría y la jurisprudencia constante del Tribunal, el test de proporcionalidad debe entenderse como un test sustantivo. En este sentido, la objeción de la “cuarta instancia” pierde su razón de ser por cuanto, aunque el derecho interno ya se ha adecuado al Convenio, sigue en juego la correcta interpretación del Derecho Internacional. En definitiva, el órgano internacional tiene el mandato de la interpretación autoritativa de la Convención.

¹¹⁷ TEDH, Caso Axel Springer AG vs. Alemania, op. cit., párr. 77.

¹¹⁸ *Ibid.*, opinión disidente del Juez López Guerra, compartido por los jueces Jungwiert, Jaeger, Villiger y Poalelungi, p. 38 y ss.

4.2. Caso Movimiento Raeliano¹¹⁹

Este caso se fundamenta en una prohibición impuesta por Suiza al Movimiento Raeliano. A este se le prohibió realizar una campaña de promoción de su institución mediante carteles en la vía pública. El cartel en cuestión medía 97 cm x 69 cm y decía “el mensaje de los extraterrestres”. Además, aparecía la dirección de una página web y un número telefónico del movimiento, con imágenes de rostros extraterrestres y una pirámide junto con un platillo volador y la Tierra. En el fondo del cartel se leía la frase: “La ciencia al fin sustituye a la religión”.

El Movimiento Raeliano se funda en el supuesto que los extraterrestres han creado la vida en la Tierra y distintas religiones. Los seguidores del movimiento creen que el progreso científico y técnico es fundamental, y que la clonación humana y la transferencia de consciencia permitirán al ser humano obtener la inmortalidad. Las autoridades suizas no autorizaron la campaña de publicidad porque se habría descubierto, además, que el movimiento promovía la pedofilia y el incesto y avalaba la eugenesia (mejora de los rasgos hereditarios), lo que sería contrario al principio de no discriminación.¹²⁰

El Tribunal consideró que no hubo una violación del artículo 10 del Convenio, sobre libertad de expresión, y no consideró necesario examinar la violación del artículo 9 del mismo, la libertad de pensamiento, de consciencia y de religión. Lo anterior porque, aplicando los principios sobre libertad de expresión, se estableció que, si bien existía una interferencia del derecho, esta medida perseguía objetivos legítimos, a saber, la prevención del delito, la protección de la salud y/o la moral, y de los derechos de los demás.

Asimismo, el Tribunal analizó si la medida era necesaria en una sociedad democrática. Se consideró que, si bien los Estados gozan de cierto margen de apreciación en la evaluación de la necesidad y el alcance de una injerencia en la libertad de expresión, la amplitud de dicho margen varía en función de una serie de factores. Existe un menor margen en discursos políticos, mientras que es mayor sobre hechos que puedan ofender íntimas convicciones personales en el ámbito de la moral o, sobre todo, la religión. También concurre un mayor margen en la regulación de asuntos comerciales o publicitarios. Por tanto, solo razones serias pueden llevar a sustituir la apreciación de las autoridades nacionales, habiendo sido estas razonables, y, sin cuestionarse la pro-

¹¹⁹ TEDH, Caso Movimiento Raeliano vs. Suiza, sentencia de fecha 13 de julio de 2012.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 17.

hibición de la asociación misma o su página web, las autoridades no habrían sobrepasado el amplio margen de apreciación permitido. Por el contrario, las razones fueron pertinentes, suficientes y además existía una necesidad social imperiosa. Adicionalmente, el Tribunal consideró que las autoridades habían escogido los medios que causarían menor perjuicio a los derechos, pues el sitio web, por ejemplo, no fue prohibido.

Es relevante consignar los extensos votos separados del fallo, que dieron un resultado de nueve votos a favor y ocho en contra respecto al artículo 10 del Convenio. Ello se funda en las particularidades del caso, por las distintas ponderaciones jurídicas que los jueces consideraron correctas con respecto al derecho a la libertad de expresión como pilar de los sistemas democráticos.

De acuerdo al Tribunal, tampoco hubo una violación del Convenio por parte de Turquía, cuando permitió la publicación de un libro que contenía ciertas aseveraciones sobre los Roma (“gitanos”). Así, en el caso Aksu, el Tribunal declaró que no hubiera sido proporcional y necesario en una sociedad democrática limitar el derecho a la libertad de expresión de los autores del libro –tres científicos turcos– para evitar una supuesta discriminación de los Roma. El Tribunal decidió el caso en los hechos, considerando que la investigación no “contenía aseveraciones negativas generalizadas sobre los Roma”, ni tampoco referencias a “actividades ilegales” que se les habrían atribuido.¹²¹

4.3. Caso Centro Europa 7 S.R.L.¹²²

Finalmente, en el ámbito de libertad de expresión, el Tribunal analizó el no otorgamiento de frecuencias de televisión a una compañía recién creada en Italia, situación que la ponía en desventaja ante las compañías ya existentes, que contaban con un régimen de frecuencias transitorias mientras el gobierno adoptaba un nuevo reglamento sobre el asunto. El Tribunal concluyó que los derechos deben ser efectivos en la práctica y declaró la violación del artículo 10 del Convenio sobre libertad de expresión y el artículo 1 del Protocolo N° 1 del mismo cuerpo legal sobre protección de la propiedad, porque Italia no garantizó la frecuencia al canal Centro Europa 7 a pesar de que este contaba con licencia de emisión.

¹²¹ TEDH, Caso Aksu vs. Turquía, sentencia de fecha 15 de marzo de 2012, párr. 70.

¹²² TEDH, Caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano vs. Italia, sentencia de fecha 7 de junio de 2012.

5. No discriminación

La discriminación, a saber, cualquier distinción arbitraria, está prohibida por el Convenio Europeo, en su artículo 14. Este estipula: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Cuatro casos decididos por la Gran Sala en 2012 se relacionaron con temas de discriminación, en diferentes ámbitos y sobre distintas categorías sospechosas o prohibidas. Se presentarán los casos Kuric, Catan, Markin y Van der Heijden.

5.1. Caso Kuric¹²³

La República Federal Socialista de Yugoslavia (en adelante, “RFSY”) era un Estado Federal compuesto por seis repúblicas, entre ellas Eslovenia. Los nacionales de la RFSY tenían doble nacionalidad: una de la RFSY y la otra podía ser una de las otras seis repúblicas. En la década de 1990 comenzó el proceso de disolución de la RFSY. En 1991 Eslovenia se independizó y una serie de leyes fueron aprobadas. Durante ese tiempo, aproximadamente un 10% de la población de Eslovenia, entre ellos los solicitantes, eran ciudadanos de otras ex repúblicas de la RFSY. En una de estas leyes, el Acta de Ciudadanía de 1991, se estableció que los ciudadanos de las antiguas repúblicas de la ex RFSY que no fueran ciudadanos de Eslovenia podían adquirir la ciudadanía eslovena si cumplían con los requisitos formales establecidos en la ley.¹²⁴

La Gran Sala sostuvo unánimemente que hubo una violación del artículo 8 de la Convención, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, porque los solicitantes jamás pudieron emitir una solicitud formal de ciudadanía en el corto período otorgado por la legislación nacional. En 1992 sus nombres fueron ilegalmente borrados del registro.¹²⁵ Este “borrado” no solamente les denegó el acceso a la ciudadanía eslovena, sino que también los desposeyó de cualquier estatus legal que les concediera el “derecho a tener derechos”.¹²⁶ En el caso *Christine Goodwin contra Reino Unido*, conocido por la Gran Sala, se analizó este mismo punto. La esencia de la Convención es el respeto a la dig-

¹²³ TEDH, Caso Kuri y otros vs. Eslovenia, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 205.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 317.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 319.

nidad y libertad humanas. De acuerdo al artículo 8 de la Convención, se otorga protección a la esfera personal de cada individuo, incluyendo el derecho a establecer los detalles de su identidad como seres humanos.¹²⁷

Para analizar si es que hubo una violación de la norma mencionada, el Tribunal realizó el test obligatorio de “justificación de la interferencia”.¹²⁸ Se llegó a la conclusión que las medidas asumidas por el Gobierno para eliminar del Registro a los solicitantes no fueron conformes a la ley ni necesarias en una sociedad democrática, a pesar de que la interferencia sí persiguió un fin legítimo.

El Tribunal sostuvo unánimemente que hubo una violación del artículo 13, el derecho a un recurso efectivo, en conjunto con el artículo 8 de la Convención. Para el Tribunal, el artículo 13 garantiza la disponibilidad, en el ámbito nacional, de soluciones que refuercen la esencia de los derechos y libertades de la Convención. El Estado de Eslovenia no pudo probar que las soluciones a disposición de los solicitantes eran adecuadas para restablecer la supuesta violación del artículo 8 del Convenio.

La Gran Sala sostuvo unánimemente que hubo una violación del artículo 14, prohibición de discriminación, en conjunto con el artículo 8 de la Convención. La Sala de la Tercera Sección del Tribunal, cuando conoció el caso el 4 de julio de 2006, decidió que, como ya había una violación del artículo 8, no era necesario analizar si había una violación de acuerdo a los dos artículos anteriores. En cambio, la Gran Sala, tomando en cuenta la importancia de la discriminación en el caso concreto, consideró que se debía analizar si hubo una violación del artículo 14. Este artículo complementa las otras disposiciones de la Convención y de sus protocolos. No tiene existencia independiente debido a que solo surte efecto en relación al disfrute de los derechos y libertades resguardados por las otras disposiciones. Por el contrario, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 24 tiene existencia autónoma.

Para determinar si hubo una violación del artículo 14 de la Convención, el TEDH debió analizar el margen de apreciación que se le otorga a los Estados contratantes. Este puede variar de acuerdo a las circunstancias, el tema central y los antecedentes del caso concreto. El Tribunal consideró que hubo una diferencia de trato entre dos grupos de personas que se encontraban en situaciones similares: esto es, los ciudadanos de otras repúblicas de la ex RFSY

¹²⁷ TEDH, Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido, sentencia de fecha 11 de julio de 2002, párr. 90.

¹²⁸ TEDH, Caso Kuri y otros vs. Eslovenia, op. cit., párrs. 341-362.

que habían vivido en Eslovenia antes de su independencia y los ciudadanos de otras repúblicas de la ex RFSY que estaban viviendo en Eslovenia, como los solicitantes. Según ellos, la diferencia de trato de la que fueron víctimas se basó en su origen nacional. Como ciudadanos de la ex RFSY, fueron tratados de forma diferente a otros extranjeros. Esta diferencia de trato no perseguía un fin legítimo, por lo que carecía de una justificación razonable y objetiva.¹²⁹

Durante los últimos años, el TEDH ha desarrollado una nueva práctica, conocida como el “procedimiento piloto”,¹³⁰ para tratar con grandes grupos de casos idénticos que derivan del mismo problema. Al tratar uno de un grupo del mismo tipo de casos, se busca encontrar una solución que se extienda a todo el resto de ellos. Los casos pendientes ante el Tribunal se suspenden si el Estado acata la orden dada en el caso piloto. En este caso particular, el TEDH consideró por primera vez que, aunque solamente algunas pocas denuncias similares fueron interpuestas por personas “borradas”, en el contexto de violaciones sistémicas, estructurales o similares, el futuro flujo de casos es también una consideración importante que se debe tener en cuenta para prevenir la acumulación de casos repetitivos en el Tribunal.¹³¹

La Gran Sala indicó al Estado Esloveno que debía adoptar un esquema de compensación económica ad hoc. Con ello, el examen de solicitudes similares queda suspendido hasta que se cumpla con lo anterior.

5.2. Caso Catan¹³²

El Tribunal decidió el primer caso de no discriminación lingüística en el ámbito educativo en el caso Marckx¹³³ y Lingüísticas Belgas.¹³⁴ Otro caso sobre esta materia llegó a la Gran Sala en 2012, en Catan contra Moldavia. Entre 2002 y 2004 la policía de la República Moldava de Transnistria violentamente desalojó a estudiantes y profesores de tres escuelas. Esto se llevó a cabo porque, a pesar de la prohibición del uso del alfabeto latino, las escuelas siguieron utilizándolo, en vez de seguir con el alfabeto cirílico aprobado en el

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 394.

¹³⁰ TEDH, “The Pilot-Judgment Procedure”, 24 de febrero de 2012, disponible en: <http://www.echr.coe.int/>.

¹³¹ TEDH, Caso Kuri y otros vs. Eslovenia, op. cit., párr. 414.

¹³² TEDH, Caso Catan y otros vs. República de Moldavia y Rusia, sentencia de fecha 19 de octubre de 2012.

¹³³ TEDH, Caso Marckx vs. Bélgica, sentencia de fecha 13 de junio de 1979.

¹³⁴ TEDH, Caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la Educación en Bélgica contra Bélgica, sentencia de fecha 23 de julio de 1968.

territorio. Dicha República, no reconocida internacionalmente, contaba con el apoyo de la Federación Rusa en sus conflictos con la República de Moldavia.

La Gran Sala sostuvo, por dieciséis votos contra uno, que hubo una violación del artículo 2 del Protocolo N°1 de la Convención, el derecho a la educación. Como se encontró una violación a este artículo, se decidió no examinar si hubo una violación del artículo 8, el respeto a la vida privada y familiar, o del artículo 14, prohibición de discriminación, en conjunto con alguno de los dos primeros artículos. Para el Tribunal, el artículo 2 del Protocolo N°1 de la Convención no especifica el idioma en que debe fundarse una educación. El derecho a la educación, no obstante, no tendría sentido si los sujetos de derecho no pudieran acceder a los beneficios de la educación por no entender el idioma en que se enseña.¹³⁵ De esto sigue que el artículo 2 del Protocolo N°1 de la Convención implica el derecho a educarse en el idioma nacional o en uno de los idiomas que las personas crean adecuados.

A diferencia de este caso, en *Kuri contra Eslovenia*, a pesar de haber establecido que no se violaba el artículo 8 de la Convención, la Gran Sala decidió que sí hubo una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo anterior.¹³⁶ ¿Por qué razón? En *Kuri* los solicitantes fueron eliminados de todo registro y se les conocía como los “borrados”. A pesar de ser personas, titulares de derechos y obligaciones, ello no se respetó. La magnitud de la discriminación sufrida por ellos fue mayor que la del presente caso, lo que justificó un análisis más exhaustivo. En *Catan*, la afectación al derecho a la educación fue mitigada, en parte, por las acciones asumidas por la República de Moldavia para que los niños expulsados siguieran educándose.¹³⁷ Por ello, no fue necesario analizar si hubo una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 8 o con el artículo 2 del Protocolo N°1 de la Convención.

5.3. Caso *Markin*¹³⁸

El 21 de febrero de 2001, la Gran Sala conoció el caso de Konstantin Markin, un operador de radio del servicio de inteligencia ruso. El 12 de octubre de 2005 le negaron su solicitud para tomarse una licencia parental y así cuidar a sus hijos. En Rusia, dicha licencia tiene una duración de tres años. Le negaron

¹³⁵ TEDH, *Caso Catan y otros vs. República de Moldavia y Rusia*, op. cit., párr. 138.

¹³⁶ TEDH, *Caso Kuri y otros vs. Eslovenia*, op. cit., párr. resolutivo 8, p. 85.

¹³⁷ TEDH, *Caso Catan y otros vs. República de Moldavia y Rusia*, op. cit., párrs. 147-148.

¹³⁸ TEDH, *Caso Konstantin Markin vs. Rusia*, sentencia de fecha 22 de marzo de 2012.

este beneficio debido a que solo se aplicaba al personal femenino dentro del servicio militar. A pesar del ello, le dieron una licencia de tres meses.

Markin, el solicitante, apeló a la Corte Militar por dicha decisión. Aquella institución rechazó sus alegatos declarando que la situación del solicitante era una farsa porque vivía con los padres de la señora Z, su ex mujer. Además, ella seguía teniendo contacto con sus hijos y Markin recibía apoyo económico de otras personas. El tribunal interno determinó que el solicitante no pudo probar que él era el único que cuidaba a sus hijos y que la madre los había abandonado, ya que seguían en contacto con ella. Mediante una orden con fecha 24 de octubre de 2006, el jefe de la unidad militar del solicitante le otorgó la licencia parental hasta el 30 de septiembre de 2008, además de apoyo económico. Se trató de un otorgamiento “ex gratia” para ayudarlo en la difícil situación que estaba viviendo. No obstante, no se reconoció el “derecho a la igualdad” del solicitante en relación a la licencia parental.

La Gran Sala sostuvo, por dieciséis votos contra uno, que hubo una violación del artículo 14 de la Convención, prohibición de discriminación, en conjunto con el artículo 8 del mismo cuerpo legal, derecho al respeto de la vida privada y familiar. Al excluir al personal militar del derecho a la licencia parental, la disposición impone una restricción en blanco. Una limitación tan general y automática, aplicable a un grupo de personas en razón de su sexo, debe entenderse que se encuentra fuera de cualquier margen de apreciación aceptable, sin importar lo amplio que dicho margen sea, debido a que es incompatible con la Convención.¹³⁹

El Estado aseveró que, al haber firmado un contrato con el ejército, el solicitante no puede exigir respeto a su derecho a no ser discriminado. El Tribunal considera que, en razón de la fundamental importancia de la prohibición de discriminación por sexo, ningún desistimiento de este derecho puede ser aceptado debido a que contrarresta un interés público importante. Para el TEDH no se puede renunciar ni siquiera explícitamente al derecho a la igualdad. La prohibición de discriminación, no obstante, no significa que distinciones –aun en el ámbito familiar– no fueran posibles. Así, en el caso Van der Heijden, el TEDH tuvo que determinar si el “privilegio testimonial” debía ser accesible por una pareja que convivía sin haberse registrado formalmente.

139 *Ibíd.*, párr. 148.

5.4. Caso Van der Heijden¹⁴⁰

Gerdina Van Der Heijden tenía una pareja con la que había convivido por más de dieciocho años, el señor A. Este hombre era el principal sospechoso en la investigación de un homicidio. Cuando llamaron a Van Der Heijden a declarar, ella se negó, alegando que contaba con el “privilegio testimonial”. Este privilegio se otorgaba a los cónyuges y parejas registradas. La situación de la solicitante no estaba comprendida dentro de ninguna de estas categorías debido a que solo convivía con su pareja y no tenían registrada dicha convivencia.

La Gran Sala sostuvo, por diez votos contra siete, que no hubo una violación del artículo 8 de la Convención, el derecho al respeto a la vida privada y familiar. A pesar que la obligación impuesta a la solicitante de otorgar evidencia en el caso contra el señor A es un deber cívico, este hecho constituye una interferencia con el derecho de la solicitante a que se respete su vida familiar. En este caso solo existió una interferencia en el derecho de la solicitante: este aún se podía seguir ejerciendo, pero se encontraba limitado en ciertos ámbitos. Por el contrario, si los hechos hubiesen constituido una violación de su derecho, este no se podría ejercer de ninguna forma.

Así, el Tribunal no aceptó la sugerencia de la solicitante de que se le aplicaba el “privilegio testimonial” porque su relación con el señor A era similar al matrimonio o a las relaciones de parejas registradas. No se realiza ninguna crítica a no haberse inscrito como pareja, pero, habiendo tomado tal decisión, ella debía aceptar las consecuencias legales que nacieran de tal hecho. El TEDH no considera que la supuesta interferencia con su vida familiar fuera tan gravosa o desproporcionada como para poner en peligro sus intereses injustificadamente.¹⁴¹ Haciendo un balance entre el derecho a la vida familiar y el interés público de persecución de un crimen, el Tribunal considera que el primero sobrepasa al segundo. Aun así, se han establecido límites a esta protección de la vida familiar, y el Estado puede determinar que el “privilegio testimonial” solo sea accesible para matrimonios o parejas que se han registrado como tales, sin que se quebrante el Convenio.

6. Derecho a la propiedad

La Gran Sala decidió tres casos que tratan del derecho a la propiedad privada. Aunque se trata de casos con argumentación bastante técnica, es posible de-

¹⁴⁰ TEDH, Caso Van Der Heijden vs. Holanda, sentencia de fecha 3 de abril de 2012.

¹⁴¹ *Ibid.*, párr. 76.

ducir de ellos la lógica con la cual el Tribunal evalúa si las limitaciones a este derecho se han determinado de acuerdo a lo establecido en la Convención. En este sentido, se aplica un test que contiene los mismos elementos que el de la no discriminación, solo que en los casos sobre propiedad la discreción del Estado es más amplia, considerando que este derecho afecta a la dignidad de la persona menos directamente que la discriminación.

6.1. Caso Kotov¹⁴²

Vladimir Mikhaylovich Kotov, ciudadano ruso de la localidad de Krasnodar, abrió una cuenta de ahorro en el banco Yurak en abril de 1994. Cuatro meses después, luego de que el banco anunciara que subiría las tasas de interés, Kotov decidió retirar sus fondos. El banco se negó aduciendo que no existía patrimonio suficiente para devolver su dinero con intereses. Ante esta situación, demandó judicialmente al banco por la entrega del dinero, más los intereses y una compensación por el perjuicio causado.¹⁴³

Durante la tramitación del juicio, el banco fue declarado insolvente, llevándose a cabo la liquidación de sus activos.¹⁴⁴ Según la Ley de Quiebras rusa, existen categorías de acreedores para el pago de las deudas, siendo los de primera categoría aquellos que poseen un privilegio para ser satisfechos sus créditos con los fondos obtenidos en la quiebra. Kotov pertenecía a este grupo. No obstante, la junta de acreedores aprobó un nuevo cuerpo de acreedores que se pagarían incluso antes que los de primera categoría: jubilados, discapacitados, veteranos de guerra, necesitados y otros que hubiesen asistido activamente al liquidador en su tarea. El liquidador, en cumplimiento de esta determinación, pagó preferentemente a estos últimos, recibiendo el solicitante una cantidad de dinero inferior a la que le correspondía.¹⁴⁵

En vista que el juicio en contra del banco fue infructuoso para recuperar sus ahorros, el solicitante demandó al liquidador, alegando la extralimitación en sus funciones y el cumplimiento de una orden de la junta de acreedores en contravención a la ley y a la distribución de los fondos según las categorías establecidas. Los tribunales rechazaron su pretensión argumentando que no solo no existían fondos en el banco para satisfacer su deuda,

¹⁴² TEDH, Caso Kotov vs. Rusia, sentencia de fecha 3 de abril de 2012.

¹⁴³ *Ibíd.*, párr. 13.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 15.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 17.

sino que, ya habiendo una sentencia que determinaba el pago de la deuda por parte del banco, pedirle también del liquidador sería obtener dos veces lo pedido.¹⁴⁶

Kotov recurrió al Tribunal porque la actuación del liquidador, contraria a la ley, le impidió recuperar sus ahorros. A su vez, debido a la supuesta calidad de funcionario público que detentaba el liquidador, el solicitante pretendió hacer responsable al Estado. El Tribunal, por doce votos contra cinco, determinó que no hubo violación del artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio. Después de analizar el estatuto que rige a los liquidadores, concluyó que aquellos gozan de una considerable independencia institucional para operar, debido a que la autoridad estatal no tiene las atribuciones para entregarles instrucciones, ni para interferir en el procedimiento de quiebra. El Estado, según la ley, solo interviene en el proceso estableciendo el marco legal que define las atribuciones de la junta de acreedores y de los liquidadores, y supervisando el cumplimiento de las normas. Por ello, no puede considerarse que los liquidadores actúen como funcionarios públicos.¹⁴⁷

Para el Tribunal, la legislación rusa en materia de quiebras resulta coherente con esta obligación.¹⁴⁸ En el contexto de las obligaciones que derivan del artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio, tanto respecto de las positivas como de las negativas, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para actuar conforme con la Convención.¹⁴⁹ Y también para la implementación de legislación acorde con esta, y de políticas sociales y económicas.¹⁵⁰ Se concluyó que en las obligaciones que impone al Estado el artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio debe existir un equilibrio justo entre los intereses individuales y los intereses de la comunidad.¹⁵¹

6.2. Caso Chabauty¹⁵²

Camille Chabauty, ciudadano francés residente en la ciudad de Airvault, heredó alrededor de diez hectáreas de terreno en el municipio de Louin. Aquellas

¹⁴⁶ *Ibíd.*, párrs. 22 y 23.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 107.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, párrs. 132 y 133.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 110.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 131.

¹⁵¹ *Ibíd.*, párr. 110.

¹⁵² TEDH, Caso de Chabauty vs. Francia, sentencia de fecha 4 de octubre de 2012.

se encontraban incluidas dentro del área en que, de acuerdo a la municipalidad, se podía practicar la cacería.¹⁵³

En Francia, el derecho a cazar pertenece, en principio, al dueño del territorio donde aquella actividad se realice. No obstante, la “Loi Verdeille” postulaba que aquellas extensiones de terreno que fueran más pequeñas que un límite mínimo determinado, debían agruparse en asociaciones de cacería, perdiendo el propietario su derecho exclusivo de cacería sobre su tierra. Con todo, el dueño podía cazar en toda la extensión que comprendiera la asociación de cacería a la que perteneciera.¹⁵⁴ Luego del caso de Chassagnou y otros contra Francia,¹⁵⁵ esta ley fue modificada y se introdujo una excepción personal de asociación para aquellos propietarios que, por razones éticas, no quisieran tolerar la cacería en sus tierras.¹⁵⁶

El solicitante se dirigió a la autoridad administrativa alegando que había sido discriminando. Argumentó que no existía razón alguna para no poner fin a su membresía obligatoria y con ello obtener dinero a través de la cesión del derecho de caza en su territorio. La autoridad replicó señalando que, en virtud de la nueva legislación, por sentencia del TEDH en el caso Chassagnou supervisado por el Comité de Ministros, solo aquellos propietarios que no practican la cacería y que se oponen a esta por razones éticas pueden elevar solicitudes para pedir la exclusión de su propiedad como territorio para dicha actividad. Dado que el solicitante alegó motivos económicos, y además poseía un permiso para cazar, es decir, era cazador, su solicitud fue denegada por la justicia interna.¹⁵⁷ El TEDH por unanimidad dio razón al gobierno y determinó que el solicitante no se opuso a la cacería dentro de su territorio por razones éticas; por lo tanto, no hubo violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N°1 de la Convención.¹⁵⁸

En otras palabras, si alguien no se opone a la cacería por razones éticas, no puede decirse que exista violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 1

153 *Ibíd.*, párr. 9.

154 *Ibíd.*, párr. 24.

155 TEDH, Caso de Chassagnou y otros vs. Francia, sentencia de fecha 29 de abril de 1999.

156 *Ibíd.*, párr. 19.

157 *Ibíd.*, párrs. 11-13.

158 *Ibíd.*, párr. 57; véase también: TEDH, Caso de Schneider vs. Luxemburgo, sentencia de fecha 10 de julio de 2007; y TEDH, Caso de Herrmann vs. Alemania, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

del Protocolo N°1 de la Convención,¹⁵⁹ razonamiento que puede verse confirmado en otro caso similar sobre oposición a la cacería en Alemania, también resuelto el año 2012.¹⁶⁰

6.3. Caso Vistins y Perepjolkins¹⁶¹

Por obra de diversas donaciones entre vivos, Jānis Vistins y Genādijs Perepjolkins adquirieron terrenos en la isla de Kundziņsala, ubicada en Riga, capital de Letonia, donde se encuentran mayormente recintos portuarios y una pequeña área residencial. Vistins adquirió un terreno de 17.998 m², mientras que Perepjolkins se hizo dueño de diversas porciones de terreno que suman en total 47.740 m² en la misma isla.¹⁶² Una posterior ordenanza decretó la inclusión de la isla, en la que se encontraban las propiedades, dentro de los nuevos límites portuarios de Riga.¹⁶³ Ante ello, los solicitantes requirieron el avalúo de sus terrenos con la finalidad de calcular la compensación correspondiente. Esta ascendía a un total de 900.000 euros por el terreno de Vistins y a 5.010.000 euros por el terreno de Perepjolkins.¹⁶⁴

Tiempo después, la administración del puerto decidió expropiar los terrenos mencionados en razón del interés público. La compensación obtenida por dicha expropiación no podía exceder su valor de catastro fijado en 1940, actualizado por un coeficiente de conversión según la Ley General de Expropiaciones de 1923. Dicho cálculo arrojó que la compensación debida a los solicitantes sería de 850 euros para Vistins y de 13.500 euros para Perepjolkins,¹⁶⁵ muy por debajo de lo que esperaban obtener. El 19 de septiembre de 2012, el Tribunal adoptó, por doce votos contra cinco, una decisión definitiva, resolviendo así la controversia y determinando que, según los antecedentes, existió un actuar del Estado que resultó perjudicial para el ejercicio del derecho de propiedad de los solicitantes.¹⁶⁶ El Tribunal no dudó que la expropiación se realizó de acuerdo a la legislación vigente, sin embargo, respecto de la com-

¹⁵⁹ TEDH, Caso de Chassagnou y otros vs Francia, op. cit., párr. 47.

¹⁶⁰ TEDH, Caso de Hermann vs. Alemania, op. cit.

¹⁶¹ TEDH, Caso de Vistins y Perepjolkins vs. Letonia, sentencia de fecha 25 de octubre de 2012.

¹⁶² *Ibid.*, párrs. 10 y 11.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 19.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 20.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 21 y 22.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 140.

pensación, determinó que solo en casos excepcionales puede aceptarse que esté ausente dicha contrapartida patrimonial en un proceso expropiatorio.¹⁶⁷ Puede, en todo caso, justificarse que el Estado entregue una compensación de menor valor que el de mercado de la propiedad que expropia.¹⁶⁸ Pero una compensación tan baja en relación a la tasación de la propiedad debe tomarse como una expropiación sin compensación alguna.¹⁶⁹ Esto porque, si resulta ser significativamente inferior respecto del valor de tasación de la propiedad, no se condice con un equilibrio justo entre los intereses individuales y el interés de la comunidad.¹⁷⁰

Conclusión

Este resumen revisa todos los fallos que la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos emitió en 2012. Entre ellos, hay algunos que creemos de especial interés para el público chileno. Así, se confirmó que la restricción de derechos políticos de los presos no puede ser general; que la negativa de proporcionar la posibilidad de votar desde el extranjero solo es justificada porque un viaje entre Estrasburgo y Atenas (de tres horas) no impone una carga excesiva al votante; que las medidas de orden público que disuadan la protesta social no serían permitidas; que la colaboración en operaciones de inteligencia que violan los derechos humanos genera responsabilidad internacional del Estado que las apoya; que el Estado que expulsa extranjeros a otros países debe asegurarse que, en la práctica, no haya amenaza a la vida o integridad física y psíquica de la persona expulsada, tanto en el país de destino como en otro al que probablemente sería expulsado. En materia de libertad de expresión, vale destacar que el Tribunal Europeo privilegió un test sustantivo de proporcionalidad por sobre un test solamente formal. Por su parte, el Tribunal falló sobre varios casos de discriminación, aplicando el test de no discriminación, desarrollado a través de su jurisprudencia durante décadas, a situaciones particulares. En la revisión de la jurisprudencia del Tribunal en el *Anuario de Derecho Público* del año 2013, se discutirán otros casos de esta índole; algunos de los cuales han tenido un impacto importante en Europa.

167 *Ibíd.*, párr. 112.

168 *Ibíd.*, párr. 118.

169 *Ibíd.*, párr. 119.

170 *Ibíd.*, párr. 130.

RECENSIÓN

THE HARM IN HATE SPEECH DE JEREMY WALDRON (HARVARD UNIVERSITY PRESS)

Juan Pablo González Jansana¹

Introducción

Un hombre va caminando con su hijo de 7 años y su hija de 10 por Nueva Jersey, cuando, al doblar en una esquina, se enfrenta a un cartel que dice “¡Musulmanes y 9/11! No los atienda, no les hable y no los deje entrar”. El mismo hombre y sus hijos –todos musulmanes– ya se han enfrentado a otros carteles que muestran a niños y niñas musulmanes con el eslogan “todos ellos se llaman Osama”. Ante la pregunta de sus hijos del por qué de los carteles, el padre no sabe cómo reaccionar o responder.

Con este ejemplo, Jeremy Waldron, profesor de las Universidades de Nueva York y Oxford, comienza su libro *The Harm in Hate Speech* (*El daño en los discursos de odio*), creando un escenario para explicar la relevancia del tema que se está discutiendo.² ¿Qué debe hacer el Estado frente a mensajes como los del ejemplo? ¿Cuál es el rol del Derecho frente a estos discursos? ¿Es legítimo restringir la libertad de expresión de quienes expresan estos discursos (*hate speakers*) en una sociedad democrática? ¿Cuál es el alcance de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos respecto a estos discursos? Estas son algunas de las preguntas que Waldron, a lo largo de los 8 capítulos del libro, trata de responder.³ La presente reseña no es un resumen de todos los capítulos del libro; más bien hemos seleccionado algunas ideas principales que nos parecen interesantes de desarrollar para el debate académico sobre la materia.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales y Abogado. Las traducciones de las citas del inglés al español no son oficiales, sino de mi autoría.

² En esta reseña utilizó indistintamente tanto “discursos de odio” como “expresiones de odio”, como traducción al español de *hate speech*.

³ Justamente Waldron plantea como objetivo de su libro crear “una fundamentación constitucional aceptable de las leyes sobre discursos de odio”. Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, (Harvard University Press) 2012, p. 11.

1. Aclaración previa

En una perspectiva histórica, la libertad de expresión ha sido interpretada como una facultad que requiere para su ejercicio de una total autonomía por parte de quien se expresa, es decir, que implica un deber de abstención, de no intromisión por parte del Estado (el Estado enemigo de la libertad de expresión). En este sentido, todo actuar del Estado implica *per se* una afectación del derecho. La evolución de esta concepción ha venido de la mano de un conjunto de autores que, desde el liberalismo igualitario, han planteado que no toda intromisión del Estado debe ser vista como una afectación del derecho. Es lo que Fiss denominó *la ironía de la libertad de expresión*, es decir, la existencia de un Estado amigo de la libertad de expresión que debe fomentar el debate robusto de ideas en una igual libertad, que Fiss describe mediante la imagen de un megáfono que permite escuchar a quienes, justamente, no han tenido acceso a esa libertad.⁴

Esta aclaración no es menor para entender el análisis de Waldron, ya que este toma ideas de otros autores igualitarios, como Rawls o Dworkin, de quienes, aunque con diferencias, adopta elementos relevantes para fundamentar la regulación de los discursos de odio y argumentar por qué dicha regulación se encuentra dentro de los márgenes legítimos de la libertad de expresión. En otras palabras, analizar los discursos de odio meramente desde una posición liberal clásica no permite identificar elementos relevantes en juego en este tipo de expresiones, como la afectación de la dignidad de personas que pertenecen a grupos vulnerados.

2. Temas centrales

2.1. ¿Qué está en juego en el debate sobre la regulación de los discursos de odio?

Generalmente, la posición liberal clásica argumenta que, si bien es reprochable que –siguiendo el ejemplo dado al inicio– el padre deba enfrentar los afiches contra musulmanes y tener que explicárselos a sus hijos, eso no debe ser materia de preocupación para el derecho y, por lo tanto, deberá aprender a convivir con esos mensajes. Dentro de esta lógica, la intromisión del derecho afectaría la primera enmienda constitucional, ya que no hay mejor respuesta al discurso de odio que dar más expresión para ampliar el debate. Sin embargo, para Waldron el derecho sí debe preocuparse de esas expresiones, ya que, si bien deben

⁴ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, (Editorial Gedisa), 1999.

reconocerse como tales, no serían lícitas.⁵ El fundamento de las restricciones se basa, para el autor, en dos pilares: por una parte, la existencia de una suerte de bien público de inclusión,⁶ esto es, en reconocer que la sociedad es diversa y que los discursos de odio socavan ese bien público; y, por otra parte, la dignidad, en el sentido que los discursos de odio afectan principalmente a minorías, cuyos miembros no son tratados como iguales, y que tales discursos asocian a las minorías con determinadas características, conductas o atributos.⁷

Es relevante la advertencia que realiza el autor en cuanto a que la dignidad es de la persona afectada y no del grupo vulnerado. Volviendo al ejemplo dado al inicio, lo importante es la protección de la dignidad del padre y sus hijos, no de las personas musulmanas. Asimismo, el autor recalca que dicha regulación no busca perseguir las expresiones de odio, sino al daño que estas provocan a grupos vulnerados, que no son tratados como ciudadanos iguales.⁸ Por lo mismo, Waldron pregunta si quienes son víctimas de tales discursos pueden desarrollar sus vidas tranquilamente o si, por el contrario, se ven afectadas, concluyendo que la igualdad de los grupos minoritarios en esta materia no está garantizada y, por tanto, requiere de regulación.⁹

2.2. Alcances de la primera enmienda constitucional estadounidense

Waldron argumenta que la primera enmienda contenida en la *Bill of Rights* no constituye una protección total y absoluta de la libertad de expresión, a tal punto que haga imposible una ley sobre discursos de odio. Señala que:

No todo el mundo en Estados Unidos está contento con que no se puedan tocar constitucionalmente los folletos racistas en Chicago, los uniformes y banderas Nazis en Skokie (Illinois) y la quema de cruces en

5 Señala el autor: "Hate Speech is speech, no doubt; but not all forms of speech or expression are licit, even in America, and we need to understand why there might be a particular problem with restricting speech of this kind." Waldron, op. cit., p. 14.

6 Waldron utiliza el término *inclusiveness*, el cual no tiene una traducción oficial al español según la Real Academia Española, por lo que utilizo la idea de *inclusión*.

7 Cabe precisar que el concepto de dignidad es ampliamente trabajado por el autor en el capítulo 5 ("Protecting Dignity or Protection from Offense?").

8 Para Waldron "the issue is not the thought that we hate, as though defenders of hate speech laws wanted to get inside people's minds. The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semi-permanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship." Waldron, op. cit., p. 33.

9 Según Waldron: "But the position of minority groups as equal members of a multiracial, multiethnic, or religiously pluralistic society is not something that anyone can take for granted." *Ibíd.*, p. 31.

Virginia; no todo el mundo piensa que los legisladores deben estar obligados a retroceder y dejar que este material desfigure su sociedad. Ha habido un honorable impulso en algunos legisladores de tratar estos problemas y lo que necesitamos hacer, antes de lanzarse a la indignación constitucional en nombre de la primera enmienda, es entender ese impulso.¹⁰

Waldron argumenta que países como Nueva Zelanda, Canadá o Sudáfrica han adoptado tales legislaciones bajo el entendido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones legítimas en una democracia. Incluso tratados internacionales como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos tratan la materia no para prohibir tales regulaciones, sino para establecer que una regulación de esta especie debe ser por ley, tal como lo establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Waldron cree necesario entender por qué tales países y, en especial, el derecho internacional han entendido de esta manera la libertad de expresión, conjugándola con valores como la dignidad, el respeto, la democracia, la igualdad y la paz social.

2.3. Concepto de discurso de odio y sus elementos

Para el autor los discursos de odio no pueden ser restringidos únicamente a las palabras, sino que abarcan toda forma de expresión, incluyendo, por ejemplo, panfletos impresos. Para Waldron los soportes escritos deben ser de mayor preocupación que la palabra hablada, ya que tienen un carácter permanente, visible y tangible, capaz de crear sentido común, por lo que es el aspecto que más debe preocupar a la ley penal. Si bien nunca lo señala expresamente, se trata para él de un elemento discriminatorio importante presente en los discursos de odio capaz de crear imágenes o estereotipos respecto de personas en razón de su nacionalidad, religión, raza o etnia, entre otras categorías sospechosas.

Waldron reconoce ciertos elementos que generalmente están presentes en estas expresiones hacia grupos determinados. Así, señala que la expresión de odio generalmente adopta la forma de una afirmación fáctica (*factual claim*),

¹⁰ La cita original señala que: "Not everyone in America is happy with the constitutional untouchability of racist leaflets in Chicago, Nazi banners and uniforms in Skokie (Illinois), and the burning of crosses in Virginia; not everyone thinks that lawmakers must be compelled to stand back and let this material deface their society. There has been an honorable impulse among some legislators in America to deal with this problem; and what we need to do –before rushing to constitutional outrage on behalf of the First Amendment– is to understand that impulse." *Ibíd.*, p. 12.

es decir, “una imputación genérica de peligrosidad tiene un impacto directo y permanente en las relaciones sociales de todos los miembros del grupo”.¹¹ Además, tales discursos por lo general implican una caracterización que denigra a un grupo determinado, según observa Catharine MacKinnon, citada por Waldron sobre este punto:

Nosotras planteamos que las injurias a grupos determinados (...) promueven las desventajas de grupos desiguales; (...) que los estereotipos y la estigmatización sobre grupos históricamente desaventajados mediante la propaganda de odio dan forma a su imagen social y su reputación, lo que incide en su acceso a oportunidades de manera más poderosa que sus propias habilidades.¹²

MacKinnon, a diferencia de Waldron, habla directamente de estereotipos y estigmatizaciones por parte de quienes expresan discursos de odio hacia grupos vulnerados de la sociedad, lo cual parece un argumento de peso para el liberalismo igualitario al analizar posibles restricciones a la libertad de expresión. Tales estereotipos restringen el acceso al mercado de ideas (*marketplace of ideas*) o ese acceso se logra con la carga desproporcionada de la imagen construida a partir de creaciones figuradas. Más adelante, Waldron retoma críticamente este punto, al cuestionar el peso de las ideas dentro de un mercado donde las expresiones de odio no están reguladas.

Waldron sugiere también que tales expresiones “van directamente a la base normativa de la igualdad, maldiciendo a los miembros de un grupo determinado con caracterizaciones viciosas que los deshumanizan y los hacen ver como insectos o animales”.¹³ El autor recalca el principio por el cual todas las personas, sea cual sea su color o apariencia, son iguales, en derechos y dignidad.¹⁴ En otras palabras, “no se puede construir una sociedad multirra-

11 La cita original señala que “a general imputation of dangerousness has a direct impact on the standing and social relations of all members of the group.” *Ibíd.*, p. 57.

12 La cita original señala: “We argued that group libel... promotes the disadvantage of unequal groups; ... that stereotyping and stigmatization of historically disadvantages groups through group hate propaganda shape their social image and reputation, which controls their access to opportunities more powerfully than their individual abilities ever do.” *Ibíd.*, p. 58.

13 La cita original señala: “Group libel may go directly to the normative basis of equal standing, damning the members of the group with vicious characterizations that dehumanize their ascriptive characteristics and depict them as insects or animals.” *Ibíd.*

14 *Ibíd.*

cial bajo condiciones modernas si las personas son libres de denigrar a todo integrante de la sociedad en términos bestiales”.¹⁵

Para Waldron estos ataques afectan la dignidad de la persona, en el sentido en que inciden en su posición social básica, el reconocimiento de todos los ciudadanos como iguales. El autor no utiliza el término “dignidad” en el sentido kantiano, sino como estatus, el que “debe ser establecido, sostenido y reivindicado por la sociedad y el derecho (...) y esto es algo en lo que todos debemos ser parte”.¹⁶ Waldron cita a la Corte Constitucional Sudafricana, que señaló, en el caso *President of the Republic vs. Hugo*, que “el propósito de nuestro nuevo orden constitucional y democrático es establecer una sociedad donde todos los seres humanos serán iguales en dignidad y respeto sin importar su pertenencia a un grupo particular”.¹⁷ Cabe preguntarse, en todo caso, si la Corte Constitucional Sudafricana, al hablar de grupo particular (*membership of particular groups*), hace referencia a grupos vulnerados. La distinción no es inocua ya que se podría argumentar una relación género especie entre ambos conceptos: todo grupo vulnerado es un grupo particular, pero no todo grupo particular es un grupo vulnerado (es posible pensar, por ejemplo, en grupos particulares económicos o religiosos). No obstante esta observación, da la impresión que para Waldron la Corte los trata como sinónimos.

2.4. La “sociedad bien ordenada”

Uno de los puntos más atractivos del libro de Waldron es su argumentación sobre la legitimidad de la limitación de los discursos de odio en virtud de lo que implican en una “sociedad bien ordenada” (*well-ordered society*). Rawls había utilizado este término en su teoría de la justicia para hablar de aquella sociedad donde reinan circunstancias de justicia y que está orientada a promover el bien de sus miembros, donde no existe extrema escasez ni abundancia de bienes, donde las personas son más o menos iguales entre sí y donde, punto relevante para esta discusión, las personas resultan vulnerables frente a las agresiones de los demás. Waldron rescata la idea de Rawls en torno a que en una sociedad bien ordenada todo el mundo acepta los principios de justi-

15 La cita original señala: “We cannot run a multiracial society under modern conditions if people are free to denigrate their fellow citizens in bestial terms.” *Ibíd.*

16 La cita original señala: “But as a social and legal status, it has to be established, upheld, and vindicated by society and the law, and this (...) is something in which we are all required to play a part.” *Ibíd.*, p. 60.

17 La cita original señala: “The purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups.” *Ibíd.*, p. 61.

cia, lo que implica “concentrarse en la garantía de un compromiso general de justicia y dignidad que una sociedad bien ordenada debe proporcionar a sus ciudadanos como parte de la cultura pública de una sociedad democrática”.¹⁸

La idea rawlsiana de justicia es solo un punto de partida para Waldron, quien luego toma distancia con ella. Ello porque el concepto de Rawls de una sociedad bien ordenada equivale—según Waldron—a una donde todo debe ser publicado, incluso aquello que tienda a cuestionar los principios básicos de la sociedad. Tal como señala Waldron, “cuando pregunto cómo debe ser una sociedad bien ordenada, estoy usando una idea rawlsiana, pero llevándola a una dirección bastante distinta a la que Rawls hubiese usado”.¹⁹

Para Waldron, una sociedad bien ordenada es aquella que está total y efectivamente gobernada por una concepción de justicia, y donde la ciudadanía no tiene deseo o motivo alguno de expresarse en los términos usados por los discursos de odio. La esperanza no es que los discursos de odio desaparezcan producto de una ley al respecto, sino por cambios profundos producidos en la educación pública o por respuestas efectivas a los discursos de odio en el mercado de las ideas.²⁰ Con esto Waldron no le quita en lo absoluto mérito al derecho; por el contrario, señala que:

No debemos pensar una sociedad bien ordenada como una fantasía utópica, donde las leyes no son necesarias porque las actitudes de los individuos son completamente justas. Nadie puede suponer que el derecho puede ser eliminado de la estructura básica de una sociedad bien ordenada, o que podemos abandonar las leyes sobre asesinato o robo porque, por definición, nadie en una sociedad justa estará motivado a cometer dichos delitos[.] Quizás en una sociedad bien ordenada las sanciones (...) nunca serán necesarias de imponer, pero eso no significa que su existencia sea innecesaria o redundante.²¹

¹⁸ La cita original señala: “I want to concentrate on the assurance of a general commitment to the fundamentals of justice and dignity that a well-ordered society is supposed to furnish to its citizens as part of the public culture of a democratic society.” *Ibíd.*, p. 69.

¹⁹ La cita original señala: “So when I ask what a well-ordered society should look like, I am using a Rawlsian idea and running with it in a direction quite different from that in which Rawls would have run.” *Ibíd.*, p. 71.

²⁰ *Ibíd.*, p. 79.

²¹ La cita original señala: “We should not think a well-ordered society as a utopian fantasy, in which laws are unnecessary because everyone’s attitudes are now utterly just. No one supposes that law can be eliminated from the basic structure of a well-ordered society, or that we can drop the laws about murder or burglary because, by definition, no one in just society would ever be motivated to engage in those

En definitiva, para Waldron, una sociedad bien ordenada mezcla dos elementos fundamentales: seguridad y garantía (*security and assurance*). En esta sociedad, quienes son objeto de discursos de odio “saben que cuando salgan de sus casas en la mañana no serán discriminados, humillados o aterrorizados. Se pueden sentir seguros en sus derechos definidos por la justicia; pueden enfrentar las interacciones sociales sin los riesgos que existen cuando tales interacciones se dan con quienes no actúan justamente”.²² Los componentes esenciales de tal sociedad son, entonces, para Waldron, la seguridad y la garantía que la dignidad de tales personas no se verá afectada. Ahora bien, Waldron recalca que ningún Estado por sí mismo puede garantizar ambos elementos, por lo que en este ámbito la ciudadanía juega un rol fundamental. Aquí también se distancia de Rawls, ya que para este se trata de un deber del Estado y no de la ciudadanía. Para Waldron no se puede separar la noción de Estado de la del pueblo; el pueblo tiene que cooperar con la ley, por lo menos en cuanto a un deber de abstención, es decir, de no participar de expresiones de odio que afecten la dignidad de grupos vulnerables.²³

2.5. Los discursos de odio como una supuesta revisión de contenido

Una de las particularidades que presentan las expresiones de odio es que la *odiosidades* consisten en una calificación que se hace en base al contenido de las mismas. Esto no es común en materia de libertad de expresión. Las teorías liberales clásicas son neutras en cuanto al contenido, es decir, postulan que no importa lo que se quiera decir, lo verdaderamente relevante es que no existan obstáculos para que esa idea forme parte del debate público (del mercado de ideas). Por lo mismo, la regulación de la expresión debiera ser de modo, tiempo y lugar (MTL), sin entrar a consideraciones sustantivas, ya que ello podría entenderse como intromisión o una preferencia arbitraria por parte del Estado de algunas expresiones.

Waldron remarca que, en cuanto a los discursos de odio, estamos frente a una restricción en base al contenido de la expresión (*content-based restrictions*). Al mismo tiempo cuestiona que las otras restricciones no sean de contenido,

crimes [...] Maybe in a well-ordered society sanctions ... may never need to be imposed. But this doesn't mean that their existence or the laws providing for them are unnecessary or redundant." *Ibíd.*, p. 80.

22 La cita original señala: “They know that when they leave home in the morning, they can count on not being discriminated against or humiliated or terrorized. They can feel secure in the rights that justice defines; they can face social interactions without the elemental risks that such interactions would involve if one could not count on others to act justly.” *Ibíd.*, p. 84.

23 *Ibíd.*, pp. 98-103.

ya que se trata de un criterio diferenciador, en sus propias palabras, sutil. ¿Acaso no es una restricción de contenido aquella que prohíbe entrar a un teatro y gritar “¡fuego!”?, pregunta Waldron. La respuesta –dice el autor– será que, en el caso del teatro, no se limita la expresión por su contenido, sino que también por su efecto alarmante. Ante esto Waldron pregunta, ¿pero acaso quienes plantean limitar las expresiones de odio no lo hacen también por su efecto discriminador? En efecto, la diferencia es sutil.

Agrega Waldron que:

Si empezamos a elaborar este tipo de distinciones, entonces tendremos que concluir que muy pocas propuestas de restricciones basadas en el contenido estarán siempre orientadas exclusivamente hacia el contenido, con exclusión de cualquier interés en lo que sucede como resultado de la publicación de contenidos.²⁴

Según señala Geoffrey Stone –a quien Waldron cita con el objeto de debatir sus argumentos–, uno de los problemas de las restricciones basadas en el contenido es que se fundamentan en el impacto comunicativo que tendrán en el público, fundamentación que no se condice con la tradición constitucionalista estadounidense, ya que implica creer que las personas no son capaces de tomar decisiones sabias.²⁵ Para Waldron ese temor no es menor. Cuando las autoridades legislativas promulgan tales normativas, generalmente están temerosos (o preocupados) de que personas de grupos vulnerables sientan que no son aceptados como miembros de la vida social. Por lo mismo, señala Waldron, “en cierto sentido, Stone tiene razón. Las legislaciones sobre expresiones de odio parecieran indicar que los gobiernos tienen ciertas aprehensiones sobre cómo el contenido va a ser recibido por la sociedad. Mi postura es que aquellas aprehensiones no son irracionales. Nuestros legisladores no son indiferentes a cómo las personas se consideran entre sí, a lo menos en cuanto al reconocimiento básico de la dignidad del otro”.²⁶

24 La cita original señala: “If we start drawing such distinctions, then we will have to conclude that precious few proposals for content-based restrictions will ever be oriented purely toward content, to the exclusion of any interest in what happens as a result of the publication of content.” *Ibíd.*, p. 151.

25 *Ibíd.*, p. 153.

26 La cita original señala: “In a way, Stone is right. Hate speech legislation would seem to indicate that government has apprehensions about how certain content will be received in a society. My position is that these apprehensions are not unreasonable. Our legislators are not indifferent to how people

Para Stone una legislación sobre expresiones de odio distorsionará el debate público, porque afectaría el mercado libre de las ideas. Waldron responde preguntando por qué debemos como sociedad privilegiar un debate público donde las expresiones de odio silencian otras voces. ¿Por qué unas expresiones tendrían más valor en un mercado no regulado por esta normativa? Agrega Waldron que “no me convence la objeción usual que las restricciones de contenido distorsionan el debate público. Ellas están diseñadas para tener un efecto en el debate público en circunstancias que es razonable creer que, sin tales restricciones, el debate público tendrá efectos en la vida de personas sobre las que el gobierno tiene la obligación de preocuparse”.²⁷

A modo de cierre

Aunque en una reseña no es propio concluir una idea final, me parece necesario plantear la relevancia de *The Harm in Hate Speech* para el debate sobre la libertad de expresión, y sus alcances y restricciones legítimas en sociedades democráticas, principalmente en aquellas donde existen fuertes discriminaciones hacia grupos vulnerables y donde una de las manifestaciones de dicha discriminación es la expresión. Jeremy Waldron plantea argumentos basados en la dignidad y la igualdad de las personas dentro de un debate que históricamente ha estado dominado por el liberalismo clásico, que tiende a considerar la igualdad normativa en cuanto al ejercicio del derecho y a olvidar los obstáculos que plantea la desigualdad fáctica y el hecho que algunos grupos tienen mayor peso sobre otros al momento de expresarse.

Waldron hace especial hincapié en la idea de justicia a partir de la dignidad de aquellas personas que, por razones de su raza, etnia, nacionalidad u otras condiciones sociales, han sido víctimas de expresiones de odio por parte de grupos específicos que afectan su dignidad, crean sentido común en torno a estereotipos que los discriminan y no permiten, en definitiva, una participación igualitaria en el debate público.

regard one another, at least so far as people's basic recognition of one another's dignity is concerned." *Ibid.*, pp. 153-154. Un elemento interesante de analizar: Waldron sostiene que se trata de uno de los pocos ejemplos de legislación contramayoritaria, donde el legislador pone énfasis en la protección de grupos vulnerados.

27 La cita original señala: "I am not convinced by the usual objection to content-based restrictions that they distort public debate. They are designed to have an effect on public debate in circumstances where it is reasonable to believe that, without some sort of restriction, public debate will have effects on people's lives that government has an obligation to be concerned about." *Ibid.*, p. 156.

**CATÁLOGO DE
PUBLICACIONES
2012**

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

2012

*Aileen Larraín*¹

*María Soledad Molina*²

*María Elena Ugalde*³

Con la asistencia de

*Eliana Mallea y Franco Luco*⁴

Introducción

Es un hecho que durante los últimos años, la producción jurídico-intelectual en nuestro país ha crecido de forma cuantiosa en relación a décadas anteriores. Dichas elaboraciones doctrinarias son fruto de las investigaciones realizadas en gran parte por académicos, quienes muchas veces solicitan la colaboración de sus alumnos (as), y han generado un intercambio de conocimientos que propende a seguir fortaleciendo el marco jurídico en el que nos desenvolvemos como actores del derecho.

En esta tercera edición del Anuario de Derecho Público, dicha realidad de nuestra comunidad jurídica salta a la vista. Cuantitativamente no solo aumentaron las publicaciones, sino que además la diversidad de temas contingentes que son abordados desde el Derecho Público. Lo anterior refleja el avance de la discusión en nuestro país, acontecimiento que consideramos necesario plasmar, pues como ya lo hemos señalado anteriormente, la sistematización de la información existente siempre ayudará a que año a año, la cantidad y el nivel de las publicaciones, aumente.

1 Egresada de Derecho de la Universidad Diego Portales y actual alumna de Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma institución.

2 Egresada de Derecho de la Universidad Diego Portales y actual alumna de Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma institución.

3 Egresada de Derecho de la Universidad Diego Portales.

4 Asistentes de investigación del Anuario de Derecho Público. El trabajo final estuvo bajo la supervisión de Tamara Carrera, Secretaria de Redacción del Anuario de Derecho Público y Javier Couso, Director de la misma.

1. Objetivo

Tal como ha sido la tónica desde hace ya tres años, nuestro móvil ha sido instituir al catálogo del Anuario de Derecho Público UDP como un instrumento de simplificación de búsqueda de todos los actores involucrados e interesados en las diversas áreas del Derecho Público, reuniendo en un solo lugar las innumerables publicaciones concebidas durante el año 2012.

Lo anterior trae aparejado un segundo objetivo, relacionado con la contribución al estudio informado y profundizado de los agentes del derecho. En este sentido, el catálogo pretende erigirse como un instrumento que permita reconocer la evolución que se registra en las diversas áreas del Derecho Público.

2. Metodología

2.1. Procedimiento

Como forma de replicar los buenos resultados obtenidos a lo largo de este proyecto académico, nuestra metodología se ha centrado básicamente en cinco etapas:

(i) La primera de ellas, dedicada al rastreo de publicaciones que registra la Biblioteca del Congreso Nacional, como respuesta al deber de informar que el legislador impone a las imprentas chilenas, así como también de la base de datos que posee la Universidad de Chile y la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(ii) La segunda etapa, estuvo enfocada en la búsqueda de publicaciones en diversas bases electrónicas, tanto nacionales como internacionales: scielo.cl, dialnet.unirioja.es, google académico, westlaw, por mencionar algunas de ellas, así como también las revistas que las diversas Universidades de nuestro país publican en el ámbito de Derecho Público.

(iii) La tercera etapa se centró en el acopio de publicaciones en las Editoriales de nuestro país, tales como: Legal Publishing, Editorial Jurídica de Chile, Librotecnia, Editorial IKU, entre otras. Asimismo, se revisaron las publicaciones de universidades extranjeras a través de sus editoriales, con el objeto de conocer qué se había publicado sobre Chile en relación a las materias tratadas en este Anuario, consolidando la innovación del año anterior.

(iv) Luego, se realizó la pesquisa de Reportes de Organizaciones Internacionales acerca de Chile, tales como: Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relatorías del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros.

(v) Finalmente, en la quinta etapa de elaboración de este catálogo, el listado de publicaciones obtenido se distribuye entre académicos miembros del Comité de Redacción del Anuario, con el objeto de que efectúen observaciones e incorporen artículos que no hayan sido recabados en las búsquedas anteriores.

2.2. Criterios de inclusión y exclusión de publicaciones

Se hace presente que la búsqueda a lo largo de las tres primeras etapas se realizó tanto por materias, haciendo uso de diversos rotulados,⁵ así como también por los nombres de los autores que frecuentemente publican en el área, excluyendo aquellos artículos relacionados con el derecho privado.

Este año, hemos definido como criterio incorporar las nuevas ediciones de un libro ya publicado, siempre que hayan transcurrido a lo menos tres años entre la última y la nueva edición. Dicho criterio cuantitativo pretende incorporar solo aquellas nuevas ediciones en las que sea posible encontrar información adicional a aquella contenida en la edición anterior.

Por otra parte, durante la búsqueda fue posible encontrar publicaciones de un mismo autor en editoriales distintas. Frente a ello, el catálogo sólo cumple la función descriptiva de plasmar todo lo que se encuentra disponible y por ello se incorporan todas las publicaciones que se encuentren.

Paralelamente, se descartaron los tratados de jurisprudencia, los compendios de normas, las publicaciones en blogs y las reseñas, por no constituir técnicamente artículos de creación dogmática.

Es necesario constatar que en esta versión del Anuario, no se han incorporado algunas revistas, puesto que no hubo publicación de las mismas durante el año 2012. Ejemplo de ello son la Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile y la Revista de Estudios Ius Novum.

3. Innovaciones

Es importante destacar que el número de publicaciones aumentó durante el año 2012, debido a la relevancia que ha tomado el Derecho Público a nivel

⁵ Los rotulados utilizados en la búsqueda son: Derecho Público, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Indígena, Derecho Eléctrico, Derecho Ambiental, Derecho Minero, Derecho de Aguas.

nacional. Debemos enfatizar particularmente el aumento de artículos publicados, sobre todo a través de sitios electrónicos como los mencionados precedentemente.

Por otra parte, se ha incorporado un acápite de Capítulos de Libros publicados en Chile, puesto que durante el año 2012 aumentaron las publicaciones de varios autores en conjunto, quienes reúnen sus artículos en un solo libro. Ejemplo de ello son el libro de la Contraloría General de la República, los Libros Homenaje, entre otros. Destacamos que si bien el año pasado este tipo de publicaciones se contabilizó en conjunto con los artículos académicos de revistas, en esta nueva versión del catálogo se clasificarán de manera separada, lo que genera una modificación en la tabla de estadísticas que año a año elaboramos.

4. Conclusiones

Como fruto de dicha investigación, se lograron identificar 274 artículos académicos, 184 capítulos de libros publicados en Chile, 6 capítulos de libros publicados en el extranjero sobre Chile, 5 reportes sobre Chile y 67 libros publicados durante el año 2012.

Como bien señalamos, dentro de las “innovaciones” incorporadas a esta nueva versión del catálogo se encuentra la nueva categoría de “Capítulos de libros publicados en Chile”, lo que implicó sustraer publicaciones de la categoría “artículos académicos en revistas”. Ello crea la ficción de que las publicaciones en revista disminuyeron durante el año 2012, sin embargo, ambas categorías unidas suman un total de 457 publicaciones, cifra que más allá de la distinción realizada por nosotros, demuestra el avance significativo y muestra un aumento del desarrollo académico en el área del Derecho Público.

Cuadro comparativo de resultados

	2010	2011	2012
Artículos de Revistas	242	316	271*
Libros	35	70	67
Reportes sobre Chile	--	36	5
Capítulos de libros publicados en el extranjero	--	8	6
Capítulos de libros publicados en Chile	--	--	183*

* Como se explicó, en esta versión del catálogo distinguimos entre los artículos de revistas y los capítulos de libros publicados en Chile.

Si bien la investigación que se ha llevado a cabo fue realizada con la mayor acuciosidad y pulcritud, con el ánimo de incluir todo lo publicado en materia de Derecho Público en Chile, siempre existe un margen de error, aun cuando el trabajo realizado y la metodología seguida tienen como objeto minimizarlo.⁶

Con todo lo anterior, los invitamos a conocer el catálogo de publicaciones del año 2012.

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 que pueda ser incorporada a este catálogo año a año.

N° LIBROS

1. Aguilar, Gonzalo, *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, (Librotecnia) 2012.
2. Albuquerque, Catarina y Roaf, Virginia, *Derechos hacia el Final: Buenas Prácticas en la Realización de los Derechos al Agua y al Saneamiento*, (Naciones Unidas) 2012.
3. Alegría, Diego, *Teoría de la Constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento*, (Metropolitana) 2012.
4. Andrade, Mauricio y Duvauchelle, María Angélica, *Sumario Sanitario de Precedentes Administrativos*, (Legal Publishing) 2012.
5. Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Derechos Fundamentales, Libro Homenaje al Profesor Francisco Cumplido Cereceda*, (Editorial Jurídica de Chile) 2012.
6. Astorga, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno, Parte General, 3° Edición actualizada*, (Legal Publishing) 2012.
7. Atria, Fernando, *La Mala Educación: ideas que inspiran al movimiento estudiantil en Chile*, (Catalonia) 2012.
8. Barra, Nancy y Celis, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras, 3° Edición*, (Legal Publishing) 2012.
9. Bermúdez, Jorge, *Las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común: Derecho Positivo, Doctrina y Jurisprudencia*, (Legal Publishing) 2012.
10. Brunari, Alberto; Hernández, Javier y Howland, Todd, *Comentario a la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocida*, (Naciones Unidas) 2012.
11. Cançado, Antonio, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión, 2° Edición*, (Librotecnia) 2012.
12. Cannoni, Leslie y Corvalán, Pablo, *La Responsabilidad del Estado Legislador*, (Legal Publishing) 2012.
13. Carnevali, Raúl y Cárdenas, Claudia, *Corte Penal Internacional y Jurisdicciones Estatales. El Principio de Complementariedad*, (Legal Publishing) 2012.

14. Casas, Lidia; Riveros, Francisca y Vargas, Macarena, *Violencia de género y la administración de justicia*, (SERNAM) 2012.
15. Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, 2º Edición*, (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2012.
16. Cea, José Luis, *Renovación del Constitucionalismo en Chile*, (Legal Publishing) 2012.
17. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, *Estudio Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Transparencia y Representación Legal*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
18. Claro, Edmundo; Arístegui, Juan Pablo y Tomic, Esteban, *Desafíos y oportunidades de las Energías Renovables No Convencionales (ERNC) en la matriz eléctrica de Chile*, (Konrad Adenauer Stiftung) 2012.
18. Coddou, Alberto [Editor], “Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012” (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
19. CONAMA, *Informe del estado del medio ambiente: 2011*, (AMF) 2012.
20. Concha, Ricardo, *Nulidad del Contrato de la Administración. Aplicabilidad de las Reglas Civiles*, (Abeledo Perrot) 2012.
21. Contesse, Jorge, [Editor], *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
22. Contesse, Jorge, “El derecho de consulta previa en el convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, en Contesse, Jorge, [Editor], *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2012.
23. Contraloría General de la República, *Manual práctico de Jurisprudencia Administrativa sobre Planes Reguladores Comunales, Intercomunales y Metropolitanos*, (Contraloría General de la República) 2012.
24. Cordero, Luis [Director], *Anuario de Derecho Público Económico 2011*, Universidad de Chile, (Thomson Reuters) 2012.
25. Cordero, Luis, *Jurisprudencia Ambiental. Casos Destacados*, (Legal Publishing) 2012.
26. Cordero, Luis, *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina. Grandes Decisiones Administrativas*, (Legal Publishing) 2012.
27. Couso, Javier [Director], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

28. Cruz-Coke, Carlos, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, (Universidad Finis Terrae) 2012.
29. De la Fuente, Osvaldo, *Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
30. Espejo, Nicolás y Leiva, Carla, *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Abeledo Perrot) 2012.
31. Fernández, José y Holmes, Felipe, *Derecho urbanístico chileno*, (Editorial Jurídica de Chile) 2012.
32. Figueroa, Uldaricio, *El Sistema Internacional y los Derechos Humanos*, (RIL Editores) 2012.
33. Fuentes, Claudio, *El Pacto. Poder, Constitución y Prácticas Políticas en Chile (1990-2012)*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
34. García, Gonzalo, *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, Pluralismo y Libertad de Expresión*, (Tribunal Constitucional) 2012.
35. González, Manuel, *Marco Penal de la Libertad de Expresión, Opinión e Información*, (Librotecnia) 2012.
36. González, Marianne y Nash, Claudio, *Transparencia, Lucha contra la Corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
37. Guzmán, Rodrigo, *Derecho Ambiental Chileno*, (Planeta Sostenible) 2012.
38. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012: Situación de los Derechos Humanos en Chile*, (Andros Impresores) 2012.
39. Instituto Nacional de Derechos Humanos, ““27 F”: *Estudio sobre la reconstrucción post terremoto desde una perspectiva de Derechos Humanos*, (INDH) 2012.
40. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial*, (INDH) 2012
41. Lagos, Catalina, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Control de convencionalidad y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Corporación Humanas) 2012.
42. Lathrop, Fabiola; Espejo, Nicolás y Balart, Andrea [Editores], *Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la Sociedad Civil y el Mundo Académico)*, (UNICEF) 2012.
43. Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño: accidentes de tránsito*, (Abeledo Perrot) 2012.

44. Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño: Municipalidades*, (Abeledo Perrot) 2012.
45. Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
46. López, Sebastián, *La libertad de empresa y no discriminación económica: doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Tribunal Constitucional) 2012.
47. Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacramette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
48. Martínez, José Ignacio; Núñez, Manuel y Bronfman, Alan, *Constitución Política comentada. Parte dogmática*, (Legal Publishing) 2012.
49. Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
50. Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
51. Nash, Claudio, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
52. Nogueira, Humberto, [Coordinador], *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Librotecnia) 2012.
53. Pallavicini, Julio, *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Ley N° 18.575 interpretada*, (Legal Publishing) 2012.
54. Pantoja, Rolando, *Estatuto Administrativo Interpretado, 8° Edición Actualizada*, (Legal Publishing) 2012.
55. Peña, Marisol, *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al estado de derecho y a la democracia*, (Cuadernos del Tribunal Constitucional) 2012.
56. Pica, Rodrigo, *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile*, (Ediciones Jurídicas de Santiago) 2012.
57. Sandoval, Marcela [Coordinadora], *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los Derechos Humanos de las Mujeres II. Mujeres, Ciudadanía*

- y *Multiculturalismo*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
58. Schönsteiner, Judith; Feddersen, Mayra y Valenzuela, Pablo, *Fortalecimiento de la Democracia y el Derecho de Acceso a la Información en Chile: entre Estado y Ciudadanía*, (Fundación Konrad Adenauer Stiftung) 2012
 59. Sepúlveda, Doris, *Invalidez Sobreviniente. El caso de la Resolución de Calificación Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
 60. Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
 61. Solimano, Andrés, *Chile and the Neoliberal Trap. The Post-Pinochet Era*, (Cambridge University Press) 2012.
 62. Soto, Eduardo, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales, 3° Edición Actualizada*, (Legal Publishing) 2012
 63. Tobar, Manuel, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración Regional. Tomo II*, (Legal Publishing) 2012.
 64. Tórtora, Hugo [Coordinador], *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
 65. Valenzuela, Rafael, *El Derecho Ambiental, Presente y Pasado, 2° Edición*, (Editorial Jurídica de Chile) 2012
 66. Zárata, Miguel, *Estatuto docente, indemnizaciones para profesores contratados del sector municipal*, (Legal Publishing) 2012.

N° ARTÍCULOS DE REVISTA

1. Abdel, Yusef, “El hecho del secuestro por actores no estatales del conflicto armado: la toma de Mitú y el secuestro de Ingrid Betancourt a la luz de la responsabilidad del Estado”, en Revista de Derecho Público, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
2. Acevedo, Germán, “Libertad, Acontecimientos y Poder Constituyente: Elementos para una Política Emancipadora”, en Revista Derecho y Humanidades, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
3. Ahumada, Marcela, “La designación de parlamentarios como Ministros de Estado”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.8, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2012.
4. Ahumada, Marcela, “La libertad de investigación científica: panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.39, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
5. Ahumada, Paula, “Sufragio, Virtud Cívica y Modelos de Democracia”, en Revista Derecho y Humanidades, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
6. Alemparte, Benjamín, “El populismo contra la democracia constitucional”, en Revista Derecho y Humanidades, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
7. Álvarez, Hugo, “Libertad de Expresión, bien jurídico protegido”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
8. Álvarez, Julio, “La sentencia de la CIDH en el caso Atala: una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
9. Álvarez, Julio, “Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
10. Alvear, Julio y Covarrubias, Ignacio, “Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación ‘antidiscriminación’”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.

11. Amador, María Lucía, “Los efectos jurídicos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella”, en *Revista de Derecho Público*, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
12. Andaluz, Horacio, “Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos”, en *Revista de Derecho*, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
13. Arana, Ignacio, “¿Quién le susurra al Presidente? Asesores vs. Ministros en América Latina”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol.50, N° 2, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
14. Arellano, Pablo y Ponce, Ivonne, “La recepción del mobbing en un despido vulneratorio de derechos fundamentales: un avance en términos doctrinarios y un retroceso de la jurisprudencia. Comentarios del fallo de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de abril de 2012 Volker con Astilleros y Servicios Navales S.A.”, en *Revista Laboral Chilena*, N°7, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
15. Arellano, Pablo, “La noción de familia en seguridad social: aporte a la discusión del proyecto de ley sobre el acuerdo de vida en pareja”, en *Revista Laboral Chilena*, N°4, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
16. Arellano, Pablo, “Marco de análisis del sistema de pensiones chileno después de la reforma de 2008”, en *Revista de Derecho*, Vol.19, N°2, (Universidad Católica del Norte) 2012.
17. Arias, Karina, “Ideas, intentos y fracasos en el proceso modernización administrativa entre las dos administraciones de Ibáñez (1927-1958)”, en *Revista Universum*, Vol. 27, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
18. Arístegui, Juan Pablo, “Evolución del principio ‘responsabilidades comunes pero diferenciadas’ en el régimen internacional del cambio climático”, en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
19. Arlettaz, Fernando, “Libertad Religiosa y Objeción de Conciencia en el Derecho Constitucional Argentino”, en *Estudios Constitucionales*, Vol.10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
20. Arnold, Rainer; Martínez, José Ignacio y Zúñiga, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal

- Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
21. Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N°25, (Iustel) 2012.
 22. Avendaño, Héctor, “El Derecho Fundamental al Agua: Sus eventuales implicancias frente al actual sistema sanitario chileno”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N°60, (Universidad de Valparaíso) 2012.
 23. Baeza, Cecilia y Brun, Elodie, “La diplomacia chilena hacia los países árabes: entre posicionamiento estratégico y oportunismo comercial”, en *Revista de Estudios Internacionales*, N°171, (Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile) 2012.
 24. Baeza, Jaime, “Elites, Path Dependency y la Falta de un Pacto constitucional estable en Chile y Argentina: un análisis comparativo-histórico”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol.50, N° 2, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
 25. Balkin, Jack, “El futuro de la libertad de expresión en una era digital”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2012.
 26. Barrero, Juan Antonio, “El Amparo Verástegui de 1849, la primera decisión judicial del mecanismo de protección integral de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
 27. Barrientos, Mario, “La gratificación y el derecho a una retribución justa”, en *Revista Laboral Chilena*, N°9-10, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
 28. Bassa, Jaime y Viera, Cristian, “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico”, en *Revista de Derecho*, N°38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
 29. Bello, Daniel, “Relación Estado/Nación, modelo de desarrollo económico y sistema de partidos en Chile: breve revisión histórica para tratar de entender un cambio de época”, en *Revista Polis*, Vol.31, (Universidad Bolivariana) 2012.
 30. Benavente, Hesbert, “El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano”,

- en Estudios Constitucionales, Vol 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
31. Bernal, Julia, “Los derechos fundamentales de las menores en las causales de despenalización del aborto (juez de tutela y corte constitucional colombiana)”, en Revista de Derecho, Vol.25, N°1, (Universidad Austral) 2012.
 32. Bilot, Pauline, “Las causas por torcida administración de justicia: mirada letrada hacia prácticas legales en Chile, 1824-1875”, en Revista SudHistoria, N°5, (Editorial Board) 2012.
 33. Bitar, Sergio, “Un futuro común. Chile, Perú, Bolivia. El norte de Chile en el siglo XXI”, en Revista de Estudios Internacionales, N°171, (Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile) 2012.
 34. Bocksang, Gabriel, “Las fuentes del Derecho Administrativo Chileno antes del Código Civil”, en Revista Ius Publicum, N°28, (Universidad Santo Tomás) 2012.
 35. Boettiger, Camila, “Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo), 2012.
 36. Bonilla, Daniel, “Legal Clinics in the Global North and South: Between Equality and Subordination, an Essay”, en SELA, (Yale Law School) 2012.
 37. Brangier, Víctor, “Transacciones entre ley y prácticas judiciales locales en tiempos de codificación. El caso de la Visita Judicial Nacional. Chile, 1848-1849”, en Revista SudHistoria, N°5, (Editorial Board) 2012.
 38. Bravo, Felipe, “El ejercicio de la facultad del artículo 9° de la Ley 18.918 como ejemplo de desviación de poder en una potestad administrativa”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
 39. Busch, Tania, “El concepto de Constitución y la incomodidad constitucional en Chile”, en Global Jurist, Vol.12, N°2, (Gruyter) 2012.
 40. Cabarcas, Sofía, “Cómo escapar el limbo jurídico: la situación de refugiados en Colombia”, en Revista de Derecho Público, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
 41. Cabeza, Jaime, “Concepto y rasgos de la violencia de género: particularidades desde el derecho del trabajo español”, en Revista

- Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol.3, N°5, (Universidad de Chile) 2012.
42. Camacho, Gladys, “Transparencia en las Municipalidades”, en *Gaceta Jurídica*, N°390, (Legal Publishing) 2012.
 43. Campusano, Raúl, “Pronunciamiento del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
 44. Caniuqueo, Sergio, “El conflicto mapuche en los tiempos de la Concertación”, en *Revista SudHistoria*, N°4, (Editorial Board) 2012.
 45. Cárcamo, Alejandro, “Análisis de la Situación Actual de la Responsabilidad del Estado Juez en Chile: ¿Una ficción o una Realidad?”, en *Gaceta Jurídica*, N°381, (Legal Publishing) 2012.
 46. Carimán, Braulio, “El ‘problema educacional’ entre 1920–1937: una historia de reformas y limitaciones”, en *Revista Universum*, Vol. 27, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
 47. Carmona, Carlos, “Autorrestricción del Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 19, (Universidad de Chile) 2012.
 48. Carmona, Encarnación, “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978”, en *Revista de Estudios Internacionales*, N°172, (Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile) 2012.
 49. Carmona, Rodrigo, “Políticas públicas y participación ciudadana en la esfera local. Análisis y reflexiones a la luz de la experiencia argentina reciente”, en *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N°20, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile), 2012.
 50. Carranza, Elías, “Situación Penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué Hacer?”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
 51. Carrasco, Edesio, “Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
 52. Carrasco, Pablo, “Elementos Básicos de la Arquitectura Normativa de

- la Discrecionalidad Administrativa”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
53. Carrasco, Sergio, “Sobre el Liderazgo Político Constitucional en Chile”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
54. Casas, Lidia y Valenzuela, Ester, “Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras”, en Revista de Derecho, Vol.25, N°1, (Universidad Austral) 2012.
55. Castellanos, Roberto, “El bienestar subjetivo como enfoque e instrumento de la política pública: Una revisión analítica de la literatura”, en Estado, Gobierno y Gestión Pública, N°20, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
56. Castillo, Ignacio, “La (in)constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido”, en Revista Política Criminal, Vol.7, N°13, (Universidad de Talca) 2012.
57. Cea, José Luis, “Derecho y Constitucionalismo en el cambio de época”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
58. Chandía, Sebastián, “Estado, poder y deliberación. Algunas consideraciones sobre la crisis del parlamentarismo”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2012.
59. Chía, Eduardo, “El Tribunal Constitucional Chileno y los límites del Derecho Penal: Breve Examen Crítico”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
60. Coelho, Andre, “Inestabilidad política y caídas presidenciales en Sudamérica: causas y consecuencias”, en Revista de Ciencia Política, Vol. 50, N° 1, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
61. Cohen, Diana, “Uso y Abuso del Derecho a Morir”, en Revista Derecho y Humanidades, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
62. Contreras, Pablo y Pavón, Andrés, “La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre acceso a la información pública y seguridad de la nación”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 18, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
63. Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo, “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en Revista de Derecho, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.

64. Cordero, Eduardo, “El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho*, Vol.25, N°2, (Universidad Austral) 2012.
65. Cordero, Luis, “Los Límites de la Jurisprudencia Administrativa y las Fuentes del Derecho Administrativo. Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2012.
66. Correa, Jorge, “La jerarquía normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos luego de la reforma del 2005”, en *Revista Derechos Humanos (online)*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
67. Correo, María José, “Lo lego en la negociación de la autoridad médico judicial en Santiago de Chile, 1890-1892. Trinidad Álvarez y su idiotismo congénito”, en *Revista SudHistoria*, N°5, (Editorial Board) 2012.
68. Costa, Ezio, “¿El SEIA en Crisis? Conflictos Ambientales y Ciudadanía”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2012.
69. Couso, Jaime, “Mapuches y Derecho Penal”, en *SELA*, (Yale Law School) 2012.
70. Covarrubias, Ignacio, “Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
71. Covarrubias, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
72. Covarrubias, Ignacio, “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, en *Revista de Derecho*, N°38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
73. Cumplido, Francisco, “Derechos Humanos en la Constitución: Pasado y Futuro”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
74. Davis, Giselle, “La generación de recambio político y la nueva sociedad civil: ¿Quién lidera a quién?”, en *Revista Polis*, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
75. Del Río, Carlos, “Estudio sobre el Derecho al Recurso en el Proceso

- Penal”, en Estudios Constitucionales, Vol. 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
76. Delgado, Álvaro, “Leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol. 8, N°2, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2012.
77. Díaz, Iván, “Igualdad en la aplicación de la ley: Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 18, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
78. Díaz, Regina, “Derecho Internacional y Derechos Internos: Jerarquía o Coordinación?”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
79. Díaz, Regina, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de ius cogens del Derecho Internacional Humanitario”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2, (Universidad de Talca) 2012.
80. Dussauge, Mauricio, “La Transferencia de Políticas como fuente de Innovación Gubernamental: Promesas y Riesgos”, en Estado, Gobierno y Gestión Pública, N°19, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
81. Endicott, Timothy, “La vaguedad y el Estado de Derecho: una crisis en la adjudicación de Derechos Humanos”, en Revista Derecho y Humanidades, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
82. Enteiche, Nicolás, “Ley N°20.322: Avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
83. Enteiche, Nicolás, “Normas ‘circunstanciales’”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
84. Enteiche, Nicolás, “Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 18, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
85. Fábrega, Jorge, “El aborto y los límites de la autonomía”, en Estudios Públicos, N°128, (Centro de Estudios Públicos) 2012.
86. Falcone, Diego, “Concepto y Sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”, en Revista de Derecho, N°38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.

87. Fallon, Richard, “Tribunal Constitucional y las aspiraciones del Constitucionalismo Liberal”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2012.
88. Fernández, Hugo, “La Huelga: ¿Un derecho fundamental en crisis?”, en *Revista Laboral Chilena*, N°2-3, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
89. Fernández, José, “Historia del Derecho Urbanístico Chileno”, en *Revista de Derecho Público*, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
90. Fernández, José, “Normativa territorial en las catástrofes”, en *Gaceta Jurídica*, N°386, (Legal Publishing) 2012.
91. Ferrada, Juan Carlos, “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, en *Revista de Derecho*, Vol. 25, N°1, (Universidad Austral) 2012.
92. Ferrado, Alfredo, “Víctimas de minas antipersonales y crímenes de lesa humanidad. Una reparación pendiente”, en *Revista del Abogado*, N°55, (Colegio de Abogados) 2012.
93. Ferreyra, Leandro, “Límites Constitucionales del Principio de Primacía del Derecho Comunitario”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
94. Figueroa, Dante y Fermandois, Arturo, “Comparative Constitutional Protection of Contracts in the United States and Chile”, en *International Legal Research Informer*, (American Society of International Law) 2012.
95. Figueroa, Essau, “Política pública de Educación sexual en Chile: Actores y tensión entre el Derecho a la Información vs. la Libertad de Elección”, en *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N°20, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
96. Figueroa, Rodolfo, “Consentimiento informado en la nueva ley de derechos de los pacientes”, en *Revista Médica de Chile*, Vol.140, N°10, (Editorial IKU) 2012.
97. Figueroa, Verónica, “Innovación en la toma de decisiones: La gestión por resultados como herramienta de apoyo a los directivos públicos”, en *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N°19, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.

98. Flores, Juan Carlos, “El Régimen Jurídico de los Premios Nacionales en el Derecho Chileno”, en Revista Ius Publicum, N°29, (Universidad Santo Tomás) 2012.
99. Fuentes, Jessica, “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”, en Revista de Derecho, N° 38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
100. Fuenzalida, Manuel y Quiroz, Rodolfo, “La dimensión espacial de los conflictos ambientales en Chile”, en Revista Polis, Vol.31, (Universidad Bolivariana) 2012.
101. Gaete, Lucía, “El Convenio N°169: Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 18, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
102. Galdámez, Liliana, “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006- 2010”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
103. García-Huidobro, Cristóbal, “El reglamento constitucional provisorio de 1812: reflexiones para un bicentenario”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.39, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
104. García, Ana María, “Comisiones Especiales Investigadoras de la Cámara de Diputados”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
105. García, José Francisco y Verdugo, Sergio, “Radiografía al Instituto Nacional de DD.HH (INDH)”, en Revista Actualidad Jurídica, Vol.26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
106. Garrote, Emilio, “Cosa Juzgada Constitucional Sui Generis y su Efecto en las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
107. Gauché, Ximena, “Pensando en los cambios de la educación en Chile desde el paradigma internacional de la educación de los derechos humanos”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
108. González-Wilhelm, Leonardo; Johnson, Jennipher; Carnevali, Raúl y Ruiz, Guido, “Ley chilena de tolerancia cero al alcohol: fortalezas,

falencias y carencias que no deben ser obviadas”, en Revista Médica de Chile, Vol. 140, N° 7, (Editorial IKU) 2012.

109. González, Juan Pablo, “Estereotipos de género y discriminación múltiple: el caso de Gabriela Blas”, en Revista Derechos Humanos (online), (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
110. González, Manuela y Galletti, Hilda, “Las familias, sus conflictos y el rol de la Administración de Justicia”, en Revista Punto Género, N°2, (Departamento de Sociología de la Universidad de Chile) 2012.
111. Gordillo, Luis, “Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU”, en Estudios Constitucionales, Vol.10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
112. Grandón, Fernando, “Análisis jurisprudencial acerca de la imputación de responsabilidad extracontractual del Estado por actos derivados de agentes de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública”, en Revista de Derecho, Vol. 25, (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 2012.
113. Guerrero, Gonzalo, “La evaluación ambiental estratégica: Desafíos y Propuestas tras su incorporación al ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
114. Guiloff, Matías, “A pragmatic approach to multiple water use coordination in Chile”, en Water International, Vol. 37, N°2, (International Water Resources Association) 2012.
115. Guiloff, Matías, “Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal”, en Revista de Derecho, Vol. 25, N°1, (Universidad Austral) 2012.
116. Guzmán, Alejandro, “La codificación como programa constitucional en Francia, España e Iberoamérica durante el siglo XIX”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
117. Hecker, Carlos, “La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
118. Henríquez, Ian, “Los derechos económicos y sociales como canon hermenéutico (Tribunal Constitucional)”, en Revista de Derecho, Vol. 25, N°1, (Universidad Austral) 2012.

119. Henríquez, Miriam, “¿Crisis del concepto tradicional de ley en el sistema de fuentes en el Derecho Chileno?”, en *Revista Chilena del Derecho Parlamentario*, N°1, (Diseño y Publicaciones, Cámara de Diputados de Chile) 2012.
120. Henríquez, Miriam, “Comentario a la sentencia Rol N° 1108-2011 de la Corte de Apelaciones de San Miguel: ¿Existe un verdadero conflicto normativo entre la norma del modificado artículo 19, n° 3 inciso cuarto de la Constitución y la norma del artículo 91 del Código Procesal Penal?”, en *Estudios Constitucionales*, Vol.10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
121. Hervé, Dominique, “Globalisation and Natural Resources Law: Challenges, Key Issues and Perspectives. By Elena Blanco and Jona Razzaque”, en *Environmental Law*, Vol.24, N°2, (Editorial Board) 2012.
122. Huepe, Fabián, “¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio?, Análisis Crítico”, en *Revista Ius Publicum*, N°28, (Universidad Santo Tomás) 2012.
123. Huidobro, Ramón, “Reserva en materia militar y acceso a la información pública”, en *Revista de Derecho Público*, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
124. Hunter, Iván, “Caso Dunas de Concón: acerca de la obligatoriedad de someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 25, N°2, (Universidad Austral) 2012.
125. Iannini, María Camila, “Los desechos espaciales y su tratamiento en el espacio ultraterrestre”, en *Revista de Derecho Público*, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
126. Indalecio, Javier, “La finalidad del acto administrativo y la desviación de poder”, en *Revista Ius Publicum*, N°29, (Universidad Santo Tomás) 2012.
127. Jara, Francisco, “¿Eficacia Horizontal de los derechos fundamentales? El problema del Estándar de la prueba ilícita en el Derecho Chileno”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°19, (Universidad de Chile) 2012.

128. Jara, Jaime, “Caducidad y Notificación del Reparación en el juicio de cuentas”, en *Revista de Derecho Público*, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
129. Kaufmann, Rodrigo, “La Reforma Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
130. Larraín, Florencia, “El sistema privado de pensiones en Chile y sus resguardos constitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
131. Leite de Carvalho, Augusto, “Protección del medio ambiente de trabajo según la jurisprudencia brasilera”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 3, N°5, (Universidad de Chile) 2012.
132. Lewis, Sebastián, “El solve et repete y el Tribunal Constitucional de Chile”, en *Revista Ius Publicum*, N°28, (Universidad Santo Tomás) 2012.
133. Lizama, Felipe, “¿Puede tramitarse la nulidad de Derecho Público con las reglas del juicio sumario”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
134. Llaja, Jeannette y Ramírez, Beatriz, “Profundizando la igualdad desde la orientación sexual: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Karen Atala e hijas contra Chile”, en *Gaceta Constitucional*, N°54, (Gaceta Jurídica) 2012.
135. Llamosas, Aída, “Nuevas tecnologías de la información y comunicación; poder de control y derechos fundamentales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Vol.7, (Universidad de Viña del Mar) 2012.
136. Lobos, Nelson, “Con prevención y disidencia: Tribunal Constitucional de Chile acogió inaplicabilidades que impugnaron norma sobre Jornada Laboral del transporte Interurbano. (Fallo de 16 de Octubre de 2012)”, en *Revista Laboral Chilena*, N°11, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
137. López, Sebastián, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional según el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol.19, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2012.
138. Lubbert, Valeria, “El Proceso Legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.

139. Lubbert, Valeria, “Discrecionalidad en la promulgación de las leyes (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 25, N°2, (Universidad Austral) 2012.
140. Luke, Víctor, “Seguridad Informática y Derecho Internacional Público en el siglo XXI: Desafíos Jurídicos frente a la protección de infraestructuras informáticas”, en *Revista de Derecho Público*, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
141. Machado, Luciana, “La responsabilidad social de la empresa y su interrelación con el derecho del trabajo”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol.3, N°5, (Universidad de Chile) 2012.
142. Marinon, Guilherme, “El Precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.18, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
143. Martínez, Patricio, “El principio de inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la perspectiva del Estado Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.39, N°1, (Universidad Católica de Chile) 2012.
144. Marzi, Daniela, “En busca de un modelo para la reparación: una mirada desde el sistema interamericano”, en *Revista Laboral Chilena*, N°4, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
145. Marzi, Daniela, “En busca de un modelo para la reparación: una mirada desde el sistema interamericano. II parte”, en *Revista Laboral Chilena*, N°5, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
146. Masbernat, Patricio, “El desarrollo de los principios constitucionales tributarios de carácter material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho*, Vol.19, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2012.
147. Medina, Rodrigo, “Email de autoridades y empleados públicos: ¿Son Confidenciales?”, en *Revista del Abogado*, N°55, (Colegio de Abogados de Chile) 2012.
148. Meléndez, Felipe, “El Régimen Presidencial en Chile: Algunos Elementos para su Interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
149. Mella, Eduardo, “El Estado chileno contra la protesta social, 2000-2010”, en *Revista SudHistoria*, N°4, (Editorial Board) 2012.

150. Mella, Patricio y Domínguez, Álvaro, “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial”, en *Revista de Derecho*, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
151. Méndez, Daniela, “Sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales: ¿son los sistemas regionales más efectivos que los órganos de Naciones Unidas?”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Vol.7, (Universidad de Viña del Mar) 2012.
152. Miranda, Alejandro, “Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa”, en *Revista Médica de Chile*, Vol.140, N° 2, (Editorial IKU) 2012.
153. Mohor, Salvador, “Acerca de la nulidad de Derecho Público en nuestro sistema jurídico constitucional y, en especial, de la interpretación armónica de los artículos 6 y 7 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
154. Mohor, Salvador, “Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
155. Molina, Érika, “La candidez del ciudadano. Análisis de la complicidad de los actores políticos y sus posibilidades”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
156. Monckeberg, Francisco, “La Defensa del Patrimonio y de las Preocupaciones Comunes de la Humanidad”, en *Revista de Derecho*, N°38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
157. Montecino, Sonia y Foerster, Rolf, “Identidades en tensión: devenir de una etno y gastropolítica en Isla de Pascua”, en *Revista Universum*, Vol. 27, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
158. Montero, Juan Pablo, “Cuotas de pesca y libre competencia: Consideraciones para la nueva ley de pesca”, en *Estudios Públicos*, N°127, (Centro de Estudios Públicos) 2012.
159. Moraga, Claudio, “El Estado en tres momentos”, en *Revista de Derecho Público*, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
160. Moroni, Lucas, “Crisis constitucional de la ética pública”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, (Konrad Adenauer Stiftung) 2012.

161. Mota, Mariana; Trebilcock, Michael y Hartford, Patrick, “Reforma Policial en las democracias violentas de América Latina”, en SELA, (Yale Law School) 2012.
162. Moya, Alejandro y Marulanda, María, “Reparación transformadora, retorno y restitución de tierras – apuntes sobre el artículo 101 de la ley 1448 de 2011”, en Revista de Derecho Público, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
163. Muñoz, Carolina; Miranda, Paula y Flores, Rodrigo, “Observando las alianzas de colaboración entre organizaciones sin fines de lucro y organizaciones estatales chilenas”, en Revista Polis, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
164. Muñoz, Patricio, “Vidas paralelas del control de constitucionalidad de normas legales vigentes en Chile y Francia”, en Revista Ius Publicum, N°28, (Universidad Santo Tomás) 2012.
165. Nahuelcura, Sandra, “Acción de protección en contra de las resoluciones judiciales”, en Revista de Derecho, Vol.25, (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 2012.
166. Navarro, Enrique, “35 años del Recurso de Protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
167. Navarro, Enrique, “Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
168. Navarro, Enrique, “Tribunal Constitucional y esfera de actuación de los órganos del Estado”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVIII, (Konrad Adenauer Stiftung) 2012.
169. Navarro, Enrique, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012”, en Revista de Derecho, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
170. Nilo, Joaquín, “La Eutanasia”, en Gaceta Jurídica, N°386, (Legal Publishing) 2012.
171. Nogueira, Andrés, “Dos tipos de medidas provisionales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Derechos Humanos (online), (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

172. Nogueira, Humberto, “Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los Tribunales Nacionales”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
173. Nogueira, Humberto, “Parlamento y Régimen Político”, en Revista Chilena de Derecho Parlamentario, N°1, (Diseño y Publicaciones, Cámara de Diputados de Chile) 2012.
174. Nogueira, Humberto, “El Tribunal Constitucional de República Dominicana en la Perspectiva Comparativa con los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos”, en Revista de Derecho, Vol.19, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2012.
175. Nogueira, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.39, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
176. Nogueira, Humberto, “Informe sobre Proyecto de Ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de Lesa Humanidad”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
177. Núñez, Manuel, “Los Efectos de las Sentencias en el Proceso de Inaplicabilidad en Chile: Examen a un quinquenio de la Reforma Constitucional”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
178. Núñez, Raúl y Vera, Jaime, “Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno”, en Revista Política Criminal, Vol.7, N°13, (Universidad de Talca) 2012.
179. Obando, Iván, “El Derecho a la Seguridad Social en el Constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
180. Ochoa, Fernando, “Entre la redención y el castigo. Un análisis a la potestad sancionatoria de la administración en el marco de una nueva institucionalidad ambiental”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol. 8, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2012.
181. Ochoa, Fernando, “El camino al infierno está empedrado de buenas intenciones: urbanismo, medio ambiente y deberes constitucionales”, en Revista de Derecho, Vol. 25, N°2, (Universidad Austral) 2012.

182. Olivares, Alberto, “Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española”, en Revista de Derecho, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
183. Olivares, Isabel, “Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de compras Públicas”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
184. Olmos, Felipe, “Tribunal de Contratación Pública: Aspectos Relevantes”, en Revista del Abogado, N°56, (Colegio de Abogados de Chile) 2012.
185. Oñate, Emilio, “La importancia del control en la Administración del Estado”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
186. Oñate, Emilio, “Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema de puntos en la Ley del Tránsito”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
187. Ossandón, María Magdalena, “Aborto y justificación”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2012.
188. Ovando, Cristián y González, Sergio, “La política exterior chileno-boliviana en la década de 1950 mirada desde la región de Tarapacá”, en Revista Polis, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
189. Pallavicini, Julio, “El principio de juridicidad en tiempos de catástrofe”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
190. Palma, Irma, “Las nuevas generaciones de mujeres, el embarazo no previsto, las edades y la segmentación social en la sociedad chilena”, en Revista Médica de Chile, Vol. 140, N°3, (Editorial IKU) 2012.
191. Palomo, Diego y Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley N° 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 18, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
192. Palomo, Rodrigo, y Quezada, María Fernanda, “Apuntes breves sobre el Derecho de la Seguridad Social en Chile. Planteamiento general y protección frente al desempleo, en particular. I parte”, en Revista Laboral Chilena, N°8, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.

193. Palomo, Rodrigo y Quezada, María Fernanda, “Apuntes breves sobre el Derecho de la Seguridad Social en Chile. Protección frente a las enfermedades y accidentes comunes. II Parte”, en *Revista Laboral Chilena*, N°9-10, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
194. Palomo, Rodrigo y Quezada, María Fernanda, “Apuntes breves sobre el Derecho de la seguridad social en Chile. Protección frente a las enfermedades y accidentes comunes. III Parte”, en *Revista Laboral Chilena*, N°11, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
195. Pantoja, Rolando, “El Derecho Administrativo y la Administración del Estado de Chile en los doscientos años de vida republicana”, en *Revista de Derecho Público*, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
196. Paños, Alba, “Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, en *Revista de Derecho*, Vol. 25, N°2, (Universidad Austral) 2012.
197. Pasco, Mario, “Los derechos laborales inespecíficos”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 3, N°5, (Universidad de Chile) 2012.
198. Paúl, Álvaro, “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.18, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
199. Pedrals, Antonio, “Grandes objetivos civilizacionales”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
200. Penaglia, Francesco, “La paradoja del poder: ¿elitización o empoderamiento colectivo?”, en *Revista Polis*, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
201. Pérez-Flores, Manuel, “Lo público, lo privado y el espacio universitario: Reflexión bioética”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 140, N°9, (Editorial IKU) 2012.
202. Pérez, Carlos, “Vaguedad en el Realismo Jurídico”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°19, (Universidad de Chile) 2012.
203. Pinto, Jorge, “El conflicto Estado-Pueblo Mapuche, 1900-1960”, en *Revista Universum*, Vol. 27, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
204. Pliscoff, Cristián y Araya, Juan Pablo, “Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas:

- Reflexiones a partir de la situación chilena”, en Estado, Gobierno y Gestión Pública, N°19, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
205. Poblete, Julia, “Sistema de identificación, documentos de identidad, de viajes y servicios relacionados: Una reflexión necesaria sobre los principios y deberes de la administración”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
206. Polanco, Rodrigo, “Legal Framework of Foreign Investment in Chile”, en Law and Business Review of the Americas, N°203, (Lexis Nexis) 2012.
207. Preuss, Alejandro, “El Procedimiento de Resolución de Controversias en el Decreto MOP N°900 en relación al Debido Proceso”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 3, N°1, (Universidad Católica de Temuco) 2012.
208. Prieto, Manuel y Bauerin, Carl, “Hydroelectric power generation in Chile: an institutional critique of the neutrality of market mechanisms”, en Water International, Vol. 37, Issue 2, (Editorial Philippus Wester) 2012.
209. Quezada, Flavio, “La Protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 1, N°1, (Universidad de Chile) 2012.
210. Radrigán, Mario; Dávila, Ana María y Penaglia, Francesco, “Gestión y liderazgos en los emprendimientos sociales: el caso del sector no lucrativo chileno”, en Revista Polis, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
211. Ramírez-Aluja, Álvaro, “Innovación en las organizaciones y servicios públicos: ¿El eslabón perdido? Bases para la transición hacia un modelo de innovación abierta y colaborativa”, en Estado, Gobierno y Gestión Pública, N°19, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
212. Raso, Juan, “El sistema uruguayo de relaciones laborales: entre autonomía y negociación”, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 3, N°5, (Universidad de Chile) 2012.

213. Reyes, Juan José, “Análisis de las posiciones de algunos países en desarrollo de las negociaciones sobre la enmienda de la prohibición al convenio de Basilea”, en *Revista de Derecho Público*, N°29, (Universidad de los Andes) 2012.
214. Reyes, Juan Pablo, “Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
215. Ríos, Lautaro, “La participación del pueblo chileno en la vida nacional: Un sueño sin despertar”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
216. Riveros, Edgardo, “Reformas políticas y el fortalecimiento del sistema democrático en Chile”, en *Serie de Estudios*, N°8, (Konrad Adenauer Stiftung) 2012.
217. Rodigou, Maite; López; Carlos; Ceccoli, Pamela; Puche, Ivana y Aimar, Valeria, “Sentidos en disputa sobre la violencia hacia las mujeres en las políticas públicas. El caso de la normativa de la provincia de Córdoba, Argentina”, en *Revista Punto Género*, N°2, (Departamento de Sociología de la Universidad de Chile) 2012.
218. Rodríguez, María, “Supuestos de responsabilidad civil precontractual en la Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores”, en *Gaceta Jurídica*, N°384, (Legal Publishing) 2012.
219. Rojas, Hugo, “Torture in Chile (1973-1990): Analysis of one hundred survivor’s testimonies”, en *California Western International Law Journal*, Vol.42, N°2, (California Western School of Law) 2012.
220. Román, Cristián, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración (Responsabilidad Objetiva)”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano del Centro de Justicia Constitucional*, Vol.1, N°1, (Universidad del Desarrollo) 2012.
221. Rosende, Hugo, “La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
222. Rubano, Iris, “Propuestas de cambios a nuestra Democracia Representativa”, en *Revista de Derecho Público*, N°76, (Universidad de Chile) 2012.

223. Ruiz-Tagle, Pablo, “El Presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reformas”, en Revista de Derecho Público, N°76 (Universidad de Chile) 2012.
224. Saavedra, Luis, “Tratamiento del contrato de aprendizaje en la Ley N°20.422. Publicada en el Diario Oficial el 10/02/2010”, en Revista Laboral Chilena, N°6, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
225. Salassa, Rodolfo, “El ‘Convenio de doble imposición’ suscrito entre Chile y Argentina: denuncia y comparación con el Modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, en Revista de Derecho, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
226. Sandoval, Juan, “Representaciones del sujeto-ciudadano en los discursos del “saber experto” en Chile”, en Revista Polis, Vol.32, (Universidad Bolivariana) 2012.
227. Sanhueza, Rodrigo, “Responsabilidad de la empresa principal en el procedimiento de tutela laboral”, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol.3, N°5, (Universidad de Chile) 2012.
228. Scheffer, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Revista Política Criminal, Vol.7, N°13, (Universidad de Talca) 2012.
229. Sepúlveda, Ninette, “La política pública de salud a nivel local. Análisis de la transformación del Centro de Salud Familiar Isabel Jiménez Riquelme de Tirúa, Biobío, Chile”, en Estado, Gobierno, Gestión Pública, N°20, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
230. Severin, Juan Pablo, “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, en Revista de Derechos Fundamentales, Vol.7, (Universidad de Viña del Mar) 2012.
231. Sierra, Lucas, “Quórum legislativo de supramayoría y Tribunal Constitucional en Chile”, en SELA, (Yale Law School) 2012.
232. Silva, Erika, “Telecentros: Artefactos de innovación al servicio de la democracia en la sociedad red”, en Estado, Gobierno, Gestión Pública, N°19, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.

233. Silva, Luis, “¿Es el Tribunal Constitucional el Supremo Intérprete de la Constitución?”, en *Revista de Derecho*, N°38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
234. Silva, Luis, “Supremacía constitucional y aplicación judicial de la Constitución en los Estados Unidos: objeciones a la judicial supremacy”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
235. Solari, Enzo, “Un constitucionalismo inocuo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
236. Soto, Eduardo, “Litigación Judicial frente a la Administración del Estado: Un recuento Histórico”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano del Centro de Justicia Constitucional*, Vol.1, N°1, (Universidad del Desarrollo) 2012.
237. Soto, Eduardo, “Litigación Judicial frente a la Administración del Estado: Un Recuento Histórico”, en *Revista Ius Publicum*, N°29, (Universidad Santo Tomás) 2012.
238. Soto, Francisco, “La Democracia como forma de Estado: Análisis de los Mecanismos de Participación Directa en la Constitución Suiza”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.
239. Soto, Francisco, “Las distintas maneras de entender la Representación, reflexiones a la luz del debate político actual en Chile”, en *Derecho y Humanidades*, N° 19, (Universidad de Chile) 2012.
240. Stuhldreher, Amalia, “El sufragio transnacional: una aproximación al caso de Uruguay”, en *Revista de Estudios Internacionales*, N°172, (Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile) 2012.
241. Szmulewicz, Esteban, “Igualdad, orientación sexual y juicio estricto de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012”, en *Revista de Derecho*, Año 19, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2012.
242. Tagina, María Laura, “Controlando al gobierno a través de las urnas. Un análisis del caso argentino entre 1995 y 2005”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol.50, N°1, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.

243. Tonon, Graciela, “Las relaciones universidad-comunidad: un espacio de reconfiguración de lo público”, en Revista Polis, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
244. Torres, César, “Acción de tutela de derecho fundamentales y de despido indirecto. II parte”, en Revista Laboral Chilena, N°1, (Centro de Extensión Jurídica) 2012.
245. Tórtora, Hugo, “Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile”, en Revista de Derechos Fundamentales, Vol.7, (Universidad de Viña del Mar) 2012.
246. Troncoso, Claudio, “Derecho Internacional, Constitución y Derecho Interno”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
247. Tudela, José, “La Administración parlamentaria en la encrucijada de la renovación”, en Revista Chilena del Derecho Parlamentario, N°1, (Cámara de Diputados de Chile) 2012.
248. Usen, Alejandro, “El Estado empresario”, en Revista de Derechos Fundamentales, Vol.7, (Universidad de Viña del Mar) 2012.
249. Van Klaveren, Alberto, “¿Existe un Régimen Internacional para la defensa y promoción de la Democracia?”, en Revista de Derecho Público, N°77, (Universidad de Chile) 2012.
250. Varas, Paulino, “El Amparo Especial ante el Tribunal Tributario y Aduanero por vulneración de los derechos contemplados en los números 21,22 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
251. Varela, Jorge, “Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
252. Varela, Jorge, “Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
253. Verdugo, Sergio y García, José Francisco, “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
254. Verdugo, Sergio y García, José Francisco, “Radiografía al instituto

- nacional de DD.HH: entre la política y el derecho”, en Revista Actualidad Jurídica, N°26, (Universidad del Desarrollo) 2012.
255. Verdugo, Sergio, “Problemas del Plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
256. Verdugo, Sergio, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, en Revista de Derecho, N°39, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
257. Vergara, Jorge, “Operación y movilización. Formas de acción colectiva pre elíticas en la Falange Nacional chilena (1935-1957)”, en Revista Polis, Vol.32, (Universidad Bolivariana) 2012.
258. Viale, Gino, “Derecho penal del enemigo y dignidad humana ¿es posible conciliar ambos institutos?”, en Revista de Derecho, Vol.25, (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 2012.
259. Viera, Christian, “La Corte y el Tribunal. ¿Quién vela por la Constitución? Comentarios a propósito de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4518-2011, que rechaza recurso de protección interpuesto contra la Corporación Administrativa del Poder Judicial”, en Revista de Derechos Fundamentales, N° 7, (Universidad de Viña del Mar) 2012.
260. Viera-Gallo, José Antonio y Lübbert, Valeria, “Los tratados sobre Derechos Humanos en jurisprudencia chilena”, en Revista de Estudios Internacionales, N°171, (Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile) 2012.
261. Villanueva, Susana, “Hacia modelos de gestión innovadores en la Administración Pública: el caso de la Empresa Pública de Correos Chile”, en Estado, Gobierno, Gestión Pública N°19, (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile) 2012.
262. Villarroel, Álvaro, “El protocolo de acuerdos de la Ley de Presupuestos del Sector Público”, en Revista de Derecho, N°38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.
263. Von Bahten, Gustavo, “The role of judges ad hoc on international permanent courts: a critical analysis”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol. 8, N°2, (Universidad Bernardo O`Higgins) 2012.
264. Winter, Federico, “La regulación sectorial de la energía geotérmica en

- Chile. Problemas y Propuestas”, en Revista Actualidad Jurídica, N°25, (Universidad del Desarrollo) 2012.
265. Yopo, Martina, “Políticas sociales y pueblos indígenas en Chile. Aproximación crítica desde la noción de agencia”, en Revista Universum, Vol. 27, N°2, (Universidad de Talca) 2012.
266. Yopo, Martina; Rivera, Sebastián y Peters, Gabriela, “Individuación y políticas sociales en Chile”, en Revista Polis, Vol. 32, (Universidad Bolivariana) 2012.
267. Zúñiga, Alejandra, “Un modelo de adjudicación de recursos sanitarios para Chile”, en Acta Bioethica, Vol.18, N°2, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética) 2012.
268. Zúñiga, Francisco, “El Parlamento en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional chileno”, en Revista Chilena del Derecho Parlamentario, N°1, (Cámara de Diputados de Chile) 2012.
269. Zúñiga, Francisco, “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario”, en Revista de Derecho Público, N°76, (Universidad de Chile) 2012.
270. Zúñiga, Francisco, “Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y Niñas V.S Chile, de 24 de Febrero de 2012”, en Estudios Constitucionales, Año 10, N°1, (Universidad de Talca) 2012.

N° CAPÍTULOS DE LIBROS PUBLICADOS EN CHILE

1. Abarzúa, Sebastián, y Pizarro, Sebastián, “La superación de la actual fundamentalidad laboral: el rol de la desobediencia como fuente normativa”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
2. Acuña, Alberto, “Comentarios a la Ley de Cierre de Faenas Mineras”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
3. Aguerrea, Pedro, “La Contraloría General de la República en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
4. Aguilar, Gonzalo, “El emergente derecho humano al agua y al saneamiento en derecho internacional”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
5. Aguilar, Gonzalo, “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
6. Alarcón, Pablo, “Notas acerca de la Potestad Dictaminante de la Contraloría General de la República”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
7. Allard, Raúl, “El acceso a los medicamentos esenciales: revisión de las controversias ventiladas en la OMC por la aplicación del acuerdo sobre los ADPIC”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
8. Álvarez, Alejandro; Otero, Alejandra y Maquilón, Diana, “Derechos Humanos de los pueblos indígenas”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

9. Álvarez, Amaya, “El postnatal parental creado por la Ley 20.545: Escrutinio Constitucional a la limitación de la garantía de la igualdad”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
10. Alvear, Soledad, “Las Reformas Pendientes a la Constitución”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
11. Arístegui, Juan Pablo, “Evolución del principio ‘responsabilidades comunes pero diferenciadas’ en el régimen internacional del cambio climático”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
12. Arístegui, Juan Pablo, “Nuevos aspectos legales en el régimen del cambio climático: la Plataforma de Durban”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
13. Aros, Rodrigo y Guerrero, Gonzalo, “Alcance del Sistema de Protección de Derechos Fundamentales: Una Visión Jurisprudencial”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
14. Aróstica, Iván, “El Motivo de Hecho en las Sanciones Administrativas: Notas sobre Procedimiento, Fundamento y Justificación”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
15. Astudillo, Jorge, “Notas sobre la evolución de la idea de constitución y enunciado de algunas actuales problemáticas que giran en torno a la misma”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
16. Atria, Fernando, “Las cosas cambian cuando le pones el “tu”: sobre universalismo y regresividad”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
17. Balbontin, Pía, “¿Excesivo presidencialismo o el inicio de la era del hielo de la democracia?”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.

18. Bassa, Jaime, “Vida privada y homosexualidad en la jurisprudencia del TC. Comentario a la STC 1683”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
19. Bazán, Víctor, “El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa”, en Steiner, Christian [Editor], *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (Konrad Adenauer Stiftung) 2012.
20. Beca, Juan Pablo, “Tribunal Constitucional: ¿Superior Jerárquico de la Contraloría General de la República?”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República), 2012.
21. Bellolio, Cristóbal, “¿Tiene Chile una Constitución liberal?”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
22. Bermúdez, Jorge, “Responsabilidad del Estado por el Daño Ambiental”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
23. Berríos, Gonzalo, “Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley N°18.134 sobre Conductas Terroristas”, Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
24. Braz, Jaana, “Cuestiones prácticas de la tramitación del recurso de inaplicabilidad”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
25. Burdiles, Gabriela, y Ossandón, Jorge, “Regulación del material particulado MP2,5. Evolución normativa y propuestas para la derogación o vigencia de la regulación anterior”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
26. Burgos, Jorge, “Transparencia en el Estado: A medio camino”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
27. Camacho, Gladys, “La Contraloría General y el Control de las Infracciones a la Transparencia”, en Contraloría General de la

- República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
28. Camacho, Gladys, “Acceso a la información y medio ambiente”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
 29. Campusano, Raúl, “Desde la certeza de la regla a la diversidad de la práctica: el nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
 30. Cantuarias, Carlos, “Permisos ambientales sectoriales (PAS) para proyectos mineros. Una visión crítica y propuesta de mejoras”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
 31. Carranza, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
 32. Carrasco, Edesio, y Henríquez, Ingrid, “Planes de manejo para la conservación de recursos hídricos: un instrumento de gestión ambiental necesario y útil”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
 33. Carrasco, Pablo, y Pérez, Raimundo, “Conservación del patrimonio ambiental y su valoración económica; contextualización contemporánea y sus aportes”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
 34. Casas, Lidia y González, Juan Pablo, “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
 35. Casas, Lidia, “De la negación a la represión de la sexualidad adolescente en Chile”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra;

- Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
36. Casas, Lidia, “Derechos Humanos de las Mujeres y las Niñas”, Coddou, Alberto [Editor], en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
37. Cazor, Kamel, y Guiloff, Matías, “Problemas conceptuales y de funcionalidad de la reserva legal en Chile”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
38. Cea, José Luis, “El Control en la Democracia de Hoy”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
39. Centro de Derecho Ambiental, “Los Tribunales Ambientales y la Superintendencia del Medio Ambiente: Una relación ineludible”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
40. Chaves, José, “Funciones del Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica”, en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
41. Clemente, Rafael, “El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
42. Coddou, Alberto, “Un comentario libre a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre postnatal: Reflexiones acerca de la separación de poderes”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
43. Coddou, Alberto, “Violencia Policial”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
44. Collins, Cath; Delgado, Juan Pablo; González, Florencia; Hernández, Rodrigo, Fernández, Karinna; Herbst, Jennifer y Zamorano, Paulina,

- “Verdad, Justicia y Memoria: Violaciones de Derechos Humanos del Pasado”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2012.
45. Conforti, Simón, “La Libertad de Opinión y Expresión en la Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos del PIDCP”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
46. Contesse, Jorge, “Matrimonio Civil y Constitución Política: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio para parejas del mismo sexo”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
47. Contesse, Jorge, “El derecho de consulta previa en el convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, en Contesse, Jorge, [Editor], *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2012.
48. Cordero, Eduardo, “La Administración del Estado en Chile y el Concepto de Autonomía”, en *Contraloría General de la República*, 85 años de vida institucional (1927-2012), (Contraloría General de la República) 2012.
49. Cordero, Luis, “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
50. Cordero, Luis, “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing), 2012.
51. Correa, Cristóbal, “Nueva institucionalidad ambiental y participación ciudadana. ¿Es suficiente?”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
52. Correa, Josefina, “Ordenamiento territorial: criterios para un nuevo equilibrio”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.

53. Costa, Ezio, “Regulación de los parques nacionales en Chile”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
54. Couso, Javier, “Notas acerca de la invocación de jurisprudencia extranjera por parte del Tribunal Constitucional chileno”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
55. Coyle, Andrew, “Prisiones y prisioneros: una revisión desde los estándares internacionales de derechos humanos”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
56. De la Cruz, Alicia, “La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
57. De la Piedra, Cristhian, “Instrumentos de planificación territorial vs. Concesión minera. ¿Quién manda a quién?”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
58. Díaz, Regina, “El ius cogens internacional: ¿fuente formal del derecho internacional público?”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
59. Díez, Silvia, “La responsabilidad por culpa en procedimientos competitivos”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
60. Doménech, Gabriel, “La falta de servicio desde el análisis económico del Derecho”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
61. Dughman, Sandra, “Heteronormatividad, Mujeres Lesbianas y un Enfoque Relacional a los Derechos”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.

62. Escobar, Luis; Rodríguez, Yoana, y Medina-Vogel, Gonzalo, “Las enfermedades emergentes y la conservación de la biodiversidad en Chile: vacíos legales en el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
63. Evans, Eugenio, “Efectos que produce la Declaración de Contrariedad a Derecho de un Acto Administrativo por parte de la Contraloría General de la República”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
64. Facuse, Nicolás y Jaque, Ítalo, “Protesta Social y Derechos Humanos”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
65. Fernández, José, “La Contraloría General de la República en relación a las Municipalidades”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
66. Fernández, Marcela, y Contreras, Carmen, “Contaminación en La Greda: ¿son los instrumentos de gestión ambiental adecuados, suficientes y compatibles para resolver la problemática ambiental en la zona?”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
67. Fernández, Miguel, “Sentencias constitucionales: ¿se mantiene el rol de legislador negativo del Tribunal Constitucional?”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
68. Fernández, Miguel, “Comentarios a las ponencias sobre ‘El uso del control de convencionalidad de los tratados internacionales por parte de las jurisdicciones nacionales’”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
69. Ferrada, Juan Carlos, “La Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos en el Juicio de Cuentas”, en Contraloría General de la

- República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
70. Ferrada, Juan, “Falta de servicio y responsabilidad por actos administrativos”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
71. Figueroa, Rodolfo, “El matrimonio en el Tribunal Constitucional”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
72. Figueroa, Sebastián, “From Responsibility to Normativity, de Joseph Raz”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
73. Filippini, Leonardo, “Reconocimiento y Justicia Penal en el caso Gelman”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
74. Frías, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
75. Fuentes, Claudio, “Justicia Militar”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
76. Galdámez, Liliana, “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera por el Tribunal Constitucional de Chile: más derecho comparado y menos diálogo interjudicial”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
77. García, Ana María, “El Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
78. García, Ana, “Control de constitucionalidad de los decretos supremos”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.

79. García, Francisco y Cordero, Luis, “Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
80. Gauché, Ximena, “Una Mirada a la No Discriminación por identidad de Género y orientación Sexual desde los Desarrollos internacionales de Soft Law”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
81. Georas, Chloé, “Colonialidad, “Performance” y Género: la Saga de Lorena Bobbit”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
82. González, Paola, y Escalona, Lorena, “Hacia una operacionalización del concepto de territorio indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
83. Henríquez, Miriam, “Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
84. Henríquez, Miriam, “¿Las normas derogadas pueden ser declaradas inaplicables por inconstitucionalidad?”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
85. Henríquez, Miriam, “El concepto de ley en el actual sistema de fuentes del derecho chileno”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
86. Herrera, Rodolfo, “La relación sistémica o complementaria de fines entre la Ley de Transparencia y la Ley de Protección de Datos Personales”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.

87. Hervé, Dominique, y Pérez, Sergio, “Adecuación de la legislación interna a los estándares Impuestos para la administración de recursos naturales”, en Contesse, Jorge, [Editor], *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, (Ediciones Universidad Diego Portales, 2012).
88. Hervé, Dominique; Schoensteiner, Judith; Mariangel, Sylvana y Mewes, Ignacia, “Empresas de Medio Ambiente y Derechos Humanos: la zona industrial de Quintero-Puchuncaví”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
89. Huepe, Fabián, “La falta de servicio en la responsabilidad sanitaria”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
90. Ibáñez, Juana, “Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
91. Israel, Ricardo y Oñate, Emilio, “La Función Contralora, Políticas Públicas y Calidad de la Democracia”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
92. Lacrampette, Nicole, “El Sistema de Comunicaciones individuales ante el Comité CEDAW: tendencias jurisprudenciales y desafíos futuros”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
93. Lara, José Luis y Helfmann, Carolina, “La Contribución de la Jurisprudencia Contralora al Desarrollo y Delimitación de los Principios de la Contratación”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
94. Larraín, Matías, “Notas al último intento de reforma al sistema de supervisión financiera”, en Anuario de Derecho Público (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

95. Letelier, Raúl, “Falta de servicio en situaciones de catástrofes naturales”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
96. Lorca, Rocío, “Asesinatos Selectivos en la Guerra Contra el Terrorismo”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
97. Lucas, Andrea, “La cláusula verde de la Constitución chilena: algunas propuestas para su reforma”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
98. Madrazo, Alejandro, “Entre el derecho a decidir y el derecho a la procreación: la pugna por la interpretación de los derechos reproductivos en la Suprema Corte mexicana”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
99. Maquilón, Diana, “Los derechos sociales en el Convenio 169 de la OIT”, en Contesse, Jorge, [Editor], *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
100. Marelic, Branislav, “Derechos Humanos y manifestaciones públicas en Chile durante 2011: la audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
101. Marín, Urbano, “La Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General y su relación con la de los Tribunales y de otros Organismos”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
102. Marín, Urbano, “Responsabilidad Estatal por falta de servicio. Dificultades de su incorporación al sistema nacional”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
103. Marshall, Pablo, “Inscripción automática y voto voluntario”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

104. Medina, Luis, “El problema de la culpa en el Derecho de Daños”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
105. Mena, Francisco, “La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión”, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
106. Mera, Alejandra, “Política Criminal y Derechos Humanos”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
107. Miles, Penny, “Diversidad Sexual y Derechos Humanos”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
108. Millar, Javier, “El Principio de protección de la Confianza Legítima en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República: Una Revisión a la Luz del Estado de Derecho”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
109. Montero, Cristián, “¿Los Plazos de la Administración no son fatales?: Observaciones a propósito de una Tesis”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
110. Montt, Santiago, “Condiciones Impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho Chileno”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
111. Montt, Santiago, “¿Para qué tenemos un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado? Reflexiones extrínsecas sobre la falta de servicio (Algunas preguntas, pero ninguna respuesta)”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
112. Moraga, Pilar, “Las razones de la conflictividad del sector eléctrico: El caso de la consulta indígena”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

113. Moraga, Pilar, “Río + 20’. Entre desarrollo sustentable, economía verde y un nuevo marco institucional”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
114. Morales, Baltazar, “El Mérito, Oportunidad y Conveniencia en la Contraloría”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
115. Müller, Karl, “Responsabilidad Internacional y Contraloría General de la República”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
116. Nash, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
117. Nogueira, Humberto, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el Derecho Comparado y Chileno”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
118. Nogueira, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno en el período de 2006-2010”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
119. Nogueira, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad de corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.

120. Núñez, José, “El constituyente y la sociedad: ni Ulises ni sirenas”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
121. Núñez, Ignacio, “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”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
122. Núñez, Manuel, “Recurso de protección, conflictos políticos y cuestiones no justiciables en la reciente jurisprudencia de protección”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
123. Núñez, Manuel, “El diálogo transjudicial en la justicia constitucional chileno: el recurso a la jurisprudencia comparada, internacional y constitucional”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
124. Obando, Iván y Allesch Johann, “La Contraloría General de la República en Perspectiva Histórica y Comparada”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
125. Olea, Helena, “Refugiados en Chile: Análisis de la Ley 20.430 y su Reglamento”, en Coddou, Alberto [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
126. Oliveira do Prado, Rafael, “El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
127. Olvera, Alberto; Shankland, Alex; Squella, Arturo; Svampa, Maristella y Vallejo, Camila, “Participación Política en América Latina”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos*, N°8, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
128. Otero, Alejandra; Acosta, Juana y Miño, María Dolores, “La CIDH frente a los desafíos de 2011: Oportunidades para el fortalecimiento

- del SIDH”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
129. Paeile, Vicente; Guijón, Rodrigo, y Sierralta, Leonel, “Evolución de la institucionalidad para la protección de la diversidad biológica”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
130. Palamara, Humberto, “Las contradicciones entre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
131. Palavecino, Adriana, “El Derecho a la identidad de las Personas Transgéneras”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
132. Pedrals, Antonio, “La Contraloría y la pregunta de Carbonnier”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
133. Peña, Francisco, “Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las fuentes del derecho”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
134. Peña, Marisol, “El nuevo panorama de las fuentes del derecho público en el siglo XXI”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
135. Peña, Marisol, “La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por parte del Tribunal Constitucional de Chile”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
136. Peña, Marisol, “Los desafíos del derecho constitucional desde la perspectiva de la justicia constitucional”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.

137. Peña, Sergio, “Las Fuentes del Derecho Internacional, regulación, aplicación, desde una perspectiva dogmática mirando a la norma jurídica internacional”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
138. Pérez, Carmen Gloria, “El maltrato laboral en la función pública. Jurisprudencia Nacional e Internacional”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
139. Pica, Rodrigo, “Control de constitucionalidad y tratados internacionales: ¿objeto o parámetro? Una síntesis jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
140. Piperata, Giuseppe, “La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en el sistema jurídico italiano. Una referencia especial al elemento de culpa”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
141. Poklepovic, Iván, “Compatibilidad del recurso de protección ambiental con la competencia del Tribunal Ambiental en el contencioso administrativo del sistema de evaluación de impacto ambiental”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
142. Ponce de León, Sandra, “Problemáticas sobre el examen de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
143. Prieto, Trinidad, y Ugalde, María José, “La importancia de las comunidades de aguas en la gestión de recursos hídricos subterráneos”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
144. Pulgar, María Paz, “La nueva Ley de cierre de faenas: ¿una regulación

- suficiente?”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
145. Püschel, Lorna, y Guijón, Rodrigo, “Compensación en Biodiversidad en el SEIA”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
146. Rajevic, Enrique, “Falta de servicio y responsabilidad de la Administración Pública chilena por actos urbanísticos”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.
147. Reinoso, M. Isabel, “La participación ciudadana en el SEIA como herramienta de solución de controversias relativas al uso del agua”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
148. Robledo, Gabriela, “El desafío de la Ciudadanía y la subjetividad lésbica: avances y tensiones”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
149. Rosales, Cecilia, “La dignidad humana como fuente directa de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
150. Ruiz, Carlos, “Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile actual”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
151. Saenger, Fernando, “Contralor General de la República y notable abandono de deberes”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
152. Saffirio, Camila, “Regulación de fondos soberanos. El caso chileno”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.

153. Salas, Carolina, “Hacia la construcción de un bioderecho constitucional en Chile: reflexiones para una propuesta”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
154. Sandoval, Marcela, González, Marianne, “Entrevista a Steve J. Stern: “El concepto mismo de memoria tiene una historia que nace a través de una lucha”, en Nash, Claudio [Director], *Anuario de Derechos Humanos, N°8*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012.
155. Schoenstainer, Judith; Fuentes, Claudio; Benítez, Dinka y Mariangel, Sylvana, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
156. Seelau, Laura, y Seelau, Ryan, “Implementación del derecho a la libre determinación Indígena en Chile”, en Contesse, Jorge, [Editor], *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
157. Silva, Luis, “La supremacía constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
158. Silva, Luis, “Sobre el Control de los Decretos con Fuerza de Ley”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
159. Silva, Luis, “Sobre los efectos de las sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y algunas inconsistencias”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
160. Silva, María, “Cuestiones de constitucionalidad de autos acordados en el caso de afectación en el ejercicio de derechos fundamentales”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
161. Silva, Matías, “Asamblea constituyente: momento constitucional de la soberanía popular”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.

162. Soto, Daniel, “El Derecho Disciplinario Militar de Carabineros”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
163. Soto, Eduardo, “El trámite de registro y problemas que suscita, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
164. Tallar, Fernando, “Las áreas silvestres protegidas: Proyecto de nueva regulación jurídica”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
165. Tapia, Jorge, “Desarrollo y derecho al desarrollo: crisis y recuperación de una teoría”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
166. Toro, Constanza, “Género y Corrupción. Reflexiones sobre cómo incorporar una perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción”, en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Georas, Chloé; Toro, Constanza y Lacrampette, Nicole, *Justicia, Género y Sexualidad*, (Universidad de Chile) 2012.
167. Torres, Fernanda, “El lugar de la ley en el Estado Constitucional de Derecho”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
168. Tortóra, Hugo, “Los Derechos Humanos como límite material a la competencia normativa del Pueblo (especial referencia al caso “Gelman vs. Uruguay” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
169. Uriarte, Ana, y Pastén, Bastián, “La OCDE y el crecimiento verde: la dimensión energética en Chile”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
170. Valdivia, José, “Orígenes de la noción de falta de servicio”, en Letelier, Raúl [Coordinador], *La Falta de Servicio*, (Legal Publishing) 2012.

171. Vanessa, Richard, “La trilogía MRV del régimen internacional del clima: ¿garantía procedimental de la transparencia, la comparabilidad y la adicionalidad”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
172. Vargas, Iris, “Incentivos tributarios para la protección de la atmósfera en el Derecho chileno”, en Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana; Aranda, Jorge e Insunza, Ximena [Coordinadores], *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, (Legal Publishing) 2012.
173. Venegas, Marcelo, “Toma de Razón, Presunción de Legalidad y Jurisdicción”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
174. Verdugo, Sergio, “Comentario a ‘Las cosas cambian cuando le pones el “tú”. Sobre universalismo, focalización y regresividad””, en Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
175. Verdugo, Sergio, “Respuesta a las observaciones del profesor Atria”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
176. Verdugo, Sergio, y Galli, Nicolás, “El precedente en el Tribunal Constitucional: ¿doctrina judicial o compromiso con votos particulares?”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.
177. Vergara, Alejandro, “El Rol de la Contraloría General de la República: Desde el Control de Legalidad a los nuevos estándares de buena Administración”, en Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, (Contraloría General de la República) 2012.
178. Vial, Tomás, “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”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
179. Viera, Christian, “Interpretación y mutación constitucional, y la relación entre facticidad y normatividad”, en Tórtora, Hugo, *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, (Metropolitana) 2012.

180. Vivanco, Ángela, “El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
181. Zapata, Patricio, “Los límites del finalismo. Otrosí: superhéroes y héroes”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
182. Zúñiga, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en Nogueira, Humberto [Coordinador], *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Editorial Librotecnia) 2012.
183. Zúñiga, Alejandra, “La nueva Ley de Derecho del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
184. Zúñiga, Alejandra, “El derecho a la protección de la salud en la constitución: una nueva realidad después del AUGE”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.
185. Zúñiga, Francisco, “Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile”, en Steiner, Christian [Editor], *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 18, (Konrad Adenauer Stiftung) 2012.
186. Zúñiga, Francisco y Cazor Kamel, “Dilemas del Tribunal Constitucional. El caso ‘permiso postnatal’”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012.
187. Zúñiga, Yanira, “La participación política de las mujeres. un análisis de sus estrategias teórico-normativas y de su efectividad práctica”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Coordinadoras], *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o Reforma?*, (Legal Publishing) 2012.

Nº CAPÍTULOS DE CHILE EN LIBROS PUBLICADOS EN EL EXTRANJERO

1. Atria, Fernando, “Legislation and Adjudication”, en Ferrer, Jordi y Battista, Giovanni [Editores], *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, (Oxford University Press) 2012.
2. Contesse, Jorge, “Derechos territoriales y Autodeterminación Indígena: Desafíos para la inclusión”, en Fernández, Margarita y Salinas, Javier [Compiladores], *Defensa de los derechos territoriales en Latinoamérica*, (RIL Editores) 2012.
3. De la Maza, Gonzalo y Flores, Fabián, “Incidencia del Movimiento Indígena en la ley que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios en Chile”, en Fernández, Margarita y Salinas, Javier [Compiladores], *Defensa de los derechos territoriales en Latinoamérica*, (RIL Editores), 2012.
4. Seelau, Laura y Seelau, Ryan, “Entre todo o nada: la libre determinación indígena y los espacios para su ejercicio en Chile”, en Fernández, Margarita y Salinas, Javier [Compiladores], *Defensa de los derechos territoriales en Latinoamérica*, (RIL Editores), 2012.
5. Seelau, Laura y Seelau, Ryan, “Protegiendo sus territorios: coadministración entre comunidades atacameñas y el Estado chileno en Valle de la Luna”, en Fernández, Margarita y Salinas, Javier [Compiladores], *Defensa de los derechos territoriales en Latinoamérica*, (RIL Editores), 2012.

Nº REPORTES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ACERCA DE CHILE

1. Amnistía Internacional, *Informe Anual: El estado de los derechos humanos en el mundo*, (Editorial Amnistía Internacional) 2012.
2. Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, *La Justicia en Construcción, Derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación en América Latina*, (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género) 2012.
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en las Américas”, (Organización de los Estados Americanos) 2012.
4. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Indicadores de Derechos Humanos”, (Organización de las Naciones Unidas) 2012.
5. Organización Internacional del Trabajo, *Panorama Laboral 2011: América Latina y el Caribe*, (Organización Internacional del Trabajo) 2012.

