ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2011

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2011

©Ediciones Univerisidad Diego Portales

Primera edición: agosto de 2011

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

ISBN: 978-956-314-138-2

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

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

Todos los derechos reservados

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2011

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Palabras del Decano *11*

Palabras del Director *13*

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de La Ley de Isapres: Mitos y Realidades de un Fallo Histórico
Santiago Montt y José Luis Cárdenas *17*

La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de ISAPRES en el Tribunal Constitucional
Francisco Zúñiga Urbina..... *54*

Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?
Jorge Correa Sutil..... *96*

El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento
Jorge Contesse y Domingo Lovera..... *127*

El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la gestión de su auctoritas.
Raúl Letelier Wartenberg 152

Reformas políticas presentadas por el Ejecutivo
Gonzalo García Pino 167

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros
Dominique Hervé 189

El principio de legalidad del gasto público en materia financiera
Julio Pallavicini Magnère.....209

Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa
Matías Guiloff 231

Comentario a las sentencias 2010 de la Corte Suprema
Luis Cordero Vega.....243

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Karen Atala vs. La Heteronormatividad: reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual
Alma Beltrán y Puga 259

Patrones de conducta en los intentos de desestabilización democrática en Ecuador: El levantamiento policial de 2010
Jaime Baeza Freer y Miguel Ángel López Varas 288

De Londres a Kampala: ¿Hacia una definición del crimen de agresión?
Claudia Cárdenas.....305

La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia por Kosovo.
Ximena Fuentes Torrijo 325

Avances sobre la Responsabilidad Corporativa por Complicidad Financiera. La Relevancia del Caso Chileno y el Informe Cassese.
Juan Pablo Bohoslavsky y Mariana Rulli.....340

La Decisión sobre Aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos "A, B and C v. Ireland"y su importancia para el Sistema Interamericano
Verónica Undurraga.....377

Los Tratados Bilaterales de Inversión de Estados miembros de la UE antes y después del Tratado de Lisboa: efectos, desafíos y oportunidades
Juan Pablo Arístegui 408

SECCIÓN COLOQUIOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Constituciones duraderas. Una crítica democrática.
Allan C. Hutchinson y Joel Colon-Rios 437

El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno
Miriam Henríquez Viñas 461

La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional chileno
Kamel Cazor y Matías Guiloff.....478

Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad
Fernando Muñoz.....502

El modelo democrático de la Constitución de 1980: la fuerza de la igualdad
Tomás Vial Solar.....525

SECCIÓN RECENSIONES

Viviendo una época secularizada
Una recensión de A Secular Age de Charles Taylor
Patricio Zapata Larraín 539

Una reflexión histórica sobre el constitucionalismo y el Estado en Hispanoamérica
José Ignacio Vásquez Márquez 547

Catálogo de Publicaciones *2010*.....555

PALABRAS DEL DECANO

Para la Universidad Diego Portales y en especial para esta Facultad de Derecho, es un honor presentar a la comunidad jurídica nacional esta segunda versión del *Anuario de Derecho Público UDP*. Esta publicación, que viene a dar continuidad a un trabajo que el Programa de Derecho Constitucional de nuestra Facultad comenzó el año pasado, tiene como objetivo dar cuenta y analizar los principales sucesos ocurridos el año anterior en materia de derecho público.

Como se advertirá en el presente *Anuario*, durante el año 2010 ocurrieron hechos relevantes e interesantes de analizar desde el punto de vista del Derecho Público, no solo por la importancia social y política que revistieron, sino también por sus consecuencias estrictamente jurídicas. Una Facultad de Derecho como la de la Universidad Diego Portales, con una continua preocupación por el Derecho Público, no podía estar ajena a estos hechos y sus análisis. El *Anuario de Derecho Público* es una muestra de ello.

El *Anuario* reúne diversas voces analíticas –y en ocasiones críticas— respecto a sucesos que tuvieron directa relación con el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional Público y el Derecho Administrativo, lo que es una muestra de los significativos cambios que ha vivido el país en materia jurídica y cómo nuestro ordenamiento jurídico responde a esas nuevas realidades o de qué manera debiera responder.

Nos parece que el presente *Anuario*, en su segunda versión, constituye la consolidación de una publicación que en un lenguaje cercano –pero no por eso menos riguroso- será un aporte para toda la comunidad jurídica nacional.

Juan Enrique Vargas Viancos
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

PALABRAS DEL DIRECTOR

Es con gran satisfacción que presentamos esta segunda versión del *Anuario de Derecho Público UDP*, publicación que analiza críticamente los desarrollos jurídicos (reformas constitucionales y legales, tratados internacionales, jurisprudencia nacional e internacional, etc.) más importantes ocurridos en el campo del Derecho Público durante el año 2010. En efecto, la publicación que el lector tiene en sus manos representa para el *Programa de Derecho Constitucional* de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales la consolidación de un proyecto que ha convocado a destacados juristas del país que han contribuido generosamente a describir y analizar los sucesos más importantes ocurridos en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo chileno, así como del Derecho Internacional Público.

Como lo señalábamos en la presentación del *Anuario del Derecho Público UDP* del año pasado, este esfuerzo editorial es único en su especie en nuestro país, y sería imposible sin el concurso de especialistas de diferentes universidades nacionales y extranjeras que han colaborado con entusiasmo en el mismo. Gracias a esto, en el presente *Anuario* se presentan trabajos que analizan cuestiones tan trascendentes como la declaración de la inconstitucionalidad de parte de la Ley de Isapres, el conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros, y las incidencias del "*Caso Atala*" en el Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos, por mencionar sólo algunos de los 24 artículos de que consta esta publicación.

Por otra parte, y complementando las secciones habituales de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público, recensiones de libros, y la que recoge trabajos inéditos presentados en los "*Coloquios de Justicia Constitucional*" (que organiza nuestro '*Programa de Derecho*

Constitucional'), a partir de este *Anuario* hemos introducido una nueva sección denominada "*Catálogo de artículos y libros publicados*", que pone a disposición del lector una exhaustiva recopilación de los trabajos publicados en el campo del Derecho Público en el país durante el año anterior. Este ejercicio, que podría parecer redundante en esta 'era de la información', nos parece representa un servicio a la comunidad de personas interesadas en el Derecho Público, ya que ofrece de manera 'amigable' una recopilación de todas las publicaciones realizadas en Chile en este ámbito. Uno de los aspectos interesantes de este ejercicio fue constatar que la estadística arroja que en el país se está produciendo un importante volumen de trabajos científicos en el campo del Derecho Público, que alcanzó en el año 2010 la cifra de 242 artículos y 35 libros. Esta nueva sección, que fue preparada por un equipo de ayudantes de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales liderados por el Secretario de Redacción del *Anuario*, Juan Pablo González, esperamos represente una herramienta útil tanto para académicos, abogados, actores del sistema legal en general y estudiantes de derecho.

Antes de finalizar estas breves palabras, quisiera agradecer muy sinceramente el decisivo apoyo que el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Juan Enrique Vargas, ha prestado a esta iniciativa, así como a los integrantes del Comité Editorial del *Anuario* (Lidia Casas; Jorge Contesse; Luis Cordero; Jorge Correa Sutil; Rodolfo Figueroa; Matías Guiloff; Domingo Lovera; Judith Schonsteiner y Tomás Vial), así como al Secretario de Redacción del mismo, Juan Pablo González. También, reiteramos nuestro agradecimiento al Director de Ediciones Universidad Diego Portales, Matías Rivas, y a su eficiente colaboradora, Daniella González. Finalmente, apreciamos mucho el riguroso trabajo de edición de Sergio Missana.

Esperamos que este *Anuario* sea un aporte al debate jurídico nacional, que apoye el trabajo de juristas, legisladores, jueces, fiscales, defensores y otros servidores públicos, abogados del foro, profesores y estudiantes de derecho, así como también el de especialistas de otras disciplinas que se interesen por el Derecho Público.

Javier Couso S.
Profesor de Derecho Constitucional

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES: MITOS Y REALIDADES DE UN FALLO HISTÓRICO

Santiago Montt y José Luis Cárdenas [1]

El presente artículo analiza la sentencia Rol 1710-10-INC, dictada por el Tribunal Constitucional, intentando desentrañar su verdadero sentido y alcance, el que, en opinión de los autores, ha sido bastante tergiversado. Además, analiza los posibles efectos colaterales de dicha sentencia, considerándola un punto de inflexión en la historia del Derecho Constitucional Económico chileno.

1. Introducción

La sentencia Rol 1710-10-INC (en adelante la Sentencia 1710), dictada el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Constitucional (en adelante el TC),[2] declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres) cuyo texto, refundido, coordinado y sistematizado, se encuentra en el D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud (DFL 1).

La Sentencia 1710 es probablemente el punto cúlmine del profundo cuestionamiento judicial tanto al mercado de los seguros privados de salud regulados[3] como a sus proveedores, las Instituciones de Salud Previsional (Isapres)[4].

1 Santiago Montt O., Abogado (Universidad de Chile), LLM y JSD, Yale University, y MPP, Princeton University, Director del Centro de Regulación y Competencia (hasta marzo de 2011), Universidad de Chile.
José Luis Cárdenas T., Abogado (Universidad de Chile), LLM y Doctor en Derecho de la Universidad de Freiburg (Alemania). Académico invitado de la Facultad de Derecho y la Facultad de Medicina, Universidad de Chile.

2 Ver http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1479

3 En nuestro país también existe un mercado de seguros privados de salud no regulados, que comprende típicamente a los seguros de salud complementarios y catastróficos. Estos seguros son proveídos por compañías de seguros y no por Isapres.

4 Solo en la Corte de Apelaciones de Santiago ingresaron, durante 2010, 7.368 recursos de protección contra las Isapres (81% del total de ingresos), referidos a las adecuaciones de los precios base, representando un alza del 18% respecto del año 2009. Ver http://diario.latercera.

Como es sabido, dicho mercado ha sido impactado, por un lado, por miles de sentencias recaídas en acciones de protección seguidas ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema y, por el otro, por un sinnúmero de sentencias dictadas en procesos de inaplicabilidad seguidos ante el TC[5].

Todas estas acciones de carácter constitucional han apuntado al corazón mismo del negocio de las Isapres: el precio que estas están autorizadas a cobrar a los afiliados por los planes de salud contratados. Los pronunciamientos jurisdiccionales en cuestión han tenido y van a seguir teniendo –*ceteris paribus*– un efecto directo esperable en la rentabilidad del negocio de las Isapres, al acotarse, por un lado, las posibilidades de estas para traspasar al precio base del plan de salud las variaciones de sus costos y, por el otro, ajustar dicho precio base conforme al perfil de riesgo del afiliado.

La Sentencia 1710 se relaciona con la denominada *Tabla de Factores* de los contratos de salud que, junto con el *precio base*[6] de éstos, son los elementos legalmente establecidos para determinar el precio final aplicable a cada caso en concreto[7]. De acuerdo a nuestra legislación –artículo 170 letra n) del DFL 1–, la *Tabla de Factores* se define como

> [A]quella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que

---

com/2011/01/30/01/contenido/pais/31-57815-9-recursos-contra-isapres-representan-un-81-del-total-de-acciones-en-los.shtml.

5 En torno al 20% de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2010 se refirieron al artículo 38 ter de la Ley de Isapres (actual artículo 199 del DFL 1), que se relacionan con la denominada *Tabla de Factores*, según la información disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_eras. El panorama para el año 2011 no pareciera ser diferente.

6 Según el artículo 170, letra m), frase primera, DFL 1, el *Precio Base* de un plan de salud es el "[A]signado por la Institución a cada plan de salud", indicándose, además, en su frase segunda, que "[s]e aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan".

7 Es decir: $P_f = P_b * F_r$. Donde: P_f, es el *Precio Final* a pagar por el cotizante por un plan de salud; P_b, es el *Precio Base* del respectivo plan de salud; y, F_r, es la *Factor de Riesgo*, incluido en el respectivo plan de salud.

no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.

Desde la perspectiva de los seguros de salud, la *Tabla de Factores* se enmarca dentro de las denominadas *primas ajustadas por riesgo*, esto es, aquellas que varían "de acuerdo al gasto esperado en salud de cada individuo o de la probabilidad de enfermarse y es calculada usando un índice de riesgo basado en variables tales como sexo, edad y estado de salud".[8] El fundamento de este sistema es simple. Dejando de lado por un momento los mecanismos de solidaridad y/o subsidios cruzados, las Isapres, como cualquier otro negocio, deben cobrar a cada afiliado una cantidad superior al costo esperado que ese afiliado tendrá en términos de prestaciones de salud a pagar por la Isapre. Los costos esperados dependen de una serie de factores que se denominan, en general, *perfil de riesgo* del afiliado.

Este artículo presenta un breve comentario sobre la Sentencia 1710 que, con fundamento constitucional, restringió la libertad regulatoria del Congreso y las autoridades administrativas en el uso de un sistema de primas ajustadas por riesgos en el ámbito de la salud y la seguridad social. El mismo consta de dos partes. En la primera parte revisamos atentamente el contenido de esta sentencia. Nuestro objetivo es establecer el correcto alcance de la misma en el marco del proceso de reforma legal de la Ley de Isapres actualmente en curso. Como es sabido, hoy se discute en el Congreso la denominada *Ley Corta II*, que "**[i]ntroduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud"**[9]**.**

Concretamente, nos abocamos a *desmitificar* cuatro *mitos*[10] complejos que circulan en nuestro medio sobre el alcance de la Sentencia 1710, **los que pueden condicionar peligrosamente la discusión parlamentaria, llevándola a extremos no insinuados por el TC en su decisión, con efectos nocivos en términos del bienestar social. Estos mitos son los siguientes:** (a) que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres *define el contenido* de la denominada *Tabla de Factores*;

8 Ver, por todos, Vargas, Verónica, "Una metodología para ajustar y compensar las diferencias de riesgo entre el sistema público y privado de salud en Chile", 2005, http://www.economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/e-24.pdf, p. 2.

9 Ingresada el 16 de marzo de 2011, Boletín N° 7539-11.

10 En su cuarta acepción: "Persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen", RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 Edición.

(b) que dicha Tabla habría sido *derogada*[11] por la Sentencia 1710; (c) que se prohibió discriminar entre hombres y mujeres para efectos de la determinación del precio final de un plan de salud[12]; y (d) que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (actual artículo 199 del DFL 1) vulnera materialmente ciertos derechos fundamentales.

La discusión de los mitos nos lleva a un análisis y crítica de la realidad de la Sentencia 1710 en la segunda parte de este artículo: la decisión del Tribunal se fundó en el viejo concepto de reserva legal. La discusión académica se ha centrado en la igualdad y la seguridad social, pero ha pasado por alto este punto crucial del fallo que conviene revisar con mayor atención. En nuestro concepto, la Ley de Isapres, que establecía una forma de desregulación parcial de los precios que las Isapres estaban autorizadas a cobrar, poseía densidad normativa de sobra para pasar los *tests* exigidos por nuestra Constitución. La afirmación de que los precios desregulados violan el principio de la reserva legal resulta así una peligrosa inversión de este principio liberal destinado a proteger al ciudadano de la arbitrariedad administrativa.

Concluimos señalando algo que uno de nosotros ya afirmó, citando al juez norteamericano Holmes, en un comentario anterior: "los grandes casos producen mal Derecho"[13]. En definitiva, la Sentencia 1710, en tanto declaración de inconstitucionalidad, debe ser leída, interpretada y aplicada desprovista de sus mitos y, en tanto fallo, debe ser considerada un precedente complejo en materia de reserva legal, debiendo mantenerse su fundamento y raciocinio estrictamente vinculado a los hechos del caso, sin que pueda ser invocado en otros mercados distintos a los del seguro privado de salud regulado (potencial *efecto colateral*).

11 Ver diario *La Nación*, 2 de junio de 2010, "Al abolir el 38 ter, podría interpretarse que ya no existe ninguna regulación del precio de la Isapre", aseguró el Ministro de Salud Jaime Mañalich, (http://www.lanacion.cl/derogacion-de-tabla-de-factores-apuraria-ley-corta-de-isapres/noticias/2010-06-01/224248.html); diario *La Tercera*, 17 de febrero de 2011, "Suprema impide que Isapre aplique tabla de factores después de su derogación", disponible en: http://latercera.com/noticia/nacional/2011/02/680-345790--9-suprema-impide-que-isapre-aplique-tabla-de-factores-despues-de-su-derogacion.shtml

12 Ver diario *La Nación*, 10 de agosto de 2010, "[...] luego de analizar la sentencia con Andrés Romero, ex fiscal del Ministerio de Salud 'y uno de los redactores de la ley de reforma'; con Ulises Nancuante, ex intendente de Seguros y con Manuel Inostroza, ex superintendente de Salud, llegaron a la conclusión de que ninguna fórmula 'podrá discriminar por sexo' [...]" (http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100809/pags/20100809233923.html)

13 Montt Oyarzún, Santiago, "Sistema de Isapres y Constitución", en *El Mercurio*, A2, 7 de junio de 2010.

2. Desmitificando algunos mitos relativos a la Sentencia 1710

Shore recientemente ha escrito sobre la conexión entre políticas públicas y mitos. Según explica, las políticas proveen un soporte estructural, una narrativa, que justifica, unifica y tonifica la acción pública:

> [Q]ue las políticas, al igual que los mitos, proveen un 'plan de acción'. Como los mitos, las políticas públicas ofrecen narrativas retóricas que sirven para justificar –o condenar– el presente, y algo más usual, para legitimar a quienes están en posiciones de autoridad establecidas. Como los mitos, las políticas a su vez proveen de medios para unificar el pasado y el presente, de tal manera que otorguen coherencia, orden y certeza a las acciones a menudo incoherentes, desorganizadas e inciertas del gobierno. Finalmente, como los mitos, las políticas también proveen una zona de alianza, una manera de unir a la gente en pro de una meta o finalidad común y un mecanismo para definir y mantener las fronteras simbólicas que nos separan a 'nosotros' de 'ellos'[14].

No cabe duda que la Sentencia 1710 constituye un golpe a una determinada forma de hacer política pública en el ámbito de la salud. El Tribunal ha criticado el enfoque individualista del seguro privado en tanto pilar del sistema de seguridad social de la salud de los grupos más acomodados en Chile. Ahora bien, el lenguaje utilizado por el Tribunal es más expansivo que el alcance concreto que los Ministros de la mayoría quisieron dar a su propia sentencia. Consideramos en definitiva esencial desmitificar algunos mitos de la citada decisión jurisdiccional.

2.1. Primer mito: el artículo 38 ter de la Ley de Isapres define el contenido de la *Tabla de Factores*

El primer mito a tratar aquí se refiere más bien a la ley que a la sentencia del TC y dice relación con la falsa noción que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (actual 199 del DFL 1) define el contenido de la *Tabla de Factores*. Dicha norma, que fue parcialmente declarada inconstitucionalidad por la Sentencia 1710, dispone lo siguiente:

14 Shore, Chris, "La antropología y el estudio de la política pública: Reflexiones sobre la 'formulación' de las políticas", en *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, N° 10, (Universidad de los Andes) 2010, p. 32.

Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente [esto es, precios base], el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas: **1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo**, y 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.
>
> Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197. (Lo destacado por los autores es la parte declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional).

Un análisis del contenido normativo de este artículo demuestra que el mismo no regula el contenido sino solamente la arquitectura básica de la Tabla. En efecto, el inciso primero se refiere a la forma del cálculo del *precio final* (P_f) aplicable a cada contrato de salud, es decir, al resultado de multiplicar el Precio Base (P_b) por la Tabla de Factores (F_r). En términos matemáticos, $P_f = P_b * F_r$[15].

Por su parte, el inciso segundo de la norma en análisis confiere a la Superintendencia de Salud (en adelante la Superintendencia) la *potestad normativa* para fijar la estructura de las *Tablas de Factores*, estableciendo los tipos de beneficiarios, según *sexo* y condición de cotizante o carga, y los *rangos de edad* que se deban utilizar.

De conformidad a lo anterior, el inciso tercero, numerales 1 a 3, fija el marco dentro del cual la Superintendencia puede fijar la citada estructura. Tales numerales establecen claramente que la discrecionalidad de la Superintendencia se refiere únicamente a la determinación de los *rangos de edad*, excluyendo cualquier otro elemento de la Tabla.

Seguidamente, el numeral 4 del inciso tercero mandata a la Superintendencia para fijar, cada diez años, la *relación máxima* entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo (*relación máxima*). Sin perjuicio de lo anterior, la *relación máxima* quedó fijada a nivel legal en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015[16], norma que dispone que

15 Ver, nota 6.

16 Cuerpo normativo que incorporó el artículo 38 ter a la Ley de Isapres.

"La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres". Dicha relación máxima rige hasta el 1 de julio de 2015.

Cabe notar que, en ejercicio de la potestad normativa mencionada, la Superintendencia dictó el 2 de junio de 2005 la Circular N° 6 que "Imparte Instrucciones sobre la Estructura de las Tablas de Factores de los Planes de Salud Complementarios"[17]. Concretamente, dicha Circular estableció la estructura de la *Tabla de Factores* por grupos de edad. Se trata de una matriz que tiene por filas los grupos de edad y por columnas, las categorías de cotizante masculino, cotizante femenino, carga hombre y carga mujer. Para efectos de normalización (sin ningún impacto sustantivo), la estructura de la Superintendencia determinó el grupo de referencia o factor de riesgo 1,0, el que correspondió al "cotizante masculino para el grupo de edad comprendido entre los 30 y 34 años".

Conforme a este análisis de texto, es fundamental destacar que, así como el artícuo 38 ter no dio contenido a la Tabla de Factores, la Circular N° 6 tampoco lo hizo. Por lo demás, así lo reconoce expresamente el punto 2.2 de la misma. Ni siquiera la *relación máxima* entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla fue fijado por la Superintendencia en la Circular N° 6, pues, como hemos indicado, dicha relación quedó establecida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 (hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y 14 veces, en el caso de los hombres).

En el esquema regulatorio que analizamos, son las Isapres las que dan contenido a las *Tablas de Factores*. El precio que pueden cobrar las Isapres es parcialmente desregulado pues las empresas en cuestión mantienen la libertad de cobrar lo que estimen pertinente –mediante la determinación del precio base y de los factores de la tabla de factores– en el marco de las restricciones a que hace referencia el artículo 38 ter de la Ley de Isapres. En materia de los factores, así lo indica expresamente el inciso 4° de la norma analizada: las Isapres "serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen". El principio en juego no es otra cosa que la regla general de la economía de mercado: cada empresario es libre de determinar sus precios, principio que es conveniente y que hemos adop-

17 http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-908_recurso_1.pdf. En relación a la base técnica utilizada por la Superintendencia, véase Cid P., Camilo y Muñoz V., Alberto, "Estructura de la Tabla de Factores de Riesgo del Plan Complementario del sistema Isapre", Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, 2005, http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-1061_reurso_1.pdf

tado como política pública porque, en la medida en que el mercado sea competitivo, los empresarios se ven obligados a fijar precios tan bajos como puedan (en competencia perfecta, el precio resulta así ser igual al costo marginal, P = CM).

De este modo, cuando los mercados de seguros funcionan apropiadamente, las empresas compiten por proveer mejores servicios por precios más bajos (y no compiten por quien se queda con una mejor cartera de clientes o *riesgos buenos*). Para ello, en ausencia de solidaridad y/o subsidios cruzados, las empresas deben poder cobrar a cada cliente al menos su costo futuro esperado en pagos de prestaciones de salud (P = CM).

Mientras mayor precisión tenga una Isapre en esta determinación, más benignos serán los factores que establezca para los afiliados. Ahora bien, si la Isapre se equivoca a favor del afiliado (esto es, fija el factor muy bajo dado el perfil de riesgo), el conjunto de los potenciales afiliados beneficiados que están en dicha situación se cambiará a esa Isapre para aprovechar el diferencial (pagan menos de lo que cuestan). Igualmente, si la Isapre se equivoca en contra del afiliado, la categoría completa de afiliados respectiva se fugará a otra empresa en busca de mejores factores. Este fenómeno se denomina *selección adversa* en la literatura de los seguros y su fundamento es la mayor información que tienen los asegurados sobre su propia salud que la que tiene la aseguradora.

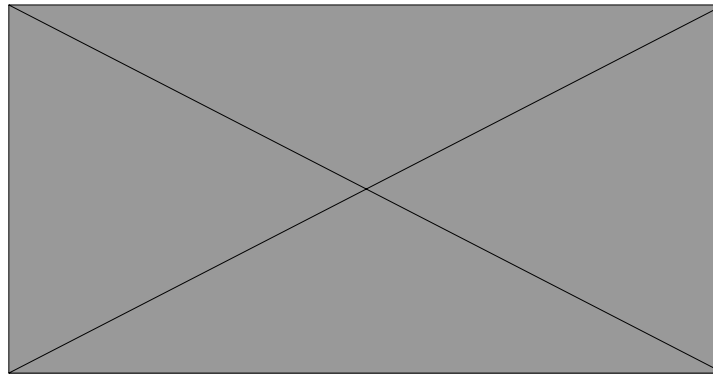
En cuanto a las restricciones regulatorias, como hemos visto, el artículo 38 ter de la Ley de Isapres solo permite que las Isapres compitan por factores que estén definidos conforme a tres dimensiones: grupos de edad, género y condición de carga. Cada Isapre tiene entonces la presión competitiva por dar con las proyecciones de costos más precisas para cada grupo respectivo a fin de generar los factores de riesgo más *benignos* en el contexto de las limitaciones definidas en la ley.

El punto de partida, entonces, para toda Isapre que quiere fijar sus precios competitivamente, es basarse en la curva de costo estadístico de la población para cada rango de edad y diferencia de sexo[18]. Es importante notar que la economía de la salud muestra que esta curva no es muy diferente entre distintos países y que, en síntesis, las mujeres son, durante casi toda su vida, más caras que los hombres y que los costos de salud aumentan progresivamente con la edad (salvo durante los primeros dos

18 Ver Cid P., Camilo y Muñoz V., Alberto, "Evaluación de las Tablas de Factores en comercialización de las Isapres abiertas", Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, 2008, http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4379_recurso_1.pdf

años de vida). El siguiente cuadro grafica esta realidad de los gastos de salud:

Evolución de la Curva de Gasto



Fuente: Superintendencia de Salud (2007).

A modo de ejemplo, reproducimos a continuación una *Tabla de Factores* completada por una Isapre con los factores de riesgo de su elección, sobre la base de la arquitectura de la Ley de Isapres y de la *estructura* de grupos de edad definida por la Superintendencia. Nótese que, en esta tabla, la *relación máxima* es de 9.45 para el cotizante masculino, y de 8.18 para el cotizante femenino.

Tabla de Factores Completada por una Isapre

Grupos de Edad	Cotizante Masculino	Cotizante Femenino	Carga Hombre	Carga Mujer
0 a menos de 2 años	1,75	1,75	1,75	1,75
2 a menos de 5 años	0,95	0,80	0,95	0,80
5 a menos de 10 años	0,65	0,55	0,65	0,55
10 a menos de 15 años	0,55	0,55	0,55	0,55
15 a menos de 20 años	0,60	0,70	0,55	0,65
20 a menos de 25 años	0,60	1,40	0,55	1,15
25 a menos de 30 años	0,80	2,15	0,60	1,55
30 a menos de 35 años	1,00	2,65	0,75	1,90
35 a menos de 40 años	1,25	2,55	0,90	1,75
40 a menos de 45 años	1,35	2,25	1,00	1,55
45 a menos de 50 años	1,60	2,45	1,20	1,70
50 a menos de 55 años	1,80	2,70	1,35	1,90
55 a menos de 60 años	2,40	3,00	1,85	2,05
60 a menos de 65 años	3,10	3,50	2,65	2,50
65 a menos de 70 años	3,60	3,70	3,30	3,00
70 a menos de 75 años	4,20	3,80	3,95	3,50
75 a menos de 80 años	4,80	4,50	4,50	4,50
80 y más años	5,20	4,50	5,20	4,50

Fuente: Superintendencia de Salud

Finalmente, cabe agregar que la *Tabla de Factores* así definida por cada isapre pasa a formar parte del contrato de salud celebrado con el afiliado (artículo 170, letra n del DFL 1). Es decir, la Tabla de Factores es un instrumento regulatorio que además pasa a formar parte del estatuto contractual que une a la Isapre con el afiliado.

Mito desmitificado: El artículo 38 ter de la Ley de Isapres *no define el contenido* de la denominada Tabla de Factores. Dicha disposición solo establece una cierta arquitectura básica, estableciendo además la potestad normativa de la Superintendencia para fijar su *estructura*, pero sin incluir factor de riesgo alguno. Son las Isapres las que dan contenido a sus *Tablas de Factores*, definiendo los correspondientes *factores de riesgo*, sobre la base de la arquitectura contemplada en el artículo 38 ter, la estructura de grupos de edad definida por la Superintendencia en la Circular N° 6 y la relación máxima contemplada en el artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.015.

2.2. Segundo mito: la *Tabla de Factores* fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional

Existe un segundo mito conforme al cual el TC habría declarado inconstitucional la Tabla de Factores –esto es, el uso de factores en la determinación del precio final y el uso de la fórmula $P_f = P_b * F_r$– proscribiendo su uso en materia de contratos de salud.

Esta idea es equivocada. La parte resolutiva de la Sentencia 1710 no declaró inconstitucional la arquitectura básica de la Tabla de Factores contemplada en la Ley de Isapres, sino solo la delegación a la Superintendencia de la determinación de su estructura general por grupos de edad y de la relación máxima, sin la necesaria programación legal (numerales del inciso 3° del artículo 38 ter). Así consta de la parte pertinente de la sentencia citada:

> VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 6°, 19, N°s. 2°, 9° y 18°, 63 y 93, inciso primero, N° 7°, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL

> INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES.
> PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INaCONSTITUCIONALES.

A *contrario sensu*, es posible concluir que los siguientes elementos del marco regulatorio de los seguros privados de salud siguen estando vigentes:

> (a) La necesidad de calcular el *precio final* de un plan de salud a partir del *precio base* multiplicado por el correspondiente *factor de riesgo* contenido en la Tabla de Factores del contrato (inciso 1° del artículo 38 ter);
>
> (b) La *relación máxima* establecida en el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015: hasta 9 veces en el caso de las mujeres y de 14 veces en el caso de los hombres (vigente hasta el 1 de julio de 2015);
>
> (c) La libertad empresarial de fijación de los factores de riesgo (y del precio final) por parte de las Isapres (inciso 4° del artículo 38 ter).

La situación actual, donde una parte de la norma está vigente y otra parte derogada, es particularmente compleja. ¿Qué debe ocurrir con los contratos de salud mientras no se dicte una ley nueva que se haga cargo de esta situación? En otros términos, ¿qué pasa con las tablas de factores ya aplicadas e incorporadas por las Isapres y los usuarios en los contratos de salud?[19] Tanto el TC como la Corte Suprema han dado una respuesta parcial al afirmar que los precios no pueden *subir* por aplicación de las tablas[20]. De acuerdo al Tribunal:

19 Nos referimos aquí no al instrumento regulatorio Tabla de Factores, sino a las tablas de factores concretas, con los factores de riesgo ya adoptados por las distintas Isapres.

20 No conocemos casos que hayan anulado el precio que *actualmente* cobre una Isapre o la situación excepcional de precios finales que bajen por efectos de la tabla (cuando un niño o niña cumple 2 años).

> [L]a inconstitucionalidad declarada por sentencia de este Tribunal deriva en que el precepto legal viciado quede total, completa y definitivamente erradicado del ordenamiento jurídico en vigor, como si no existiese erga omnes desde la referida publicación. Para lo que interesa, entonces, la sentencia de esta Magistratura, recaída en autos Rol N° 1.710, ha venido a afectar a la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto de 2010, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose[21].

Por su parte, la Corte Suprema (sala integrada por los Ministros Sergio Muñoz, Juan Araya, Pedro Pierry, Rosa Egnem y Roberto Jacob), en sede recurso de protección Rol N° 566-2011, resolvió, en febrero de 2011, que las Isapres han quedado imposibilitadas de subir los planes por aplicación de la tabla de factores:

> [E]l contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en estos antecedentes contempló entre sus cláusulas una habilitación a la Isapre para adecuarlo, entre otros rubros, por la mayor edad del cotizante y/o sus beneficiarios, facultad que ha quedado sin base de sustento legal y, aun más, que adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental, por lo que la pretensión de la Isapre Banmédica de incrementar el valor de la cotización mensual del plan suscrito por el recurrente [...] resulta ilegal y vulnera la garantía que la Constitución Política de la República asegura al actor en el número 24° de su artículo 19, al verse obligado el afiliado a desembolsar injustificadamente una suma superior a la que mensualmente entera por su plan de salud, por lo que el recurso de protección deberá ser acogido[22].

En nuestra opinión, tanto la argumentación del TC como de la Corte Suprema exceden el ámbito de competencia institucional y procedimental que corresponde a

21 Tribunal Constitucional, Rol N° 1552, 28 de octubre de 2010. Dicho criterio ha sido reiterado, cronológicamente, en las sentencias Roles N° 1677-10, 1657-10, 1626-10, 1609-10, 1648-10, 1690-10, 1649-10, 1661-10, 1783-10, 1776-10, 1628-10, 1585-10, 1616-10, 1713-10, 1689-10, 1725-10, 1787-10, 1617-10, 1726-10, 1768-10, 1589-10, entre otras.

22 Anteriormente, este criterio había sido acogido únicamente por el voto de voto de minoría de los Ministros Sergio Muñoz y Margarita Herreros en el recurso de protección Rol N° 4772-2010 del 15 de septiembre de 2010.

cada órgano. En sede de inaplicabilidad solo puede declararse inaplicable un precepto legal, no pudiendo el Tribunal pronunciarse sobre la situación de contratos en curso. En sede de recurso de protección no puede declararse la nulidad absoluta de una cláusula, pues ello solo es posible en un juicio de lato conocimiento. Por otra parte, el énfasis en la subida de precios no es relevante porque la Tabla de Factores siempre es aplicada para calcular el precio final, incluyendo los períodos en que el precio no sube.

Mito desmitificado: En síntesis, dado que la arquitectura legal de las Tablas de Factores no se encuentra contenida en el inciso 3° numerales 1 a 4 del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, cabe concluir que dicho instrumento regulatorio no fue derogado por la Sentencia 1710. La declaración de inconstitucionalidad se refiere únicamente a la delegación a la Superintendencia de Salud del poder de determinar la estructura de la tabla en lo que respecta al *rango de edad* (numerales 1 a 3 del artículo 38 ter), así como la potestad de dicha Superintendencia de establecer la *relación máxima* cada 10 años (numeral 4 del artículo 38 ter).

2.3. Tercer mito: la Sentencia 1710 prohibió cualquier diferenciación de precios entre hombres y mujeres y/o por edades para efectos de la determinación del precio final

Contrariamente a lo afirmado por el mito, la Sentencia 1710 no prohibió la diferenciación de precios entre hombres y mujeres ni tampoco el cobro diferenciado por tramos de edad[23]. Un examen atento de los distintos considerandos del fallo así lo demuestra.

En efecto, en el considerando 145°, situado en el Capítulo IV de la parte considerativa, denominado *la dilucidación del examen de constitucionalidad*, lugar de la sentencia donde realiza la revisión de constitucionalidad propiamente tal, el Tribunal dispuso que "las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, **no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable**" (énfasis agregado). En otras palabras, el uso de factores de trato desigual que se funden en edad o género no son *per se* inconstitucionales a juicio del TC. Su constitucionalidad dependerá de que tengan *base razonable* o que no sean *desproporcionadas*.

23 A diferencia del fallo reciente de la Corte Europea de Justicia, que sí prohibió cualquier forma de diferenciación de precios entre hombres y mujeres en cualquier mercado de seguros. Ver *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and others v Conseil des ministres*, Caso C-236/09, [2011] WLR (D) 67.

Más adelante, en el mismo contexto, el considerando 148° de la Sentencia 1710 manifiesta que:

> [L]a diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para **igualdades esenciales**, como son: *i*) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), *ii*) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), *iii*) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y *iv*) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución).

De estas afirmaciones tampoco se sigue que personas *esencialmente* iguales no puedan ser tratadas en forma distinta. Es más, el propio TC ha explicado anteriormente que igualdades esenciales pueden ser objeto de un tratamiento desigual. En el considerando 60° de la sentencia Rol N° 1273, donde se explicó y aplicó por primera vez en nuestro Derecho[24] el concepto de *igualdades esenciales*, el Tribunal señaló que:

> [E]stamos en presencia de una igualdad esencial cuando *"personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables"*. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y por ende inconstitucional, *tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales*. Además se agrega la denominada *"nueva fórmula"*, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, *a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual*. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación

24 Hay, en todo caso, antecedentes previos de análisis de proporcionalidad al revisar la aplicabilidad de un precepto legal que establecía una discriminación. Ver, por ejemplo, los considerandos 40° y 46° de la sentencia Rol N° 755-2007, aunque difícilmente pueda calificarse lo analizado como una *igualdad esencial*.

> en el sentido de *examen de proporcionalidad,* especialmente respecto de una diferencia de trato de *gran intensidad*, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto. (Énfasis agregado)

El concepto de igualdades esenciales y la *nueva fórmula*[25] se enmarcan dentro las construcciones jurisprudenciales de revisión de discriminaciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Sobre este punto, en Alemania, el trato desigual no se prohíbe, sino que se gradúa la intensidad de la justificación exigida al factor de trato desigual (*tertium comparationis*) utilizado por la norma[26]. Es decir, entre más esencial sea la igualdad a que se refiere la situación normativa, más exigente debe ser el *test* de constitucionalidad que se utilice para enjuiciar la diferenciación cuestionada[27].

No hay entonces una proscripción radical y frontal del uso de la edad y género como factores de diferenciación en la Ley de Isapres en la Sentencia 1710. Esto lo entendemos, *ex-post*, como consecuencia de dos consideraciones distintas. Primero, edad y género, como vimos anteriormente, son factores que

25 Comienza con la decisión denominada *Präklusion* del 7 de octubre de 1980 (BVerfGE 55, 72), donde se conceptualizó la *Neue Formel* (nueva fórmula) como *test* para las infracciones al artículo 3 inciso 1° del *Grundgesetz*. La formulación "[...] cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual", proviene, precisamente de dicha doctrina" ("[...] *wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können*"). Ver, entre otros, Martini, Mario, "Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung", en *Jus Publicum*, (Mohr Siebeck) 2008, p. 73; Hesse, K., "Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung", en *AöR*,109, 1984, p. 174 y ss; Bethge, *NJW*, 1991, p. 2391 y ss.

26 El desarrollo dogmático-constitucional alemán comenzó con el estándar del *Willkürverbot* (prohibición de la arbitrariedad); pasando a la *Neue Formel*, que agregó el *test* de proporcionalidad; para llegar, finalmente, a partir del año 1993, a la *Neueste Formel* (nuevísima fórmula = BVerfGE 88, 87, 96), que gradúa el estándar de revisión en base al *tertium comparationis* utilizado en la relación de igualdad; ver, entre otros, Somek, Alexander, *Rationalität und Diskriminierung - Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, (Springer Verlag) 2001, p. 344; Dugar, Sunjid, *Der Gleichheitsgrundsatz in Bezug auf das allgemeine Gleichhandlungsgesetz im deutschen und mongolischen Recht*, (Herbert Utz Verlag GMBH) 2009, p. 32 y ss. Algo estructuralmente similar, se observa en la jurisprudencia norteamericana que distingue entre *strict scrutiny* (escrutinio estricto), *intermediate scrutiny* (escrutinio intermedio) y *rational basis* (sobre base racional); ver, entre otros, Kelso, Randall, "Standards Of Review Under The Equal Protection Clause And Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The 'Base Plus Six' Model And Modern Supreme Court Practice", en *Journal of Constitutional Law*, Vol 4:2, 2002; Wadhwani, J., "Rational Reviews, Irrational Results", en *Tex. L. Rev.*, 84, 2006, p. 801.

27 Ver, entre otros, Nogueira, Humberto, "Derecho a la Igualdad ante la Ley, la discriminación y acciones positivas", en *AFDUDC*, 10, 2006, pp. 799-831, donde se indica: "En tal perspectiva, puede sostenerse que mientras sea mayor o más intensa la injerencia en el derecho fundamental y más seguras sean las premisas relevantes, debe ser más estricto el escrutinio en base al principio de proporcionalidad" (p. 817).

naturalmente explican el perfil de riesgo de las personas, esto es, constituyen un dato duro que viene dado por la realidad. Segundo, si bien género puede ser una *categoría sospechosa*, que amerita un escrutinio más estricto del factor de diferenciación, edad no lo es,[28] menos aun en un país como Chile donde los mayores han tenido tradicionalmente mayor poder que los jóvenes[29].

Por lo demás, cabe notar que la utilización de los factores de riesgo edad y género para efectos de ajustar primas dentro del contexto de seguros de salud no es exclusivo del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. En efecto, no solo se utiliza en los seguros privados, sino también el sistema Auge o GES, regulado por la Ley N° 19.966. Así, el Decreto Supremo N° 142 de 2005 del Ministerio de Salud, aprobatorio del "Reglamento del Fondo de Compensación Solidario entre Instituciones de Salud Previsional a que se refiere La Ley N° 18.933" (DS 142), define en su artículo 2° N°11 el *Modelo de Compensación de Riesgos* que debe utilizarse en el *Fondo de Compensación Solidario*[30] en los siguientes términos:

> [L]a fórmula mediante la cual se determinan las primas ajustadas por riesgo. Se construye a partir de información para calcular el gasto esperado en salud de cada beneficiario por concepto de las prestaciones cubiertas por las Garantías Explícitas en Salud, durante un intervalo de tiempo determinado, y utilizando sólo al sexo y la edad como variables predictoras.

Seguidamente, el artículo 8, inciso 2°, N° 3 del mismo DS 142, indica que "[e]l modelo de compensación de riesgos se expresará en una tabla de factores de riesgo por grupos de sexo y edad".

Adicionalmente, existen numerosas otras disposiciones legales en nuestro ordenamiento jurídico que, en distintas materias, distinguen por edad o sexo, y así lo ha reconocido el propio TC. Respecto de criterios etáreos, ha indicado:

---

28 Ver, más abajo, nota 29 y texto acompañante.

29 En Estados Unidos, la edad no es categoría sospechosa y no recibe un escrutinio estricto. Ver. *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976) ("[While] the treatment of the aged in this Nation has not been wholly free of discrimination, such persons, unlike, say, those who have been discriminated against on the basis of race or national origin, have not experienced a 'history of purposeful unequal treatment' or been subjected to unique disabilities on the basis of stereotyped characteristics not truly indicative of their abilities").

30 *Ver*, por todos, Cid, Camilo, Fondo de Ajuste de Riesgo en el Sistema Isapre, http://www.mednet.cl/medios/eventos/economiasalud/docdescarga/Fondo_de_Ajuste_de_Riesgo_entre_Isapres20070427.pdf; por todos, Ibern, Pere, Panel de Expertos para la Evaluación del Fondo de Compensación Solidario entre Isapres, Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, 2008, http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4456_recurso_1.pdf.

Que la diferenciación por el criterio de edad no es, en sí misma, jurídicamente reprochable. Desde luego, es usual en el Derecho Público, tratándose, por ejemplo, de requisitos para ejercer derechos políticos activos y pasivos, o en el derecho privado para ser titular en el ejercicio de determinados derechos. En materia de derecho laboral y de seguridad social, por su parte, el factor edad es inherente a la fijación de requisitos para recibir determinadas prestaciones y ejercer el derecho a la jubilación. Las diferenciaciones señaladas, sin embargo, se ajustan al principio de que la relación jurídica no debe perjudicar al más débil, menos aun si tal condición escapa a la voluntad del afectado, como lo es el hecho de cumplir una determinada edad, lo que resulta observable en el asunto de autos[31].

Mito desmitificado: La Sentencia 1710 no prohibió la diferenciación de precios finales en los contratos de los seguros privados de salud basados en los factores de edad y género, sino que solo exigió una base racional al factor de diferenciación y, en el caso del género, que no sea desproporcionada.

2.4. Cuarto mito: el artículo 38 ter de la Ley de Isapres vulnera materialmente derechos fundamentales de las personas

Para derribar este cuarto mito es necesario analizar el andamiaje que constituye el reproche de constitucionalidad que realiza la Sentencia 1710 en contra del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. En síntesis, como veremos a continuación, el TC derogó los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso 3° del artículo 38 ter sobre la base de una infracción al principio de *reserva legal*[32] y no sobre la base de vulneraciones materiales a los derechos fundamentales.

Ciertamente no puede dudarse que el TC apoyó su argumentación en la dignidad de la persona humana (artículo 1ffl de la Constitución), la igualdad ante la ley (artículo 19 Nffl 2), el derecho fundamental a la protección de la salud (artículo 19 Nffl 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 Nffl

31 Considerando 69° de la sentencia Rol N° 1273-08.

32 Ver, entre otros, Cordero, Eduardo, "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria", en *Revista de Derecho*, XXXII, 2009, pp. 409-440; Marshall, "Pablo, Tabla de Factores de la Ley de Isapres y Derechos Fundamentales (Tribunal Constitucional)", en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, 2, 2010, pp. 247-264, donde se indica que "[...] el Tribunal tuvo la opción de construir su razonamiento de inconstitucionalidad sin incorporar la afectación sustantiva de derechos fundamentales. Ello podría haber sido logrado limitándose a la constatación de la infracción de la reserva de ley que también es mencionada. Existen, por tanto, razones basadas en distribución de competencias entre órganos estatales que hubieran bastado, según la concepción del Tribunal, para justificar la inconstitucionalidad".

18)[33]. No obstante lo anterior, si se revisa cuidadosamente los considerandos contenidos en el Capítulo IV de la parte considerativa de la Sentencia 1710, denominado *la dilucidación del examen de constitucionalidad*, se concluye que los cuestionamientos operativos de la sentencia se reducen a la forma e intensidad del reparto de competencias normativas, esto es, quién debe regular (legislador vs. administración) y con qué grados de discrecionalidad.

La referencia específica a la infracción a la reserva de ley la realiza el Tribunal en su análisis de cada uno de los derechos fundamentales que tuvo en consideración al resolver el caso. Así, en relación con la *igualdad ante la ley*, los considerandos 145° y 146° de la Sentencia 1710 realiza un intrincado análisis para conectar razonabilidad con reserva de ley:

> [E]n efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias *al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional* [el énfasis es nuestro] que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de *"instrucciones de general aplicación"*, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad.
>
> Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura [...], resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 [establece *relación máxima*], y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que *entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados* [el énfasis es nuestro], ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regula-

33 Ver, Nogueira, Humberto, "Protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-Inc., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, 2, 2010, pp. 763-798.

> ción de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo.

En materia de igualdad, lo reprochado es, en definitiva, la ausencia de *límites idóneos* impuestos legalmente (amplitud discrecional) para el ejercicio de una potestad administrativa discrecional. Este raciocinio es cuestionable, no solo por la falta de conexión entre razonabilidad y reserva de ley[34], sino porque en el caso de la *relación máxima* sí existía programación normativa legal clara y manifiesta. Como hemos visto, el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 fijó la *relación máxima* para el primer período de 10 años, prohibiendo relaciones superiores a 9 veces en el caso de las mujeres y a 14 veces en el caso de los hombres.

En lo que respecta al derecho fundamental a la protección de la salud, el TC igualmente decidió el caso sobre la base de una infracción al principio de reserva legal. El considerando 149° de la Sentencia 1710 dispuso que:

> [E]n relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, *no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente*. (énfasis agregado)

Nuevamente se observa que lo cuestionado es el reparto de competencias normativas, esto es, que la Superintendencia sea la llamada a determinar la estructura de la *Tabla de Factores* y, especialmente, que sean las Isapres las que las completen. Que no sea la ley la que acometa tal tarea es, en definitiva, lo reprochado, dado el impacto que la estructura normativa analizada tiene sobre el precio final de un plan de salud. Así se aprecia en el considerando 150°:

> Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde

34 Indudablemente, si la actuación administrativa posterior es irracional o desproporcionada podrá ser anulada por ilegal e inconstitucional. Pero afirmar una conexión esencial o inherente entre razonabilidad y reserva de ley carece de fundamento. En otras palabras, la *relación máxima* concreta que se elija entre el factor más bajo y el más alto de cada *Tabla de Factores* puede ser objeto de un análisis de *proporcionalidad* o *razonabilidad*, pero no una norma que habilita a una Superintendencia para fijar la estructura de la Tabla de Factores.

> la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo.

Respecto del grado de discrecionalidad de la Administración, se indica en el considerando 152° que:

> [L]os primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar *"las condiciones"* del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales.

La crítica al grado de libertad normativa de la Administración es luego profundizada en el considerando 153°:

> Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado... [E]l plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, *no se han fijado directamente por la ley "las condiciones" que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores.* Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca. (énfasis agregado)

Argumentos adicionales en contra del grado de libertad normativa definido por el artículo 38 ter se encuentran en el considerando 155°:

> Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del

> plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la *ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables*, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.
>
> El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios *desproporcionados* en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, *el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre*.
>
> Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución. (énfasis agregado)

Se concluye, en los considerandos 157° y 158°, que la amplitud de la discrecionalidad administrativa entregada por la norma analizada colisiona con el derecho fundamental a la protección de la salud y la exigencia de un mínimo de regulación de contenido legal:

> Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce *la amplitud no razonable que la disposición en examen permite*, especialmen-

te en los tramos de edad superiores, produce la calidad de "cotizante cautivo" que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional.

Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su validez como norma permanente habiendo transcurrido el primer período de diez años que este último contempla, cabe la interrogante sobre su conformidad con la exigencia constitucional dispuesta en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 citado. Esto es, como esta Magistratura ya lo ha expuesto, apreciar *si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre*. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben *determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales*. (énfasis agregado)

Finalmente, en relación al derecho a la seguridad social, en el considerando 151° se argumenta la infracción al principio de reserva legal en los mismos términos que los expuestos en materia de igualdad y salud:

Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las "materias básicas" de la seguridad social, él mismo *vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador*, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente –específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control. (énfasis agregado)

Es decir, la estructura argumentativa se repite: la *relación máxima* no puede ser determinada por la Superintendencia sin vulnerarse al mismo tiempo el principio de reserva legal. Asimismo, se concluye en el considerando 159°, en relación a este derecho fundamental, que:

> [E]n relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, *ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial*. (énfasis agregado)

La referencia a la reserva legal y su relevancia en el razonamiento de la Sentencia 1710 puede apreciarse también en las prevenciones de al menos tres ministros. Así, según indica el Ministro Bertelsen en su voto concurrente a la Sentencia 1710:

> [L]a consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Asimismo, los Ministros Vodanovic y Fernández Fredes (quienes estuvieron por declarar inconstitucional todo el artículo 38 ter de la Ley de Isapres) indicaron en su prevención que:

> [A]un para el evento de considerarse (como lo hace este fallo) que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los mon-

tos de las primas por los contratos de salud previsional no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, resulta inconcuso para estos previnientes que *ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las Isapres para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto*. Por ello, son también inconstitucionales todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten. Lo anterior se basa en el claro tenor del inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud *es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley*, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. (énfasis agregado)

Mito desmitificado: La Sentencia 1710 reprochó una vulneración al principio de reserva legal (forma e intensidad del reparto de competencias normativas) a partir de cómo se encontraba estructurado el artículo 38 ter de la Ley de Isapres en términos de delegaciones normativas a la Superintendencia de Salud. En estricto rigor, el TC no realizó reproches de vulneraciones materiales a derechos fundamentales. Todo el análisis de constitucionalidad está marcado por una crítica a la forma e intensidad del reparto de competencias normativas, esto es, quién debe regular y con qué grados de discrecionalidad.

Mito reinterpretado por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia de inaplicabilidad Rol 1572 posterior a la Sentencia 1710: Si bien la Sentencia 1710 es estricta y restringida en los fundamentos de la derogación declarada (infracción a la reserva legal y no infracción material a derechos fundamentales), el TC ha continuado expandiendo su visión constitucional en materia de regulación de los seguros privados de salud administrados por las Isapres. No podemos desconocer que el propio Tribunal ha reinterpretado y revivido algunos de los mitos antes criticados, haciendo menos claro el contenido y alcance de su posición sobre la materia.

A partir de la sentencia Rol 1572-09-INA, dictada el 30 de noviembre de 2010 (en adelante la Sentencia 1572), el TC ha sistematizado los reproches de cons-

titucionalidad analizados anteriormente bajo el título "Los estándares fijados en la sentencia de inconstitucionalidad, Rol N° 1710-10". Concretamente, en el considerando 35° de la Sentencia 1572, el Tribunal ha sistematizado su visión de fondo de cómo deberían ser regulados los contratos de salud administrados por Isapres:

> [L]a tabla de factores debe guardar proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N° 1710, considerandos 65°, 145° y 146°); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1710, considerando 156°); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol 1710, considerando 155°); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1710, considerando 160°); ni dar lugar a alzas que obliguen a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1710, considerando 157°).
>
> En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1710, considerandos 145° y 146°); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1710, considerandos 65° y 145°); tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1710, considerando 145°).
>
> En tercer lugar, en el mecanismo, si bien puede ser complejo, al intervenir distintos actores, el papel del afiliado debe ser esencial, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1710, considerando 153°; Rol N° 976, considerandos 14° y 15°); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1710, considerando 153°).
>
> Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1710, considerandos 148° y 155°) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1710, considerando 155°).

El Tribunal ha aclarado entonces cuáles son sus directrices de fondo que el futuro Congreso deberá cumplir al momento de establecer la nueva regulación en materia de seguros de salud. Las exigencias son ambiciosas y al mismo tiempo ambiguas, por lo que imponen desde ya un grado importante de incertidumbre regulatoria al proyecto de ley que ha sido ingresado al Congreso. Ya volveremos sobre estos puntos al revisar el tema central del fallo: la reserva legal.

3. Reserva legal y mercados desregulados: los derechos fundamentales no exigen que los precios sean regulados por ley

La anterior disección de la Sentencia 1710, a efectos de derribar algunos mitos que se han construido en su entorno, nos lleva a realizar aquí un breve análisis de su verdadero *holding*[35] o pilar fundamental: el principio de reserva legal y la falta de densidad normativa del inciso 3° numerales 1 a 4 del artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

3.1. Reserva legal y control constitucional de la ley

La relación del TC con el principio de reserva legal es problemática. Se trata de una válvula que le permite criticar esquemas regulatorio-administrativos que están fuera de su competencia revisora de leyes.

En todo caso, es importante destacar que el TC reconoció expresamente que su declaración no implicaba una vuelta a los viejos tiempos de la reserva legal absoluta, doctrina que exigía que toda la regulación sustantiva estuviera establecida en la ley[36]. Por el contrario, la infracción que se constató lo sería al principio de reserva legal en su versión *relativa*, donde únicamente lo esencial debe recibir regulación de rango legal. Así consta en el 123°:

> Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, "en las formas y condiciones que la ley determine". Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo "las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social" son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse

35 El holding o "determinación del tribunal de una cuestión legal que es esencial a la decisión del caso", es el opuesto al *obiter dicta*, o "comentario judicial hecho durante el curso de la deliberación en una decisión judicial". Ver Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (2nd Pocket Ed., (West) 2001.

36 Ver Carlos Carmona Santander, "Un nuevo estadio de la relación Ley-Reglamento: El ámbito del reglamento", en *Revista de Derecho Público*, 63, 2002, p. 154.

> extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa[37].

La reserva legal –la prohibición que impide al Congreso entregar ámbitos o materias al desarrollo administrativo– es un principio histórico que resulta difícil reconciliar con la arquitectura del Estado regulador del siglo XXI. En la actualidad, la idea de que las políticas públicas deban definirse íntegramente o incluso esencialmente en el Congreso resulta irreal e inconveniente.

Es irreal porque no hay manera de lograr dicho objetivo dada la complejidad de las intervenciones administrativas contemporáneas e inconveniente porque no hay ningún argumento sólido que permita sostener que dicha solución goza de mayor legitimidad democrática o que la normativa del Congreso sea *mejor* que la de la Administración[38]. En este contexto, una comprensión reforzada de la reserva legal relativa –esto es, el reconocimiento del amplio poder del Congreso para tratar legislativamente solo aquellas materias que estime necesario y en la profundidad que desee, y de entregar las demás al desarrollo del Ejecutivo– es la mejor opción interpretativa general[39].

En todo caso, aun asumiendo que nuestro texto constitucional demande una comprensión de la reserva legal en términos algo más estrictos tratándose de la igualdad, salud y seguridad social, nos parece poco persuasiva la queja del TC en el sentido de que la Ley de Isapres no pase la exigencia mínima constitucional de densidad legal. A modo de referencia, la principal reforma en materia de transporte público en la historia de Chile, el Transantiago, se hizo

37 Ver. también, el considerando 43° de la Sentencia 1572: "Que el tercer estándar que fijó la sentencia Rol N° 1710, es que si bien no estamos frente a un caso de reserva absoluta, pues sólo las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social (artículo 63 N° 4°) pertenecen al dominio legal del derecho a la protección de la salud, el Estado no puede renunciar a que se fijen en la normativa legal la forma y condiciones en que la ley determine el deber preferente del Estado para garantizar la ejecución de las acciones de salud (artículo 19 N° 9°)".

38 Ver Jerry L. Mashaw, "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions", en *Journal of Law, Economics, and Organization,* 1 1985, p. 81. Como resumen, ver Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, "Interring the Nondelegation Doctrine", en *University of Chicago Law Review*, 69, 2002, pp. 1721-1722, "[t]he nondelegation position lacks any foundation in constitutional text and structure, in standard originalist sources, or in sound economic and political theory".

39 El principio debe entenderse de naturaleza variable. Esto es, en ciertos ámbitos la Constitución puede interpretarse en el sentido de exigir reserva legal más estricta. Ejemplo: el Derecho Penal.

sobre la base de un artículo que no dice nada (artículo 3° de la Ley 18.696), sin recibir objeción constitucional[40]. Por contraste, el actual DFL 1 tiene 232 artículos, que corresponden a 131 páginas tamaño carta, extensión literaria que indudablemente constituye un indicador de su densidad normativa.

En nuestro concepto, y como intentaremos mostrar en la próxima sección, el principio de reserva legal sirvió de *chivo expiatorio* en tanto fundamento de la Sentencia 1710, pues sirvió de base para que el TC objetara implícitamente el fondo del esquema regulatorio en cuestión: que las Isapres tienen libertad para fijar los precios conforme a la lógica individualista de los seguros privados.
Por lo demás, desde una perspectiva constitucional de fondo, la posición adoptada por la Sentencia 1710 nos parece criticable. Las Isapres atienden solo a un 16% de la población, que corresponde mayoritariamente al sector de mayores ingresos. Nuestro complejo sistema de salud permite que las Isapres hagan descreme del mercado, quedándose con los usuarios ricos, jóvenes y saludables.[41] El siguiente cuadro grafica cómo solo en el décimo decil de la población las personas están mayoritariamente en Isapres:

		Fraction of People in	
		Isapres	Fonasa
Income Decile	1	1,2%	91,8%
	2	1,9%	90,5%
	3	4,2%	87,6%
	4	7,0%	93,0%
	5	9,7%	79,4%
	6	12,9%	73,1%
	7	19,7%	65,3%
	8	28,3%	55,6%
	9	40,3%	41,7%
	10	61,6%	24,5%

Fuente: Agostini, Saavedra y Willington.

En este contexto, resulta difícil comprender cómo puede ser un problema constitucional que ciertos adultos mayores no puedan pagar su Isapre y deban emigrar a FONASA, cuando la realidad es que dicho sistema público de salud

40 Sí se quejaron Axel Buchheister y Sebastián Soto, "Transantiago y el Estado de Derecho", en *Serie Informe Legislativo*, 29, 2009 (Libertad y Desarrollo).

41 Agostini, Claudio A., Saavedra, Eduardo y Willington, Manuel, *Collusion in the Private Health Insurance Market: Empirical Evidence for Chile*, p. 9.

atiende a la gran mayoría de los chilenos, quienes nunca han podido tener otra opción o alternativa. Además, la solución a la que apunta implícitamente el Tribunal –una tarifa más plana–, puede obligar a muchos jóvenes a dejar las Isapres para que algunos mayores puedan seguir afiliados[42]. En definitiva, consideramos que, en términos sistémicos, el Derecho Constitucional de la salud y de la seguridad social dice relación con las personas que están en FONASA y solo marginalmente con aquellos privilegiados que pueden pagar una Isapre[43].

Esto no constituye una defensa del sistema actual de salud privada en Chile. No cabe duda que el sistema de Isapres tiene graves fallas que requieren pronta solución. La falta de transparencia en el ámbito de los planes de salud (que influye negativamente en el nivel de presión competitiva), los excesos de gastos de venta y la desprotección que afecta a muchas personas mayores con mala condición de salud, son solo algunas de ellas (a modo de ejemplo, la reciente reforma del Presidente Obama en EE.UU. no permite discriminar más de 1:4 veces). A pesar de todas estas fallas, en un sistema democrático, no todos los problemas de política pública necesariamente son materia de Derecho Constitucional. De hecho, normalmente no lo son.

3.2. Reserva legal y desregulación de mercados

Con todo, lo más criticable del fallo dice relación con la impugnación de la densidad normativa de una disposición legal, el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que define un determinado servicio y entrega la determinación de su precio al mercado.

Como explicamos más arriba, las Isapres, en tanto compañías de seguros, intentan cobrar a cada persona de forma proporcional a su perfil de riesgo. Así como las casas de madera pagan una prima de seguro de incendio más cara que las casas de concreto, las personas con mayor probabilidad de enfermarse o de incurrir en gastos en salud pagan más caro que las personas con buena salud. Ese es el principio básico de un sistema de salud privatizado basado en seguros, donde el Estado ha decidido no subsidiar a los afiliados[44].

---

42 La pregunta relevante aquí es si esta *transacción* es progresiva o regresiva, dada la riqueza relativa de los jóvenes que salen y los mayores que se quedan (y que, de otra manera, también habrían salido).

43 Esto es ciertamente sin perjuicio de que, en caso que una Isapre particular realice actos ilegales y arbitrarios en contra de un afiliado concreto, entonces habrá una violación de derechos fundamentales.

44 En nuestro sistema de salud, quienes deseen adscribirse a un sistema subsidiado sistémicamente

Ahora bien, la evolución histórica de la regulación de las Isapres en nuestro país demuestra que ese principio básico propio de los seguros nos ha ido paulatinamente pareciendo intolerable desde una perspectiva de justicia distributiva. Hemos exigido entonces que el sistema no se fundamente únicamente en la ciencia actuarial, sino que incorpore elementos de solidaridad y de subsidios cruzados.

Particularmente sensible nos ha resultado el caso de quienes se enferman y aumentan significativamente sus riesgos: hemos determinado entonces que las Isapres no puedan desvincularlos ni aumentarles las primas (eso sí, esto viene dado al costo de que se transformen en afiliados cautivos). Asimismo, existen una serie de patologías, las que integran el GES o AUGE, que también se costean solidariamente, esto es, independientemente del riesgo individual. Al igual que la evolución de la regulación del sistema de AFPs –que en su última gran reforma incorporó un fuerte pilar solidario–, hemos ido progresivamente aumentando el grado de solidaridad de nuestro sistema de seguros privados de salud, lo que ha sido deliberado, discutido y negociado por nuestros órganos democráticos.

En el caso de las Isapres, concretamente, la gran reforma a la salud del año 2005 introdujo importantes limitaciones al principio de los precios desregulados que anima el sistema de contratos de salud administrados por las Isapres[45]. La Tabla de Factores fue uno de los instrumentos introducidos por la "Ley Larga de Isapres", Ley 20.015, y formó parte de un esfuerzo legislativo por introducir *suavidad* y, por ello, solidaridad, en los esfuerzos diferenciadores de precios de las Isapres. El esquema elegido es explicado por Nancuante y Romero sobre la base de las siguientes reglas:[46]

> a) Reglas que aplican a los precios base:
> i. Las Isapres deben informar a la Superintendencia de Salud anualmente el precio base de todos sus planes.
> ii. Las Isapres deben informar anualmente la variación que introducirán a los precios base, variaciones que tienen un mínimo y un máximo.
> iii.Las Isapres no pueden ofrecer rebajas.

deben cambiarse a FONASA.

45 Para un recuento de la reforma, ver Ulises Nancuante Almonacid y Andrés Romero Celedón, *La reforma de la salud*, 2008 (Ediciones UNAB).

46 Lo que se indica a continuación constituye una transcripción casi literal de las reglas explicadas por los autores citados en ibíd., pp. 441-453.

iv. Las Isapres no son libres para ofrecer cualquier plan alternativo.

b) Reglas que aplican a la Tabla de Factores

i. Las Isapres definen los factores de acuerdo a la estructura de tabla definida por la Superintendencia.

ii. Para definir cada tramo de edad, la Superintendencia debe ceñirse a determinados parámetros (precisamente los que fueron declarados inconstitucionales por el TC).

iii. Las Tablas de Factores adoptadas no pueden alternarse.

iv. Las Isapres solo pueden tener dos tablas de factores (antes de la reforma habían alrededor de 2.500 tablas).

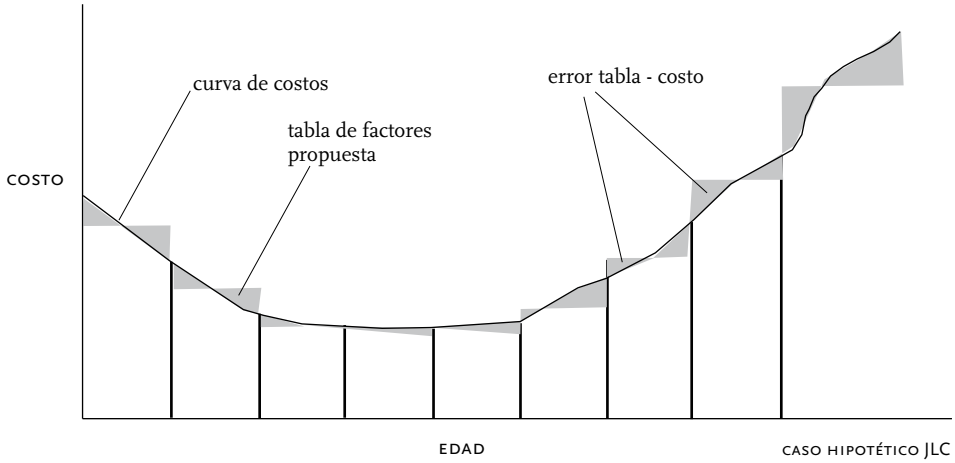
v. Las Isapres pueden crear tablas nuevas cada 5 años.

vi. Las Isapres están obligadas a aplicar el factor que corresponda (no pueden dejar de aplicarlo[47]).

Ahora bien, tal vez la regla más importante es que solo se permite diferenciar precio sobre la base de los factores edad, género y condición de carga. Nada más. Fumadores y no fumadores, obesos y no obesos, entre otras categorías relevantes, todos pagan lo mismo, con lo que los menos riesgosos subsidian a los más riesgosos. Enseguida, la elaboración de rangos de edad implica también una forma leve de subsidio a lo largo del peldaño. Cuando la curva tiene pendiente positiva, quienes están en la primera parte del tramo pagan más de lo que cuestan y subsidian por ende a los que están en la segunda parte (que pagan menos de lo que pagan).

47 Conviene tener presente esta norma, en vista que de los últimos fallos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. El artículo 38 ter de la Ley de Isapres señala:

> Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197.



Fuente: J. Labbé (2005), Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud.

En síntesis, el programa jurídico del Congreso es claro y goza de una importante densidad normativa: precios libres conforme a la lógica de los seguros privados –que implica que las Isapres harán su mejor esfuerzo por cobrar a cada afiliado de acuerdo a su perfil de riesgo– sometidos a una serie de restricciones solidarias basadas en consideraciones de justicia distributiva. La arquitectura de esas restricciones está definida en la ley con detalle en el artículo 38 ter, quedando la Superintendencia de Salud en un papel secundario. Adicionalmente, mayor solidaridad se introduce y se seguirá introduciendo por la vía del plan GES.

Un caso concreto resulta útil para graficar lo que hemos expuesto. Es claro que el legislador no estableció ninguna regla ni limitación específica en materia de diferenciación de primas entre hombres y mujeres (esto es, no hay límites ni restricciones en la ley). El legislador ha permitido expresamente que las Isapres establezcan todas aquellas diferencias de precios entre hombres y mujeres que una lógica empresarial exija cobrar conforme a los distintos perfiles de riesgo. Los límites de diferenciación vienen dados aquí por la naturaleza y las empresas se adaptarán a esta realidad lo mejor que puedan. El punto central que destacamos es que la desregulación parcial de una cierta materia o ámbito no significa que la ley carezca de densidad normativa.

Resulta obvio que los miembros del TC pueden estar en desacuerdo con la falta de solidaridad inter-género que se sigue de la desregulación parcial antes indicada. Pero ese es un problema de fondo y no de reserva

legal. De hecho, esto no tiene nada que ver con el reparto de competencias entre el Congreso y la Administración, sino que se trata derechamente de un disgusto respecto a las decisiones sustantivas adoptadas por el Congreso. Al final del día, lo que hemos llamado más arriba *el mito reinterpretado* muestra que el problema del Tribunal –independientemente del fundamento de la Sentencia 1710– es uno ideológico (reproche al resultado final del sistema, esto es, a la evolución del costo del seguro de salud durante el ciclo de vida) y no uno de densidad normativa (ver considerando 35° de la Sentencia 1572).

Esto nos confronta a dos problemas de interpretación constitucional. El primero es que la solidaridad es un problema sistémico y de grados, y los seguros privados administrados por las Isapres sí incorporaban algunos elementos de solidaridad (pocos, pero crecientes, la mayoría gracias al GES). ¿Puede el Tribunal calificar solo la tabla de factores sin analizar el sistema completo? ¿Puede declararse la inconstitucionalidad de un árbol (el artículo 38 ter) sin mirar el bosque, el sistema de salud nacional y el sistema de Isapres?

El segundo problema de interpretación se da ante la posibilidad de tener mercados desregulados cuando hay derechos fundamentales en juego. La Sentencia 1710, especialmente reinterpretada por la Sentencia 1572, arroja una sombra de duda sobre este punto. Por nuestra parte, no compartimos este criterio. Desde una perspectiva de políticas públicas, es perfectamente razonable y apropiado utilizar el mercado como asignador primario, enfocando los mecanismos de redistribución como mecanismos de excepción que solo benefician a aquellos que efectivamente necesitan subsidios para adquirir el mínimo garantizado (esto es, los más pobres).

Estas dos cuestiones están relacionadas la una con la otra. Tratándose de sistemas regulatorios, no debe mirarse un árbol sin observar el bosque. No puede enjuiciarse un instrumento de políticas públicas específico sin analizar el contexto y totalidad de herramientas que lo acompañan en su aplicación efectiva. Y, mirando el bosque, el golpe que el TC asestó a las Isapres, sistema de privilegio dirigido al sector más acomodado de la población, no termina de convencer ni persuadir en tanto declaración de derechos fundamentales.

4. Conclusiones

Mediante la Sentencia 1710, el TC ha formulado una invitación a revisar el actual modelo de seguros privados de salud. Esta invitación está dirigida a abogados, economistas y analistas de políticas públicas, pero fundamental-

mente al Congreso Nacional que deberá ahora reparar, con urgencia, la Ley de Isapres que ha quedado con un importante vacío.

En este artículo nos hemos propuesto aportar algunas observaciones y comentarios que sean de utilidad al proceso legislativo de reforma de la Ley de Isapres. Con ese afán, en nuestro concepto, la Sentencia 1710 permite concluir que una futura reforma al modelo:

> 1. *Puede* seguir utilizando una *Tabla de Factores* como forma de ajustar las primas (o precio final) por el riesgo del asegurado;
>
> 2. *Puede* seguir discriminando por sexo y/o edad para efectos de determinar el precio final de un plan de salud. Solo se exigió una base racional de la discriminación y, en el caso del sexo, que esta no sea desproporcionada;
>
> 3. *Debe* elevar la jerarquía normativa de tal regulación (estructura de la Tabla de Factores y la determinación de los factores de riesgo), así como limitar la discrecionalidad regulatoria de la Administración.

Ahora bien, la Sentencia 1710 y las posteriores *señales* enviadas por el TC sitúan al legislador en una compleja encrucijada: a) optar por un modelo completamente *blindado* contra nuevas *intervenciones constitucionales* (achatando la Tabla de Factores lo más posible; morigerando las discriminaciones por sexo y/o edad; y, elevando toda la regulación a rango legal), lo que, como contrapartida, puede generar ciertas rigideces ineficientes, tal vez compensadas por la seguridad jurídica; u, (b) optar por otro modelo menos *blindado*, más flexible, pero jurídicamente incierto[48]. La tarea no es fácil para el Congreso.

48 Regulaciones poco estables en el tiempo (conocido internacionalmente como *regulatory risks*), siempre han sido consideradas como un factor negativo en las decisiones de inversión, pudiendo, en el extremo, desincentivarlas (eventuales pérdidas de bienestar). Ello tendría directa relación con el *costo de capital*: Regulatory risk arises when the interaction of uncertainty and regulation changes the cost of financing the operations of a firm, por todos, Ergas, Henry, *Regulatory Risk, Paper prepared for the ACCC Regulation and Investment Conference*, Manly, 26-27 de marzo de 2001, Draft Version. Ver, entre otros, Dewenter, Ralf, "Regulatorische Risiken in Telekommunikationsmärkten aus institutionsökonomischer Perspektive", en *Diskussionspapier* 64, (Helmut-Schmidt-Universität), 2007; Gentzoglanis, Anastassios, "Regulatory Risk, Cost of Capital and Investment Decisions in the Telecommunications Industry: International Comparisons", 2004, http://itseurope.org/ITS%20CONF/berlin04/Papers/Anastassios.pdf; Knieps, Günter / Weiß, Hans-Jörg, "Reduction of Regulatory Risk: A Network Economic Approach", en *Discussion Paper* 117, (Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik) 2007.

Para terminar, nos permitimos tomar distancia e intentar mirar esta decisión en un contexto más general. Tenemos la convicción que esta decisión del TC confirma que hemos entrado en una nueva etapa en la historia de nuestro Derecho Constitucional Económico. Sin desmerecer su logro histórico, la era de la *primacía de la persona*, que veía en el Estado un enemigo frente al individuo, ha llegado a su término. En el mundo que nos toca vivir hoy, las disputas constitucionales son habitualmente entre privados, entre ciudadanos/usuarios y empresas, en un contexto de mediación regulatoria del Estado. La primacía de la persona no nos sirve hoy para saber cuál de los privados en disputa debe primar.

Si se nos permite exagerar, se puede afirmar que el Derecho Constitucional Económico de hoy ya no es uno que se centra en el artículo 19 N° 20 a 26 –como solíamos entenderlo hasta hace no mucho–, sino uno primordialmente enfocado en el artículo 19 N° 1 a 19 de la Constitución Política de la República. Ya casi no hay amparos económicos; las protecciones acogidas a favor de las empresas ya no son lo que solían ser.

Parece ser que recién tomamos conciencia de que muchas privatizaciones se estructuraron en un contexto donde no solo las empresas tienen libertades constitucionalmente protegidas, sino donde también los ciudadanos/usuarios tienen derechos fundamentales en juego. Los derechos a la vida, igualdad, salud, seguridad social, entre otros, comienzan hoy a vibrar desde lo profundo de los esquemas regulatorios privatizados, introduciendo una cuota importante de riesgo regulatorio en el funcionamiento de mercados que hasta hace poco parecían pacíficos. La Sentencia 1572, posterior a la 1710, es particularmente clara en recalcar este punto[49].

49 Ver considerandos 36 a 42, donde el Tribunal Constitucional señala que el contrato de seguro de salud no es un mero contrato privado, sino un contrato especial sujeto a un régimen de orden público. Los considerandos 38 y 39 son especialmente relevantes:
Que, enseguida, el contrato de salud es un contrato sujeto a un régimen de orden público (STC roles 976/2008; 1218/2009; 1287/2009; 1710/2010). Al respecto este Tribunal ha esclarecido la cuestión señalando que esto se justifica, *'pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado'* (STC Rol N° 1710, considerando 154°). Asimismo, ha indicado que *'el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud'* (STC Rol N° 1287, considerando 44°), agregando que este contrato *'se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público'* (ídem, considerando 45°) y concluyendo que esta base constitucional de orden público *'resulta irrenunciable y ha de ser incorporada a todo contrato de salud'* (ídem, considerando 46°; STC Rol N° 976, considerando 45°).
Que, a continuación, este Tribunal ha establecido que el contrato de salud no es un contrato como cualquier otro propio del derecho común. En efecto, ha indicado al respecto que esta relación contractual *"no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad"* (STC Rol N° 1710, considerando 154°). En el mismo sentido, el Tribunal ha indicado que el contrato de salud posee la naturaleza de *"institución de seguridad social, y no de contrato de seguro privado"* (STC Rol N° 1287, considerando 67°; STC Rol N° 1218, considerando 62°).

Esta nueva realidad llegó para quedarse y los regulados tendrán que internalizarlo.

Este nuevo Derecho Constitucional Económico no tiene referentes claros. Vivimos un cambio de paradigma que produce desconcierto. Será deber de la doctrina y de la jurisprudencia ayudar a establecer las bases de un nuevo orden constitucional que sea funcional al rol regulador del Estado y que permita resolver las disputas constitucionales de manera justa, esto es, estableciendo un balance apropiado entre los intereses de los ciudadanos/usuarios, los intereses empresariales y los intereses generales.

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE ISAPRES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Francisco Zúñiga Urbina [1]

El artículo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres), referido a la obligación que se impone a la Superintendencia de Salud de fijar las estructuras de las "tablas de factores" que deben utilizar las Isapres en los contratos de salud. Sobre el particular, se plantean problemas acerca del efecto que producen las sentencias en que se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal determinado (con el consiguiente efecto en la seguridad jurídica) y también sobre la relación existente entre el control concreto y el control abstracto de constitucionalidad.

1. Introducción

En el último tiempo, la regulación legal de las Instituciones de Salud Provisional (Isapres) ha estado bajo observación. La gran cantidad de acciones de protección deducidas en contra de estas entidades con motivo del alza unilateral de los precios de los contratos de salud es una muestra de ello, especialmente porque la mayoría de esas acciones son acogidas por vulneración a la garantía del artículo 19 N° 9 (derecho a la protección de la salud).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), desde la reforma constitucional del año 2005, ha sido más bien reacio a emplear la facultad conferida por el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental, esto es, la de declarar inconstitucional un precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable por inconstitucional, lo que se traduce en la expulsión de dicha norma del ordenamiento jurídico.

1 Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Sin embargo, recientemente el TC declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres, actual D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), referido a la obligación que se impone a la Superintendencia de Salud de fijar las estructuras de las *tablas de factores* que deben utilizar las Isapres en los contratos de salud.

El presente trabajo tiene por objeto comentar y analizar la sentencia de inconstitucionalidad[2] dictada en virtud de la atribución conferida por el N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable[3] por ser contrario a los N°s 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución, en los dos primeros casos, y los numerales 2°, 9° y 18° del mismo artículo en los otros dos casos.

Con todo, hemos obviado en el comentario referirnos al efecto que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene en las acciones de inaplicabilidad impetradas en trámite y en los contratos de salud previsional, materia ésta última propia de los tribunales del fondo. También hemos omitido toda referencia a la problemática de la justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales, y a las limitaciones del proceso constitucional frente al amparo de derechos fundamentales, por haberlas abordado en otros trabajos a partir de la sentencia del caso "Peña Wasaff". Alberto Coddou realiza una buena síntesis de dichas materias en un trabajo publicado en el primer número del Anuario de Derecho Público de la UDP 2010[4].

2. Cuestiones preliminares

2.1. Control abstracto de constitucionalidad

La sentencia aborda en su primer apartado la inconstitucionalidad como atribución de la jurisdicción constitucional y su recepción en el derecho comparado:

> PRIMERO: Que la institución de la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendida como control abstracto, a posteriori y con efectos generales o erga omnes, se encuentra muy extendida en el constitucionalismo moderno, abarcando no sólo los ordenamientos jurídicos

2 Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 1710 de 2010.

3 Tribunal Constitucional, sentencias roles N°s 976, 1298, 1273 y 1287.

4 Ver Alberto Coddou, "El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las Isapres", (Ediciones UDP) 2010, Santiago, pp. 55-73. También Francisco Zúñiga U. "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los Derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista de Derecho*, 20, (CDE) 2009.

norteamericano y europeo, sino a varios países de América Latina. Esta declaración de inconstitucionalidad, como control a posteriori, ha sido definida por el ex presidente de esta Magistratura, Juan Colombo Campbell, como: *"Un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales"* (Juan Colombo Campbell: Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en: Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 559) [...]

CUARTO: Que la competencia de los Tribunales Constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales se impuso en Europa, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, al establecerse en varios países tales Magistraturas, siguiendo la iniciativa, aunque no necesariamente el modelo, formulada por Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX y concretizada en el establecimiento del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, como *"Hüter der Verfassung"* ("Guardián de la Constitución"). (Una descripción comparada de las magistraturas constitucionales europeas se encuentra en la obra del profesor de Salzburgo, Friedrich Koja: Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado,) Wien, 1993, p. 314). Esta innovación jurídica, material y formal, inauguró una fase que *"los textos constitucionales, más que fundamento de validez superior del ordenamiento, pasan a consustanciar la propia actividad política estatal a partir del establecimiento de los derechos fundamentales sociales y de los mecanismos para su concretización"* (Lenio Luiz Streck: Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 397);

QUINTO: Que, por su parte, en América Latina la tendencia descrita se difundió en las últimas décadas del siglo XX con el establecimiento de Tribunales Constitucionales, así como a través de la asignación a Salas de las Cortes superiores de la competencia para conocer los asuntos de jurisdicción constitucional. Como lo señala una completa obra de reciente publicación sobre la materia (Humberto Nogueira: El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamé-

rica y sus Evoluciones, CECOCH, Santiago de Chile, 2009, pp. 198-199): *"En el contexto latinoamericano se han desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austríaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales"*;

SEXTO: Que, a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que ocupa la cúspide de la organización federal de justicia, los Tribunales Constitucionales europeos conforman una jurisdicción separada y autónoma del Poder Judicial, dotados de la facultad de interpretación vinculante de la Constitución y del control concentrado del apego a ella de las normas jurídicas. Dentro de tal estructura jurídica, que abarca la protección de los derechos y garantías fundamentales y la resolución de los conflictos entre los órganos públicos, cabe la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica expedida por los órganos colegisladores [...]

NOVENO: Que la potestad de la mayoría de los tribunales constitucionales europeos para controlar a posteriori las leyes se ha extendido incluso a la esfera comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido por décadas una especie de control del conjunto de instrumentos jurídicos que han conformado una Constitución no escrita de la Europa comunitaria. Este control se ha ejercido a través del recurso por incumplimiento, del recurso de anulación, del recurso por omisión y de las cuestiones prejudiciales. Esta actividad jurisdiccional supranacional ha sido entendida como control de constitucionalidad *"en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos"* (José Ignacio Martínez Estay: El sistema europeo-continental de justicia constitucional. El control de constitucionalidad en la Unión Europea, en: Estudios Constitucionales, año 3, N° 2, 2005, p.74) [...]

2.2. Efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad

Luego, la sentencia destaca las semejanzas que la declaración de inconstitucionalidad tiene en la perspectiva comparatista.

DÉCIMO: Que con el contexto jurídico comparado descrito, la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno presenta similitudes y diferencias. Desde luego, la atribución entregada al Tribunal Constitucional chileno es análoga a la de sus congéneres europeos y a la Corte Suprema de Estados Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución. Se trata de una de las características más innovadoras desde el punto de la doctrina y del derecho constitucional de los últimos dos siglos, pues relativiza formalmente el poder de los órganos legitimados por el principio de la soberanía popular para dictar, reformar y derogar las leyes. Esta innovación, debatida durante mucho tiempo, es hoy en día no sólo aceptada, sino que elogiada en el debate jurídico constitucional. Esta consolidación la resume la doctrina, refiriéndose al caso alemán: *"Es ésa la vía, por un lado, por la que se depura el ordenamiento jurídico, expulsando de su seno las normas inconstitucionales, y, por otro, es un procedimiento típico de garantía y de control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a los proyectos aprobados por la mayoría."(*Rainer Grote: El Tribunal Constitucional Alemán como Supremo Guardián de la Constitución, en: Universidad de Chile/Heidelberg Center para América Latina, et. al. (Editores): Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, 2005, p. 159);

DECIMOPRIMERO: Que una segunda coincidencia del ordenamiento chileno con gran parte de las instituciones comparadas se presenta en el carácter abstracto de este control. En palabras de la doctrina: "*El recurso de inconstitucionalidad es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto*" (Javier Pérez Royo: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, undécima edición, p. 810).

Sin embargo, se ha observado, por parte de los expertos, que en ningún otro ordenamiento se establece la vinculación que en nuestro ordenamiento se prevé entre las declaraciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en términos de requisito para la procedencia del recurso, cuya naturaleza será examinada en esta sentencia. Esta circunstancia limita la posibilidad de situar rigurosamente nuestra institución en una perspectiva comparativa (Lautaro Ríos: Análisis crítico de la acción de

inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Montevideo, 2009, pp. 349-365) [...]

2.3. El contenido *destructor de leyes* de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad

También la sentencia realiza un análisis de la declaración de inconstitucionalidad del N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, diferenciando inaplicabilidad e inconstitucionalidad, y su cristalización en la sentencia, a través de la jurisprudencia del TC:

> VIGESIMOSEGUNDO: Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que *"es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo –expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular–, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto"*, agregándose en el mismo fallo que: *"Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma"*;
>
> VIGESIMOTERCERO: Que en sentencia de 26 de mayo de 2009, en causa Rol 1345, que declaró la inconstitucionalidad de determinadas expresiones del artículo 171 del Código Sanitario, esta Magistratura diferenció nítidamente entre la atribución de la cual dispone para resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal y aquella que lo ha-

bilita para resolver su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en una gestión judicial pendiente, sosteniendo que *"los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias,* ***son de naturaleza diversa****. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable"* [...]

2.4. Reitera el TC la relación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en razón de sus alcances.

VIGESIMOCTAVO: Que el veto N° 18 del Presidente de la República sobre la reforma constitucional describió la envergadura de la nueva atribución del Tribunal Constitucional con los siguientes términos: *"el acto que caracteriza la expresión moderna de los Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que, a diferencia de los demás órganos del Estado, que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de la última ratio que dicha fórmula exige"* [...]

2.5. Control abstracto - control concreto

Asimismo, el TC admite lo que es objeto de reiteradas observaciones de la

doctrina hasta ahora, como son las relaciones de los institutos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, y las dificultades para diferenciarlos:

> TRIGESIMOSEGUNDO: Que la situación descrita sobre las relaciones entre la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad introduce, inevitablemente, en el examen abstracto de inconstitucionalidad que nos ocupa en autos, el examen concreto de las sentencias que sirven de apoyo al proceso. Esta imposibilidad práctica de separar ambos controles se hace más evidente con la segunda dimensión de la relación entre ambos institutos sobre la delimitación en la infracción de las disposiciones constitucionales vulneradas;
>
> TRIGESIMOTERCERO: Que la declaración de inconstitucionalidad debe recaer sobre los mismos artículos de la Constitución invocados en las resoluciones previas de inaplicabilidad. Sin embargo, debe considerarse que tal infracción ha recaído sobre la aplicación del precepto cuestionado en un caso concreto, en una gestión pendiente, razón por la cual el Tribunal, al ejercer control abstracto de constitucionalidad no puede limitarse a reproducir los mismos razonamientos y análisis efectuados en el análisis de los casos concretos [...]

2.6. Enunciado y norma legal

La sentencia reproduce su conocida doctrina acerca del concepto de *precepto legal*, diferenciando enunciado y norma, y precisando qué es el objeto del control de constitucionalidad.

> TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en los considerandos decimoprimero al decimotercero de la sentencia recién citada, se especifica el entendimiento sobre la expresión precepto legal que sustenta esta Magistratura en los términos siguientes: *"Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica con rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución (roles N°s 626/2007 y 944/2008)". De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser*

considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma" [...]

TRIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, la voz *"precepto legal"* a la que aluden los números 6° y 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución y, en especial, los artículos 47 V y 47 W de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y a la que debe ajustarse el tratamiento de la cuestión de autos, no debe, necesariamente, abarcar el texto de un artículo completo, manteniéndose como *"una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas"* (considerando séptimo de la sentencia interlocutoria de inadmisibilidad en la causa Rol 626) [...]

2.7. Invalidez de normas

En cuanto a la cuestión capital de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad –consistente con lo observado en la *historia fidedigna* de la reforma constitucional de 2005, el efecto *derogatorio* sui generis–, el TC intenta sin mayor éxito explicar la anulación imbricada en la declaración de inconstitucionalidad, que es una verdadera sanción de derecho público por infracción de los principios de constitucionalidad (supremacía, eficacia y valor normativo) consagrados en el artículo 6° de la Constitución.

CUADRAGESIMOCUARTO: Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, considerando los efectos extrajurídicos que inevitablemente pueden producir las sentencias del Tribunal

Constitucional, es indispensable mencionar el rol de *legislador negativo*, de *órgano defensivo*, o de *guardián de la Constitución* que esta clase de magistraturas cumplen en los respectivos ordenamientos constitucionales y que tienen expresión en el derecho chileno. En efecto, la generalidad de los tribunales constitucionales decide sobre lo que no se debe hacer en un Estado, resguardan el orden constitucional, garantizan la supremacía constitucional y, en tal sentido, son defensivos [...]

CUADRAGESIMOCTAVO: Que la eventual antinomia entre derogación y nulidad, ocasionalmente válida en el derecho común sustantivo y procesal, presenta matices específicos en la jurisdicción constitucional. La doctrina chilena advirtió sobre esta materia recién aprobada la reforma constitucional de 2005 y antes de resolverse la primera declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura. Un destacado exponente de la doctrina lo expresó de este modo: *"la derogación y la anulación (inconstitucionalidad) no son conceptos homologables, ya que pertenecen a ámbitos distintos: el primero a la producción de normas (actos estatales) de un ordenamiento y el segundo al control de normas"*. Esta conclusión doctrinaria la obtiene el autor después de efectuar un análisis sobre el nuevo instituto de la inconstitucionalidad en el derecho chileno: *"A nuestro juicio la inconstitucionalidad es una sanción específica en el género de las nulidades en Derecho Público, que opera por infracción de la Constitución, y que en cuanto parte integrante de un sistema de garantías configura la jurisdicción constitucional"* (Francisco Zúñiga Urbina: Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 34, año 2006, p. 107) [...]

3. Ratio decidendi de la Sentencia

3.1. Las normas legales del conflicto

La estructura argumentativa de la sentencia del TC recoge un examen del artículo 38 ter de la Ley N° 18.993.

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que, como se observa, el artículo 38 ter transcrito constituye una norma de estructura compleja, destinada a regular una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud contratados con las Instituciones de Salud Previsio-

nal, no sólo vinculadas estrechamente entre sí, sino también con otras disposiciones de la Ley N° 18.933. Tales características determinan que el examen de constitucionalidad de autos debe distinguir entre los diferentes aspectos que el precepto trata y tener en cuenta el efecto que una decisión de inconstitucionalidad tendría en las otras normas de la ley vinculadas con él [...]

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que la tabla de factores aludida es aquélla definida en la letra n) del artículo 2° de la Ley N° 18.933, actual artículo 170 en el texto refundido de dicha legislación (D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), en los términos siguientes:
"Artículo 170.- Para los fines (de la Ley N° 18.933) de este Libro se entenderá:
n) La expresión "tabla de factores" por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan."...

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 ya citado. **Esta norma faculta a la Superintendencia del ramo para ejercer esta potestad. Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales ella debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente,** el cual impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero.

Así, este inciso segundo sólo puede concebirse en relación a los numerales contenidos en el inciso tercero, en el cual se fijan los parámetros que debe considerar la Superintendencia al determinar la estructura de la tabla;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO: Que el tercer inciso del artículo 38 ter establece las reglas a las que debe sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia, de las cuales tres se refieren directamente a los tramos de edad y las otras dos, a criterios de relación entre los factores. **La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto**[5]**;**

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que las tres primeras reglas relativas a los rangos de edad están destinadas a fijar tramos según se sigue: i) Un tramo desde el nacimiento hasta menos de dos años, ii) Los tramos que van desde los dos años hasta los ochenta años, según límites de un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, y iii) El o los tramos *"que correspondan"* después de los ochenta años, fijados por la Superintendencia. Debe señalarse que el segundo grupo de tramos es, en verdad, un amplio espacio etáreo en el que pueden tener cabida entre 15 y 26 tramos, dependiendo de la cantidad de años máxima o mínima establecida en la norma [...]

3.2. El artículo 38 ter de la Ley de Isapres

Examinando la historia fidedigna del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal Constitucional subraya lo siguiente:

SEPTUAGESIMOTERCERO: Que en la Ley N° 19.381 por primera vez aparecen mencionados los criterios de sexo y edad como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. Además, conforme se puede desprender de su texto, tal referencia tiene valor sólo si la edad

5 Destacado en el original.

estuviera considerada como factor de adecuación del precio en un contrato de salud vigente a esa fecha. En la modificación del precepto comentada, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio;

SEPTUAGESIMOCUARTO: Que la nueva modificación a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N° 20.015 (D.O. de 17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, bajo examen de constitucionalidad en estos autos, y, además, aprobó un nuevo texto para el referido artículo 38, en el que se dispuso que la revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el también nuevo artículo 38 bis y agregó que, al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrían ofrecer planes que estén disponibles para todos ellos y que su precio "deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes", **sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores** [...][6]

3.3. Derecho constitucional material del juicio de legitimidad

En cuanto a los derechos fundamentales concernidos en la impugnación del artículo 38 ter, el TC recoge una comprensión principialista o neoiusnaturalista, anclada en el valor de la dignidad humana, para explicar el efecto de *irradiación* de los derechos en el ordenamiento jurídico:

OCTOGESIMOCTAVO: Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1273 (cuadragesimoquinto y cuadragesimosexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados *"no pueden conside-*

6 Destacado en el original.

rarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales" (considerando cuadragesimoséptimo) [...]

A partir de la matriz principialista, el TC recurre a la obra del jurista germano Robert Alexy para concluir que los derechos son *normas de principio*, expresión que, en rigor, se remonta a la obra de V. Crizzaffulli, publicada en los años de la segunda postguerra:

> NONAGESIMOPRIMERO: Que, independientemente de las clasificaciones anotadas, la definición de derecho fundamental está vinculada a su verificación positiva. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de *norma de derecho fundamental y derecho fundamental: "Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso"*. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios *"aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles"*, o sea entendidas como *"mandatos de optimización"*, mientras que *"las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"*, concluyendo: *"Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio"* (Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);
>
> NONAGESIMOSEGUNDO: Que, según el mismo autor citado precedentemente, las diferenciaciones descritas sirven de base para la dilucidación de los conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a principio, *"no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios"*. Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo

menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, *"uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción"* y el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación (ob. cit., pp. 88-89). En otra obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: *"...la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales"* (Robert Alexy: La Institucionalización de la Justicia, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59);

NONAGESIMOTERCERO: Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación [...]

3.4. Derecho de igualdad ante la ley

En relación al derecho de igualdad ante la ley del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, el TC recoge una conocida formulación del derecho de igualdad ligado al valor de justicia e isonomía:

NONAGESIMOCTAVO: Que la jurisprudencia chilena, tanto ordinaria como constitucional, ha trazado una línea interpretativa uniforme sobre la igualdad, algunas de cuyas expresiones más citadas se encuentran en dos sentencias, dictadas casi simultáneamente por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, en abril y julio de 1985, respectivamente, que asumieron la difundida y clásica fórmula de Aristóteles, expresada en la Política, III 9 (1280°): *"Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"*

(Tomada de la nota al pie de página 15 del capítulo octavo de la obra de Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, ob. cit., p. 385);

NONAGESIMONOVENO: Que, en efecto, en la sentencia Rol N° 28, considerando cuarto, este Tribunal Constitucional señaló: *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes"*. A su vez, la Corte Suprema, en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2° parte, sección 5°, p. 183, declaró: *"El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales"* (Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., Tomo XI, p. 108) [...]

Agrega a este concepto tradicional de tipo relacional –que se resume en la fórmula: igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales– la distinción entre *igualdades esenciales* y *desigualdades esenciales*, para referirlas a las de género:

CENTÉSIMO: Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre *"igualdades esenciales"* y *"desigualdades esenciales"*, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando *"personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables"*, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como **tratar igualmente a las desigualdades esenciales.** Además, se agrega la denominada *"nueva fórmula"*, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la

norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto;

CENTESIMOPRIMERO: Que la expresión "hombres y mujeres son iguales ante la ley" que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; ...

CENTESIMOQUINTO: Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: *"el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital."* (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);

> CENTESIMOSEXTO: Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: *"Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros"*, agregándose: *"En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones"* (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004) [...]

A continuación, la sentencia se refiere a los factores que determinan tipos de beneficiarios: el sexo, la condición del cotizante o carga y los rangos de edad.

> CENTESIMONOVENO: Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, sexo significa *"condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas"*, mientras que edad significa "*tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales*". Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley [...]

3.5. Derecho a la protección de la salud

Por otra parte, el derecho a la protección de la salud es definido como un derecho social fundado en los principios de igualdad y de solidaridad, y de estructura compleja por comprender asistencia sanitaria y determinantes básicos de la salud, derecho que admite naturalmente un desarrollo legislativo

para instrumentar las prestaciones debidas y el rol regulador del Estado, así como sus deberes *prestacionales*.

CENTESIMODECIMOSEXTO: Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el "control de las acciones relacionadas con la salud" (artículo 19, N° 9°) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que "el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social" (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, la Constitución le garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas. Así, en el derecho a la salud esto se expresa en que *"cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse"* (artículo 19, N° 9°). Por otra parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por *"instituciones públicas o privadas"* (artículo 19, N°s 9° y 18°);

CENTESIMODECIMOCTAVO: Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el *"deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud"*. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18);

CENTESIMODECIMONOVENO: Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho *"a la protección de la salud"*;

CENTESIMOVIGÉSIMO: Que la fórmula constitucional parte por señalar que es *"deber del Estado"* dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determi-

nado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437);

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO: Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión *"preferente"*, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado *"no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable"* (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber *"significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última"* (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 397);

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO: Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión *"garantizar"*. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca *"asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de*

salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas" (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127);

CENTESIMOVIGESIMOTERCERO: Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, *"en las formas y condiciones que la ley determine"*. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo *"las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social"* son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. **En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa**[7].
Por otra parte, la Constitución encarga al Estado *"el control de las acciones relacionadas con la salud"*, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N° 1, de Salud, 2005) [...]

3.6. Derecho a la seguridad social

Finalmente, el derecho a la seguridad social es también definido como un derecho social articulado en torno a sistemas de protección fundados en ciertos principios rectores:

CENTESIMOTRIGÉSIMO: Que, sin embargo, como lo ha sostenido esta Magistratura: *"la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica."* (Sentencia Rol 1218, C. 30°);

7 Destacado en el original

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a "garantizar" el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión *"todas las personas"* no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos "cada persona", que utiliza su numeral 9°, *"prestaciones básicas uniformes"* y *"todos los habitantes"*, contenidos en su numeral 18°;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO: Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan *"acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo"* y la *"ejecución de las acciones de salud"* (artículo 19, N° 9°). En el derecho a la seguridad social, se asegura *"el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes"* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO: Que nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: *"libre e igualitario acceso"* (ar-

tículo 19, N° 9°) y *"prestaciones básicas uniformes"* (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe *"garantizar"* los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o *"supervigilar"* (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso *"coordinar y controlar"* (artículo 19, N° 9°) [...]

3.7. Derechos en un sistema de derechos

Concluye la estructura argumentativa relativa a derechos fundamentales reafirmando la conexión de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, unidad exigida por la naturaleza prestacional de estos derechos sociales. En efecto, para el juicio de legitimidad constitucional que realiza el Tribunal, no es relevante la tutela extraordinaria que en los procesos de amparo (recurso de protección) tienen derechos civiles en contraste con la no tutela de derechos sociales. Ello porque, en los procesos de constitucionalidad, los derechos sociales tienen justiciabilidad plena por constituir parte integrante del derecho de la Constitución que sirve de canon o patrón del control de constitucionalidad. Refuerza lo dicho la unidad que tales derechos tienen al pertenecer a un tipo de derechos fundamentales y ser parte, por lo tanto, de un sistema de derechos, que debe ser interpretado a la luz de las opciones que el constituyente adopta acerca de la forma del Estado y que los gobiernos, a través de sus políticas públicas y decisiones legislativas, traducen en bienes y servicios públicos.

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de *"garantizar"* el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde *"coordinar y controlar"* las prestaciones (artículo 19, N° 9°, inciso tercero) y en seguridad social, específicamente le compete *"supervigilar"* el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto);

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social,

que son los de asegurar a sus beneficiarios *"condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación,* ***la vejez, la incapacidad****, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar."* (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).
Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como *"riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección:* ***enfermedad, maternidad, vejez, invalidez****, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales"* (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223) [...]

4. Juicio de legitimidad constitucional

4.1. Proporcionalidad, razonabilidad y arbitrariedad

En la *dilucidación del examen de constitucionalidad* el TC recurre a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en conexión con la igualdad ante la ley:

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO: Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO: Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las de prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO: Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental;

CENTESIMOCUADRAGESIMOQUINTO: Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, **siempre que respondan a una fundamentación razonable**, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo

precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de *"instrucciones de general aplicación"*, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEXTO: Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura –considerandos sexagesimoprimero y sexagesimosegundo de esta sentencia– y lo reconoció el señor Presidente de la República en el informe evacuado en este proceso principalmente en la afirmación que formula la autoridad a fojas 91, con letra destacada, en el punto 3.7. del Capítulo IV del documento–, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo [...]

Asimismo, la sentencia comentada retoma la distinción entre igualdades esenciales y desigualdades esenciales antes anotada al tratar el derecho de igualdad ante la ley, y específicamente, la garantía de interdicción de la arbitrariedad, para concluir:

CENTESIMOCUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que la expresión arbitraria que usa nuestra Constitución en varias de sus disposiciones, entre éstas, en el numeral 2° de su artículo 19, encontró una precisión jurisprudencial en sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1988, que refuerza este parecer al admitir que *"la ley pueda hacer diferencias entre grupos siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es,* ***contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional"*** (citada en Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., p. 124);

CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –roles 1273 y 1348–, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución) [...]

4.2. Legalidad

Por su parte, la dilucidación del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de la salud gira en torno a la garantía constitucional del principio de reserva de ley y del principio de legalidad, en los términos que se reproducen:

CENTESIMOCUADRAGESIMONOVENO: Que, en segundo lugar, en relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente;

CENTESIMOQUINCUAGÉSIMO: Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOPRIMERO: Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales

márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las "materias básicas" de la seguridad social, él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente –específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control–;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar *"las condiciones"* del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOTERCERO: Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una Isapre se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley *"las condiciones"* que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca [...]

Sobre el contrato de salud previsional, el TC recoge una muy relevante precisión que lo publifica (intervención legislativa, dirigismo contractual y bienes jurídico constitucionales comprometidos), lo que de suyo es un acierto que recoge la nutrida jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia sobre

recurso de protección. Con ello la sentencia implícitamente exhorta al legislador a regular la materia y corregir la discriminación arbitraria, lo que es explícito en el considerando 164° y siguientes:

> CENTESIMOQUINCUAGESIMOCUARTO: Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público;
>
> CENTESIMOQUINCUAGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.
> El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.
> Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOSEXTO: Que en el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer *"cotizaciones obligatorias"*, las que son administradas por *"instituciones públicas o privadas"*. Se les asegura, por tanto, a las Isapres, un ingreso constante. Frente a esa regla el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la *"protección de la salud"*, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige [...]

4.3. El acto de juicio o decisum

Lo expuesto conlleva un juicio de ilegitimidad constitucional del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.

CENTESIMOQUINCUAGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de *"cotizante cautivo"* que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional [...]

CENTESIMOQUINCUAGESIMONOVENO: Que, **en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda**

vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: *"La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal"* (Héctor Humeres Noguer: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23)[8];

CENTESIMOSEXAGÉSIMO: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el trascurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes;

CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;

CENTESIMOSEXAGESIMOSEGUNDO: Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expidiera al amparo

8 Destacado en el original.

del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19, y así se declarará [...]

5. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

5.1. Preliminarmente, el TC precisa los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en relación al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.

CENTESIMOSEXAGESIMOTERCERO: Que este Tribunal ha sentenciado estrictamente bajo los presupuestos exigidos por el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución, no emitiendo, en consecuencia, pronunciamiento alguno respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. **Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo**[9];

CENTESIMOSEXAGESIMOCUARTO: Que, asimismo, lo resuelto en esta sentencia no prejuzga, en sentido alguno, lo que pueda resolverse sobre la constitucionalidad de tales normas en procedimientos futuros o respecto de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuya resolución se encuentra pendiente ante esta Magistratura. Lo anterior se apega al numeral segundo de artículo 47 F de la Ley N° 17.997, según el cual únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa [...]

9 Destacado en el original

5.2. Acerca del efecto temporal ex nunc de la sentencia, el TC indica:

> CENTESIMOSEXAGESIMOSÉPTIMO: Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos ex nunc (Nogueira, Humberto, "El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en: Francisco Zúñiga (coordinador), Reforma constitucional, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo "hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma" (ob. cit., p. 608). De esta manera, "ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional" (ob. cit., p. 615).
> Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial" (Sentencia Rol 597, considerando 5°);
> CENTESIMOSEXAGESIMOCTAVO: Que como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar *"situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma"* (Nogueira, Humberto, "El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", ob. cit., p. 467), ni *"situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad"* (Sentencia Rol 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales [...]

En relación al contrato de salud previsional, el TC puntualiza:

> CENTESIMOSEPTUAGÉSIMO: Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa,

el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también –hacia futuro– las cláusulas del contrato [...]

5.3. Sobre la diferencia entre declaración de inconstitucionalidad y derogación, el TC puntualiza:

CENTESIMOSEPTUAGESIMOPRIMERO: Que, además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito [...]

5.4. Sobre la diferenciación entre control concreto y abstracto, y juicios de legitimidad de uno y otro, la sentencia se limita a indicarlos sin explicarlos más allá de fórmulas conocidas y, a nuestro parecer, insuficientes, señalando:

CENTESIMOSEPTUAGESIMOTERCERO: Que, dilucidándose la cuestión de autos, es necesario distinguir, como ya se hizo en esta sentencia en las letras C y E del apartado I, la facultad que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución otorga a este Tribunal de aquella

establecida en el N° 7° del mismo artículo y que se ejerce en este proceso. Se trata de situaciones de distinto alcance, supuestos y efectos. Mientras en el primer caso se está frente a una contradicción concreta, en atención al caso específico, entre una determinada aplicación de un precepto legal y la Constitución, en la segunda se afronta una situación de contradicción abstracta, absoluta y palmaria entre un precepto legal –sin considerar sus aplicaciones concretas– y la Constitución;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCUARTO: Que la diferencia descrita exige una distinta fundamentación de una y otra decisión. En efecto, en primer lugar, la Constitución exige congruencia entre las decisiones pasadas y la declaración de inconstitucionalidad, pero no una igualdad de argumentaciones. Cada uno de los exámenes de constitucionalidad de la ley va creando un verdadero sistema donde los controles pasados *"despejan"* a los futuros. Así, el control preventivo de la ley (artículos 37 y 45 bis de la Ley N° 17.997) se vincula con la acción de inaplicabilidad (artículos 47 B y 47 F, N° 2, de la Ley N° 17.997) y ésta a la declaración de inconstitucionalidad (artículos 47 R y 47 V de la Ley N° 17.997) [...]

Para ello, el TC conecta el control de constitucionalidad con la doctrina de los vicios de inconstitucionalidad (materia, forma y competencia) del siguiente modo:

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre el precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución. Por lo tanto, hay que buscar una identidad entre los preceptos constitucionales que fueron considerados como infringidos en sede de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad; no en la argumentación empleada en aquélla. Ello se demuestra en la forma en que está redactado el artículo 47 V de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, que señala: *"la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento"*;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCTAVO: Que en el presente caso existe una identidad entre las normas constitucionales que se consideran in-

fringidas con aquellas identificadas en las sentencias de inaplicabilidad previas. Se han declarado vulnerados los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución. Por tanto, los vicios que en esta sentencia se invocan son los mismos que se consideraron en las inaplicabilidades previas [...]

6. La sentencia comentada recoge la disidencia de los ministros señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán.

6.1. La disidencia de la Ministra señora Peña Torres se funda basalmente en el rol que el TC debe cumplir respecto a la declaración de inconstitucionalidad, un rol diferente al de los poderes públicos y en el que debe ejercer especial prudencia, siendo ambos aspectos cruciales para la autolimitación de su poder.

11°.- Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta juez disidente no comparte lo razonado en el considerando cuadragesimocuarto de la sentencia, que llama al juez constitucional a no "inhibirse" de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina "extrajurídicos" resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente;

12°.- Que, en esta misma línea de razonamiento, en diversos ordena-

mientos constitucionales comparados se ha tenido presente el peligro que encierra la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, si, como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad, se generará un efecto aun más nocivo del que tal declaración trata de remediar. Así, en Alemania, por ejemplo, se han elaborado diversas técnicas para suavizar el impacto político de las decisiones del Tribunal Constitucional o evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donal P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ffi edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, p. 53). De esta forma, si una norma declarada nula (inconstitucional) por el Tribunal Constitucional de Alemania ha abrogado la norma precedente, ésta no queda inmediatamente sin vigor como consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad sino hasta que el legislador competente llene la laguna existente (Olivetti, Marco, y Groppi, Tania. *La Giustizia Constituzionale* en Europa. Dott. A. Giufrre Editore, Milano, 2003, p. 111).

Por lo demás, debe recordarse que, tal como lo han planteado diversos profesores de Derecho Constitucional, encabezados por Pablo Contreras, y que se han hecho presentes en estos autos, durante la tramitación de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 mediante la Ley N° 20.050, se planteó una moción parlamentaria destinada a conceder el plazo de un año para la entrada en vigencia del fallo del Tribunal Constitucional que hubiere declarado la inconstitucionalidad de la ley. Agregan que *"con ello se pretendía crear una especie de período de creación normativa para que el Congreso Nacional regulara la materia que quedaría no cubierta por la inconstitucionalidad (...)."* (p. 6). Esta moción fue desechada, no obstante que habría contribuido a morigerar el impacto de la declaración de inconstitucionalidad en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo.

Los propios Tribunales Constitucionales también han ido dejando constancia en sus fallos de la preocupación por los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad. Así ocurre con la Corte Constitucional de Colombia, que ha afirmado que *"no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexequibilidad, por la sencilla razón de que puede ocurrir*

que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales." (Sentencia C-141/01, de 7 de febrero de 2001) [...]

6.2. La disidencia del ministro señor Navarro Beltrán busca ligar inaplicabilidad e inconstitucionalidad, no admitiendo nuevos fundamentos en la sentencia:

VIGESIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, como se ha explicado en el capítulo segundo, la única decisión a que está habilitada esta Magistratura de acuerdo a la normativa constitucional y legal vigente, es a declarar la contravención completa y absoluta entre el precepto legal ya declarado previamente inaplicable y la normativa constitucional aludida. No resulta factible, en cambio, declarar la inconstitucionalidad fundado en otros vicios o razonamientos, por justificados que éstos sean, los que incluso podría compartir de algún modo este disidente según se ha señalado en el capítulo primero de este voto. Y es que, como se ha sentenciado, *"este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad"* (Rol 1254) [...]

Asimismo, plantea que el artículo 38 ter no es un precepto legal decisivo en el resultado de las gestiones que motivan las acciones de inaplicabilidad, indicando para ello:

VIGESIMOSEXTO: Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, *"lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución"*. (Rol N° 472/2006. En el mismo sentido, roles N° 809 y 831, ambos de 2007). De lo que se trata en definitiva es de efectuar *"un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal*

que se impugna, para decidir la gestión" (roles N° 688/2006 y 809/2007). Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que "la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto", no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, *"en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución"* (sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 27°). Como se ha indicado por la doctrina autorizada, *"por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley"* (Gómez B., Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, p. 669). El requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, *"supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión"* (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). En suma, el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental o de fondo, esto es, sean normas ordenatorio o decisorio litis;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que el precepto legal que se solicitó inaplicar fue el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, modificado por el artículo 1° N° 15 de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005, y que dice relación con las tablas de factores que deben tomarse en consideración para la modificación de los planes, particularmente vinculados al sexo y edad de los beneficiarios. Sin embargo, el inciso final del artículo 2° de la aludida Ley N° 20.015 expresa –en su primera parte– que

"tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto";

VIGESIMOCTAVO: Que consta de los antecedentes de autos que a lo menos tres de los contratos acompañados que motivaron las respectivas acciones de inaplicabilidad previas fueron suscritos antes de 2005 (correspondientes a los años 1997, 1999 y 2000), habiéndose así incorporado a ellos los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento vigente, entre los cuales obviamente no se encontraba el artículo 38 ter de la Ley, en los términos actualmente vigentes, que, como se ha señalado, sólo fue incorporado el año 2005. Por lo mismo, por aplicación del artículo 2° de la Ley N° 20.015, el artículo 38 ter en cuestión no resultaba aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, a menos que el cotizante afiliado optara expresamente por su aplicación, lo que no habría acaecido. Tampoco pudo estimarse que la proposición de aumento de los costos del plan –y que habría motivado las gestiones pendientes de protección– importara aceptar un plan alternativo ni menos un plan de salud distinto, en los términos que señala el aludido artículo 2° de la Ley N° 20.015 [...]

Finalmente, la disidencia, de manera coherente con las decisiones de inaplicabilidad de quien la suscribe (ministro Navarro Beltrán), señala que en esta materia se estaría en presencia de una verdadera *acción de amparo*; peligro de desviación del control concreto observado recurrentemente por la doctrina local, advirtiendo el disidente lo siguiente:

TRIGESIMOQUINTO: Que, como ha señalado esta Magistratura, el sistema chileno de control de constitucionalidad de las normas es de carácter concentrado y compartido. Así, la protección de las garantías constitucionales respecto de actos u omisiones ilegales o abusivas corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva y a la Corte Suprema, en tanto el control de constitucionalidad de la ley, al Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución Política, en su artículo 20, establece el proceso de protección, cuyo tribunal competente es, según lo dispone la misma norma, la Corte de Apelaciones respectiva, en primera instancia, y la Corte Suprema, en

segunda instancia. Por su parte, el artículo 93 constitucional, en su numeral 6°, otorga competencia privativa a este Tribunal Constitucional para resolver acerca de la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, *"la acción cautelar de derechos fundamentales que contempla el artículo 20 y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Ley Fundamental, constituyen y dan origen a dos procesos completamente autónomos que deben iniciarse, sustanciarse y resolverse en la forma que indican la Constitución y sus leyes complementarias, destacándose, entre estas últimas, la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura"* (Rol N° 1324-2009);

TRIGESIMOSEXTO: Que este disidente estimó, adicionalmente, que de la lectura de los respectivos requerimientos de inaplicabilidad que motivaron la presente acción se estaba en el hecho frente acciones de amparo de derechos fundamentales, dado que lo que realmente se impugnaba era el aumento de los respectivos planes de salud, el que se estimaba abusivo, materias todas que corresponde sean resueltas precisamente en sede de protección;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, los cuestionamientos se encontraban también dirigidos a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud, en las que se fija la estructura de la tabla de factores, lo que este disidente estimó que debía ser impugnado a través de otras vías judiciales, como es el caso de los contencioso administrativos. En efecto, como lo ha señalado este Tribunal, *"el conflicto de que conoce esta Magistratura debe producirse entre la Constitución y un precepto de rango o fuerza de ley; pero no entre una decisión de una autoridad y la ley. De este último conflicto conocen otras instancias jurisdiccionales"* (Rol N° 1385/2009) [...]

7. Conclusiones

Finalmente, solo resta agregar que, en el extenso fallo –comentado y reproducido fragmentariamente–, se plantea una importante tarea pedagógica acerca de la diferencias entre inconstitucionalidad y derogación, control concreto y control abstracto, efectos de la sentencia de inconstitucionalidad (ex nunc o

pro futuro y sus problemas –por vía ejemplar: contratos válidamente celebrados y vigentes conforme a la ley declarada inválida, efectos inconstitucionales de dicha ley "derogada" a través del contrato– para prever las posibilidades de futuras inaplicabilidades ante el TC o el renacimiento de un control difuso de constitucionalidad de normas "derogadas" por los tribunales del fondo), entre otras muy importantes materias, respecto a las cuales –más allá de la cita a su propia jurisprudencia o la doctrina constitucional– el TC no siempre sale bien librado o derechamente incumple lo ofrecido, como cuando invoca la necesidad de argumentar de forma diversa en los tipos de control (abstracto-concreto) a partir de una misma doctrina acerca de los vicios de inconstitucionalidad.

En el juicio de legitimidad, que reitera la estructura argumentativa de las sentencias de inaplicabilidad, llama poderosamente la atención la vocación teórico-metodológica por el principialismo (en la versión de Alexy) que la sentencia profesa, principialismo o neoiusnaturalismo que es asumido sin asomo crítico, como buen sucedáneo (al parecer, siguiendo modas, según atestiguan las referencias a fuentes germanas o anglosajonas) de la ausencia de una dogmática de los derechos fundamentales.

Por otra parte, la sentencia comentada debería servir para sepultar un debate fatuo acerca de los efectos materiales de la declaración de inconstitucionalidad: derogación o invalidación (nulificación o nulidad). Hasta hoy, con motivo de los autos de inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil seguidos ante el TC, parte de la doctrina todavía habla de derogación, concepto que figurativamente emplea el artículo 94 de la Constitución. A tal asimilación también recurre Kelsen en sus obras teóricas de defensa del control concentrado y abstracto, donde define el Tribunal Constitucional como un *legislador negativo* o *destructor de leyes*.

JURISPRUDENCIA DEL TC EN MATERIA DE IGUALDAD ANTE LA LEY. ¿SALIENDO DE LA PURA TAUTOLOGÍA?

Jorge Correa Sutil [1]

El artículo que sigue presenta una visión sistemática de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional chileno en materia de la garantía contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y establece la prohibición a toda autoridad de incurrir en diferencias arbitrarias. Especial atención se presenta a los fallos dictados en el año 2010.

Tanto en Chile como en el extranjero se han vertido fuertes críticas a la extrema discrecionalidad que brinda a los jueces la aplicación de esta relevante garantía constitucional. El autor examina la jurisprudencia del Tribunal en busca de estándares que pudieran dotar de mayor contenido objetivo al significado de la norma. Concluye que la práctica constitucional chilena ha dotado de un significado intersubjetivo algo más denso a las palabras abiertas del texto constitucional, por lo que el desafío mayor –en aras de la propia igualdad jurisprudencial y de la certeza– parece encontrarse ahora en obtener y reclamar consistencia en la aplicación de esos estándares.

Presentación

No menos de 26 sentencias dictadas en 2010 por el Tribunal Constitucional (TC) en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debieron hacerse cargo de precisar el principio de igualdad; esto es, resolver si el precepto legal impugnado en ellas podía producir, en caso de aplicarse en las respectivas gestiones judiciales pendientes, efectos contrarios a la igualdad, asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aun descontando la

1 El autor es profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

mitad de ellas, que fueron seriales o repetitivas,[2] la cifra representa un número significativo de sentencias dictadas el año 2010, que han razonado acerca del significado de la norma constitucional que prohíbe al legislador y demás autoridades hacer diferencias arbitrarias.

Ciertamente el 2010 no ha sido el primer año en que el Tribunal ha debido vérselas con este toral principio de nuestra Carta Fundamental. Por el contrario, podría decirse que los fallos de 2010 en materia de igualdad, más que generar una línea doctrinaria nueva, reiteran aquella que se verificó a partir de 2006 cuando el Tribunal se hizo cargo de las inaplicabilidades. Sin embargo, de haberse verificado en el año que comentamos un proceso de consolidación jurisprudencial –que es en parte lo que examinaremos– no sería un fenómeno de menor importancia, considerando que uno de los principales aportes de una justicia constitucional consiste en colaborar en el proceso de dotar de un significado más denso y compartido a los escuetos principios de la Carta Fundamental.[3]

No pocos académicos, a la luz de fallos emitidos en años anteriores, han reaccionado con desdén frente al entendimiento de esta prohibición hecha por el TC y los tribunales superiores de Justicia. Siguiendo una perspectiva crítica que ciertamente se extiende más allá de nuestras fronteras, esas voces han señalado que las argumentaciones judiciales, bajo la apariencia de atribuir un significado más preciso y aplicar operativamente la norma constitucional, no hacen sino tautología, repeticiones circulares de argumentos artificiosos que no logran salir de una generalidad tal de conceptos que, a la hora de la aplicación –que es la que importa–, se mantiene en el terreno de la pura arbitrariedad; lo que finalmente les permite tomar decisiones (acerca de qué infringe y qué no infringe la prohibición de hacer diferencias arbitrarias) que no se fundan en el derecho, sino en sus propias preferencias personales.

La jurisprudencia del TC en materia de igualdad, iniciada en la primera mitad de la década de los 80, tuvo un enriquecimiento conceptual significativo a partir del año 2006, en que el Tribunal empezó a fallar causas de

2 La cifra se reduce a 13 sentencias si descartamos los fallos seriales, como los que se produjeron en causas en que lo impugnado era el artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, acusado –entre otras infracciones constitucionales– de vulnerar el principio de igualdad, varias de las cuales reproducen considerandos idénticos.

3 Sobre esta contribución de la jurisdicción constitucional a la democracia, ver el libro de Victor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid) 1997. Sobre el mismo tema, también un artículo de mi autoría: "Justicia constitucional y democracia", en *Revista de Ciencias Sociales*, 54 (Edeval) 2009.

inaplicabilidad. Cuando decimos enriquecimiento conceptual, nos referimos a que el Tribunal, tomando criterios empleados por doctrinas de influencia universal y particularmente los en boga en tribunales constitucionales europeos, declaró cuáles eran sus estándares para examinar si una norma infringe o no el principio de igualdad.

El presente artículo aspira a exponer sistemáticamente esos criterios, considerando fundamental, pero no únicamente, los fallos dictados en el año 2010. Saber si ellos han permitido o no al Tribunal salir del reino de la tautología y de la generalidad que deviene en puro *decisionismo*, en el que se le acusó de estar, exigiría dos esfuerzos adicionales que este artículo no emprende o solo aborda parcialmente. El primero consiste en examinar si esos criterios que el Tribunal emplea para determinar si se ha infringido o no la igualdad ante la ley tienen un significado suficientemente preciso para que, aplicados a casos hipotéticos futuros, diversos jueces debieran convenir en adjudicar un mismo resultado. El artículo no hace este ejercicio, pero relata sucintamente varios de los casos en que esos criterios se han aplicado y la manera en que han incidido en la resolución de los asuntos en que el Tribunal los ha invocado. Eso, esperamos, ayudará al lector a formarse un primer juicio acerca de si estamos o no frente a estándares de significado común o intersubjetivo, o meramente ante tautologías. El segundo esfuerzo consiste en discernir si el TC ha actuado o no con rigor al aplicar los criterios que enuncia. Este artículo no entra a ese examen. Habiendo sido yo mismo integrante del Tribunal hasta abril de 2009, habiendo en consecuencia, participado en varios de los casos anteriores a 2010 en que estos criterios tomaron forma o fueron aplicados, me parece que carezco de la necesaria distancia e imparcialidad para juzgar ese trabajo. Convencido, como estoy, del valor de la crítica y la doctrina sobre la labor jurisprudencial,[4] me esperanzo que alguien complete el trabajo que aquí inicio, con un afán más expositivo que crítico, como ya ha quedado dicho.

El desafío parece harto relevante, pues se trata nada menos que de alcanzar la igualdad en el trato judicial cuando se invoca este toral principio. Ello solo puede lograrse en la medida en que exista una sincera consistencia en la aplicación de unos mismos criterios definitorios de lo que sea la igualdad.

4 Para una justificación de la importancia que asigno a la tarea dogmática y crítica sobre la jurisprudencia constitucional, puede consultarse el libro de Victor Ferreres citado en la nota que antecede. También me parece referir el artículo de Fernando Atria, "Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Revista de Estudios Públicos*, (CEP) 2000; aunque en él el autor establezca otro vínculo entre doctrina constitucional y control judicial de la actividad legislativa. Sobre el mismo tema, ver también mi artículo referido en la nota que antecede.

El artículo se inicia con un brevísimo apartado que tiene por objeto ilustrar lo que quiero decir al indicar que algunos autores han acusado de pura tautología a la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de igualdad. A continuación, y ya entrando a sistematizar la jurisprudencia del TC en torno a este principio, el artículo analiza el fallo original que inició esa jurisprudencia y expone cómo sigue sosteniéndose, incluyendo los fallos dictados en 2010. Posteriormente, refiere los cinco criterios en que me parece pueden agruparse los razonamientos del TC, particularmente los del año referido, acerca de lo que exige el principio de igualdad ante la ley y examina cada uno, sistematizando el modo en que ha sido expuesto y aplicado por el TC.

1. Las acusaciones de tautología

No son pocos los autores chilenos que tienden a mostrar, incluso con cierto tono de exasperación, que la doctrina y jurisprudencia en materia de igualdad ha *navegado en un mar de tautología*. No siendo el objetivo de este texto afirmar o discutir esa precepción, nos satisfaremos con citar a tres, para así ilustrar la crítica de la que es objeto la labor judicial. Quien usa la expresión "mar de tautología" es el profesor de la PUC, Arturo Fermandois. Aunque en una nota precisa que emplea el término tautología en su acepción de "*repetición de un mismo pensamiento, expresado de distintas maneras*", sus imputaciones de tratarse de razonamientos inútiles y vacíos de contenido parecen acercarse a una segunda acepción más peyorativa del término: el Diccionario de la RAE nos dice que la voz escogida suele usarse también para aludir a repeticiones inútiles y viciosas. He aquí, los términos exactos del autor referido:

> No se requiere, en realidad, ninguna genialidad para observar que la doctrina y jurisprudencia sobre igualdad navega en un mar de tautología. A los iguales, se les trata igual y a los desiguales, desigual. Conforme, pero ¿es esta regla mínimamente útil para el Derecho Constitucional? Nos parece que no, porque mediante referencias recíprocas que expresan lo mismo, ha dado lugar a uno de los axiomas más inútiles acuñados en el Derecho, plenamente vacío de contenido e intrínsecamente tautológico. Desde siempre nos ha parecido, entonces, que las igualdades constitucionales adolecen de este grave problema en su concreción[5].

5 Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, segunda edición actualizada, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2006, p. 252. A diferencia del original, se ha omitido un punto

Me parece que Fernando Atria, en un trabajo de 1997, es quien ha formulado las críticas más severas a la jurisprudencia de igualdad. Las sentencias que examina corresponden más a tribunales superiores que al TC, aunque se amplían a este. Según Atria, las partes en un litigio no solo no tienen cómo predecir el contenido que los Tribunales darán a este principio, sino que también quedarán enteramente ignorantes de las razones que verdaderamente motivarán el fallo una vez que éste se dicte. Así, al parecer de Atria, aquellos a quienes la Constitución asegura solemnemente el derecho a la igualdad terminan en una de las cavernas más oscuras que imaginara Lon Fuller, entregados a un arbitrio judicial que limita además la soberanía popular y debilita la democracia. El autor funda su afirmación en el análisis jurisprudencial y sostiene que la jurisprudencia de igualdad ha incurrido en las siguientes seis tautologías:

> (1) que la igualdad consiste en la exclusión de privilegios, pero no ha dicho [la jurisprudencia] cómo distinguir algunos privilegios que ella no considera inconstitucionales de los que lo son; (2) que la igualdad implica *igualdad absoluta*, pero eso no ha sido nunca seriamente aplicado a caso alguno; (3) que, entonces significa *igualdad relativa,* es decir, que las leyes deben ser aplicadas, caso en el cual no se entiende porqué la igualdad es un derecho constitucional; (4) que la *igualdad relativa* debe ser entendida en un sentido *fuerte,* queriendo decir que lo que importa es que las diferencias de hecho en las circunstancias de dos personas o grupos sean tales que justifiquen el trato desigualitario, pero nunca ha dicho cuáles de todas las diferencias de hecho entre personas son aptas para ello y en qué circunstancias; (5) que la igualdad significa que no se pueden dictar disposiciones jurídicas particulares, pero que eso no implica la inconstitucionalidad de una ley que distribuye desigualmente derechos entre tres personas individualmente identificadas; y, en fin, (6) que la igualdad se opone a discriminaciones que a ella le parecen obviamente privadas de razón, pero no ha hecho público cómo (demonios) esto se puede saber de antemano[6].

aparte y se ha omitido la nota en la que el autor precisa el sentido en que usa la palabra tautología, conforme se refiere en el texto.

6 Atria, Fernando, "Los peligros de la Constitución. La ideas de igualdad en la jurisdicción nacional", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 36, (Universidad Diego Portales) 1997, p. 89.

Miguel Ángel Fernández, en su tesis doctoral, hizo lo que probablemente constituya el mayor esfuerzo realizado en Chile por encontrarle significado a la jurisprudencia chilena referida al principio de igualdad. Al concluir, aunque en un tono menos crítico, da cuenta de la misma imposibilidad de encontrar un parámetro jurisprudencial que permita predecir lo que la justicia resolverá en esta materia:

> Por ende y dado que **no resulta posible establecer un modelo o esquema** universalmente aplicable en todo **juicio de igualdad, será el juez en cada caso concreto y a la luz de los argumentos esgrimidos por las partes,** quién deberá **resolver si el trato dispensado infringe o no la isonomía** [7].

En el párrafo siguiente al que hemos citado, el autor señala que el juzgador habrá de apreciar, "**sobre la base del sentido común y a la luz del proceso,** con mayor claridad que la presupuestada en cualquier estudio o análisis jurídico abstracto, **qué es discriminatorio por arbitrario** y qué es lo que se ajusta al **principio de igualdad".**[8] El lector –agrego yo– habrá de convenir que "el sentido común" no resulta un parámetro muy preciso para que los justiciables sepamos cuál es el significado de uno de los principios centrales de la Carta Fundamental. El propio Fernández reconoce que, cuando el TC controla al legislador en esta materia, se verifica una superposición de valoraciones entre esos órganos y finalmente una primacía de las preferencias de los jueces.[9]

Detengamos aquí las citas. Ellas parecen suficientes para afirmar que influyentes estudiosos de nuestra jurisprudencia han acusado que, en materia de igualdad, ella es vacía o carente de significado, permanece en un nivel de generalidad (cuando no de viciosa repetición de inútiles argumentos) que no pasa de ser un velo tras el cual se esconde un arbitrio judicial que se impone al del legislador.

Nuestra intención, como hemos dicho, es exponer la doctrina de igualdad del TC, particularmente la contenida en las sentencias de 2010, para así avan-

7 Fernández González, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, (Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica Conosur), 2001, p. 321. (Énfasis añadido)

8 Ibíd. (Énfasis añadido)

9 En sus palabras: "Surge aquí, eso sí una vez más, el tema de la **superposición de valoraciones,** puesto que la calificación que hace el juez de la obra legislativa, en cuanto a si esa decisión normativa respeta o no el **principio jurídico de igualdad, lo obliga** a apreciar o estimar el precepto objeto de control. Se ha explicado, en este sentido, que la determinación del significado de la norma hay una preponderancia, en principio y teóricamente, del legislador, pero también se ha dicho que en el resto de la secuencia del **juicio de igualdad** surge, **inevitablemente, la primacía del tribunal".** Ibíd., p. 322. (Énfasis añadido)

zar un paso en la tarea –que otros ojalá emprendan– de reiterar, matizar o rectificar los juicios críticos que hemos consignado.

2. Los orígenes del entendimiento del principio de igualdad en la jurisprudencia del TC. La igualdad de los iguales y la razonabilidad de las diferencias

En los años 80, el TC inició su interpretación del principio de igualdad en torno a dos líneas que merecieron las críticas ya referidas: por una parte, dijo y reiteró que la obligación de no hacer diferencias arbitrarias obligaban al legislador a diferenciar situaciones diversas y, por la otra, sostuvo que eran diferencias arbitrarias aquellas que carecían de suficiente razonabilidad.

El hito inicial más importante en este tema lo constituye la sentencia del 5 de abril de 1988 (Rol 53), en la que el Tribunal examinó y declaró inconstitucional un precepto del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, por establecer una misma e idéntica sanción de apremio para casos de no pago de una multa, cualquiera fuera su monto o la infracción que la hubiera originado. Según razonó el Tribunal en ese fallo, la igualdad asegurada en la Carta Fundamental prohibía atribuir la misma consecuencia jurídica a situaciones objetivamente diversas. Además, el Tribunal, luego de enfatizar que la Constitución no prohíbe hacer diferencias, prohibiendo solo que ellas sean arbitrarias, razonó que no eran arbitrarias las diferencias que puedan calificarse de razonables. Para expresar ambas ideas el Tribunal se valió de una cita del autor argentino Linares Quintana:

> De esta manera la igualdad ante la ley consiste en que las **normas jurídicas deben ser** iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, **diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes**. "No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. **La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición [...]"** (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4°, pág. 263). [10] (Énfasis añadido)

10 Tomado del considerando 72° del fallo referido en el texto. El razonamiento acerca de por qué el precepto era inconstitucional puede encontrarse en el considerando 73, que establece: "73. Que el artículo 146 del proyecto, teniendo presente las consideraciones antes expuestas, vulnera el artículo 19, N° 2,

Sobre la base de esa cita y razonamiento, como se ha dicho, declaró inconstitucional un precepto que atribuía igual consecuencia a conductas diversas. Esta noción de que la Constitución no prohíbe al legislador hacer diferencias y que incluso le obliga a ello, ha sido reiterada con idénticas palabras, que se citan textualmente o se parafrasean, en un número considerable de fallos, incluidos varios dictados en 2010.[11]

La segunda idea matriz contenida en ese fallo Rol 53 es que no cualquier diferencia hecha por el legislador resulta aceptable para la Carta Fundamental. Citando nuevamente a Linares Quintana, el TC exigió que esas diferencias debían ser razonables; precisando que "**la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad**",[12] concepto que aparece entonces opuesto a que la diferencia sea "arbitraria", que es lo prohibido por la Carta Fundamental, en el numeral 2° de su artículo 19.

---

de la Carta Fundamental, por cuanto da un trato igual a situaciones desiguales, como lo demuestra el hecho de que una persona que sea condenada a cien unidades tributarias mensuales puede sufrir, por la vía de sustitución de la pena, treinta días de prisión y, en cambio, la persona que sea condenada a una unidad tributaria mensual sufre, por la vía sustitutiva, la misma pena de treinta días de prisión. Este trato igual para situaciones disímiles no resulta razonable, y como bien se ha dicho 'la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad'".

11 Así, a vía puramente ejemplar, ha ocurrido con las sentencias de las siguientes fechas y roles, en los considerandos que, en cada caso, se indican. Como podrá apreciarse, la tesis sigue siendo reiterada en varios fallos dictados en el año que nos ocupa de preferencia:
Tribunal Constitucional, Rol 219, sentencia del 31 de julio de 1992, considerando 17°.
Tribunal Constitucional, Rol 707, sentencia del 25 de octubre de 2007, la idea aparece supuesta en el considerando 11°.
Tribunal Constitucional, Rol 790, sentencia del 11 de diciembre de 2007, considerando 21°.
Tribunal Constitucional, Rol 784, sentencia del 20 de diciembre de 2007, considerando 19°.
Tribunal Constitucional, Rol 977, sentencia del 8 de enero de 2008, considerando 10°, aunque sin la cita de Linares Quintana.
Tribunal Constitucional, Rol 797, sentencia del 24 de enero de 2008, considerando 19°.
Tribunal Constitucional, causa Rol 755, sentencia del 31 de marzo de 2008, considerando 27°, luego reiterado, en casos análogos, roles 1138 y 1140 y en causa de inconstitucionalidad Rol 1254.
Tribunal Constitucional, Rol 1295, sentencia del 6 de octubre de 2009, la suponen los considerandos 104° y siguientes.
Tribunal Constitucional, Rol 1535, sentencia del 28 de enero de 2010, considerando 33°.
Tribunal Constitucional, Rol 1298, sentencia del 3 de marzo de 2010, implícita en el considerando 72°.
Tribunal Constitucional, Rol 1365, del 8 de abril de 2010, considerando 29°.
Tribunal Constitucional, Rol 1584, del 17 de junio de 2010, la supone a partir de los considerandos 19° y siguientes.
Tribunal Constitucional, Rol 1448, del 7 de septiembre de 2010, considerando 36°
Tribunal Constitucional, Rol 1502, del 9 de septiembre de 2010, considerando 11°.
Tribunal Constitucional, Rol 1414, del 14 de septiembre de 2010, considerando 14°.
Tribunal Constitucional, causa Rol 1399, del 4 de noviembre de 2010, considerando 12°.
Tribunal Constitucional, causa Rol 1307, del 20 de enero de 2011, considerando 11°.

12 Considerando 73°. Ver nota 9. (Énfasis añadido)

Lo que el Tribunal ha dicho en general de la obligación de igualdad, lo ha reiterado respecto de la igualdad de los gravámenes patrimoniales, las cargas públicas y de los tributos.

Sobre la base de afirmar la facultad y el deber del legislador de establecer consecuencias u obligaciones diversas para situaciones diferentes y someterlas al examen de razonabilidad, el TC ha estimado como no contrarias a la Carta Fundamental una multiplicidad de distinciones legislativas: así, por ejemplo, ha rechazado impugnaciones en contra de la Ley de Quiebras, en cuanto autoriza, respecto de ciertos deudores, a declarar su quiebra sin necesidad de acreditar insolvencia.[13] Con análogos criterios, permitió aplicar la regla que exige solo a los condenados por ciertos delitos graves, y no a otros, someterse a un registro genético o de ADN.[14] Otro tanto hizo al desechar un requerimiento en contra de los regímenes diversos existentes en materia de recursos para impugnar distintas resoluciones del Tribunal de la Libre Competencia.[15] De igual modo, validó aplicar la existencia de obligaciones especiales para las Compañías de Seguros de proveer financiamiento a Bomberos.[16] De manera análoga, no consideró que infringía la Carta Fundamental agravar las penas de algunos delitos por el resultado que en ellos se producía.[17] También ha permitido aplicar una regla diversa y más severa para calcular la aplicación de penas en el caso de delitos reiterados en la justicia militar que en la civil.[18] También consideró válida la diferencia hecha por el legislador al sancionar algunos delitos (y no otros) como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa.[19] Tampoco consideró que vulneraba la igualdad ante la ley establecer un tipo especial de sodomía, aplicable solo a aquellos casos en que el autor y la víctima (menor de edad) fueran varones.[20] En base a esos mismos criterios, consideró que se encontraban justificadas las diferencias hechas por el legislador en materia de excepciones oponibles por el deudor ejecutado cuando se trataba del cobro de deudas previsionales, en relación a

13 En la causa Rol 1414.

14 Tribunal Constitucional, Rol 1365.

15 Tribunal Constitucional, Rol 1448.

16 Tribunal Constitucional, Rol 1295.

17 Tribunal Constitucional, Rol 1584.

18 Tribunal Constitucional, (causa de Antuco), Rol 784.

19 Tribunal Constitucional, Rol 797.

20 Tribunal Constitucional, Rol 1683, 4 de enero de 2011.

aquellas que pueden interponer otros ejecutados.[21] También validó aplicar las diferencias establecidas en el DL 2.695 en materia de prescripción adquisitiva, mismas que resultan especiales respecto de las generales del Código Civil, aunque esas reglas no pasaron el examen en un caso en que no se verificaban las razones que justificaban esas diferencias.[22] También rechazó la impugnación que se hacía a un proyecto de ley que solo otorgaba reajustes a un tipo de pensiones y no a otro.[23] Validó también el Tribunal que se aplicara la regla que obliga solo a los abogados, y no a otros profesionales, a atender ciertos asuntos, aunque no permitió obligarlos a hacerlo gratuitamente.[24] De igual modo, declaró que resultaba posible aplicar la diferenciación hecha por el legislador al reajustar algunas pensiones y no otras.[25] Asimismo, consideró que calcular de una determinada manera una indemnización por no dar recibo de facturas no afectaba el principio de igualdad.[26] Son muchas entonces las diferencias hechas por el legislador que el Tribunal ha considerado que pueden aplicarse sin infringir el principio de igualdad ante la ley.

Aunque mucho más escasas en número, otras diferencias no han pasado, en su aplicación práctica, el examen de ser suficientemente razonables. Así, por ejemplo, el TC estimó que infringía la Carta Fundamental la diferencia establecida por el Código de Procedimiento Penal entre el Ministerio Público y otros intervinientes del proceso para impugnar ciertas resoluciones.[27] Igualmente, y como ya se ha referido, en 1988 declaró inconstitucional una norma que aplicaba un mismo apremio ante el no pago de multas de distinta cuantía por infracciones diversas. Asimismo, ha estimado en diversos fallos, varios de los cuales fueron dictados en 2010, discriminatoria la norma que permite a las Isapres subir en determinadas proporciones los planes de salud, de acuerdo a factores de edad y sexo. De igual modo, estimó, por decisión de mayoría, que infringía el principio de igualdad tratar tributariamente como rentas de trabajador dependiente, las que percibían los *prácticos de puertos*, en condicio-

21 Tribunal Constitucional, Rol 977.

22 Tribunal Constitucional, Rol 707.

23 Tribunal Constitucional, Rol 219, 1995.

24 Tribunal Constitucional en las causas Rol 755, 1138 y 1140, y luego en examen abstracto de constitucionalidad en la causa Rol 1254.

25 Tribunal Constitucional, Rol 790.

26 Tribunal Constitucional, Rol 1564, 2010.

27 Tribunal Constitucional, Rol 1502.

nes que reunían todas las características de trabajadores independientes.[28]

Desde el inicio de su quehacer, el TC ha entendido entonces que una diferencia arbitraria es aquella que carece de razonabilidad. A partir de 2006 esta definición, ciertamente tautológica, ha adquirido un significado algo más precisa, tal como pasamos a examinar.

3. Los cinco criterios que afloran de la jurisprudencia del TC para examinar si un precepto legal hace o no una diferencia arbitraria

Desde aquellas sentencias de los años 80, el análisis de los requisitos que debe cumplir una diferencia hecha por el legislador para no ser considerada arbitraria o pasar por el examen de razonabilidad ha sido desarrollado en fallos sucesivos, entre los cuales están los ya citados, hasta constituir –particularmente a la luz de una secuencia jurisprudencial de 2010– una doctrina constante. Ella exige cinco requisitos para examinar la razonabilidad de la diferencia hecha por el legislador: 1) el trato diverso se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes; 2) la diferencia no debe fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; 3) la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe ser lícita; 4) la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, y 5) la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables a la luz de ese examen de proporcionalidad. A esos cinco criterios, algunos fallos de 2010 y 2011 han agregado la noción, empleada por el Tribunal Constitucional alemán, de diferencias esenciales y no esenciales. Este último concepto, si bien ha sido enunciado, no ha sido explicado ni aplicado por el TC chileno en términos suficientemente precisos que permitan prever el alcance de su aplicación a casos específicos.[29] En esas condiciones, será empleado en el presente artícu-

28 Tribunal Constitucional, Rol 1399, 2010.

29 Si bien en los fallos en que se emplea, v. gr. roles 1273 y 1710 de fechas 20 abril y 6 de agosto de 2010, la clasificación resulta empleada para concluir que diferenciar combinadamente por edad y sexo establece diferencias que afectan igualdades esenciales como son la igual dignidad de hombres y mujeres, este razonamiento no permite dilucidar por qué un razonamiento análogo autoriza otras diferencias que emplean uno u otro criterio, y que los mismos fallos citan como ejemplo de diferencias lícitas. Otros fallos enuncian el criterio pero no lo aplican. Tal es el caso de las sentencias de fechas 4 de noviembre de 2010 y 20 de enero de 2011, dictadas en las causas Roles 1399 y 1370, respectivamente.

lo como una consideración adicional al criterio señalado en el numeral 1) que antecede.

4. Enunciación y examen del primer requisito para que una diferencia pueda juzgarse razonable: el trato diverso solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes

Para considerar que una diferencia de trato hecha por el legislador es razonable, el TC, en diversas sentencias, ha reiterado que la misma debe sustentarse en presupuestos objetivos. Al efecto, con frecuencia ha citado o referido jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España que así lo han establecido. El típico razonamiento con que se ha expuesto y reiterado esta exigencia puede leerse en el considerando 16° de la sentencia del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414:

> Que, por otro lado, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable **sino que además debe ser objetiva**. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador . (Énfasis añadido)

La exigencia de objetividad o de presupuestos objetivos de la diferencia no solo aparece en la sentencia Rol 1414 transcrita y en los Roles 755 y 790 que ella cita, sino que también es mencionada como exigencia en varios otros fallos. [30]

Lo que, a efectos de un análisis como éste, importa de los estándares jurisprudenciales es que tengan suficiente especificidad para poder darles una

30 Entre otras, en las siguientes sentencias de 2010: en la del 28 de enero, dictada en la causa Rol 1535, considerando 35; en la del 8 de abril, dictada en la causa Rol 1365, considerando 33; en la del 17 de junio, Rol 1584; en la sentencia de fecha 17 de junio, considerando 19; en la del 7 de septiembre, causa Rol 1448; en la del 9 de septiembre, Rol 1502, considerando 11; en la del 4 de noviembre, dictada en la causa Rol 1399, considerando 14°, y en el considerando 13° de la sentencia del 20 de enero de 2011, dictada en la causa Rol 1370.

aplicación operativa que permita prever resultados en nuevos procesos. Ello no resulta sencillo en este caso, pues, en general, los fallos no explican lo que este requisito de objetividad significa con precisión o lo que agrega al de la razonabilidad. En la búsqueda de dar un significado preciso a este estándar, es del caso registrar que, en las sentencias Roles 1273 y 1399, dictadas el 2010, y en la que falló la causa Rol 1370 de 2011, el Tribunal ha agregado a este concepto de las diferencias relevantes, el de las diferencias esenciales, razonando así:

> [...] estamos en presencia de una igualdad esencial cuando "personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables", de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales**, **así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada "nueva fórmula", consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto[31].

En el caso, la categoría fue empleada para concluir que la Ley de Isapres, al permitir la fijación de precios diversos de planes de salud por factores de edad y/o por sexo, había infringido la esencial igual dignidad entre personas. Ello parece aludir más bien al criterio de diferencias éticamente reprobables, o al menos sospechosas, al que aludiremos en el numeral siguiente. A todo evento, esos fallos no ayudan mucho a especificar el criterio desde que, como ellos mismos reconocen, hay casos en los cuales los criterios de edad y/o de sexo pueden ser empleados por el legislador sin afectar igualdades esenciales. De

31 Cita del considerando 15° de la sentencia dictada en la causa Rol 1370, de enero de 2011. (Énfasis añadido)

esa manera, y al remitir al complejo concepto de esencialidad, el criterio difícilmente ayuda a especificar el alcance de las diferencias constitucionalmente tolerables.

Otras sentencias no explican el criterio de la objetividad, pero lo aplican razonadamente, ayudando así a determinar su sentido y alcance. Así, en su considerando decimoprimero, el fallo del 8 de enero de 2008, causa Rol 977, aplica esa exigencia de objetividad, validando que el legislador pudiera establecer unas distintas clases de excepciones susceptibles de oponerse ante diversas demandas ejecutivas de desigual naturaleza, razonando de un modo que puede ayudar a fijar el alcance del estándar que nos ocupa:

> **Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca.** El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria[32].

De la aplicación del criterio habido en el fallo recién citado, de los términos en que es generalmente expuesto, del hecho de presentarse como opuesto a lo arbitrario y en razón que la exigencia de objetividad se dirige a los presupuestos de la diferencia, puede colegirse que lo que exige este requisito es que las situaciones a las que la ley atribuye consecuencias diversas o de las que sigue consecuencias jurídicas dispares sean fácticamente distinguibles según características relevantes que resulten reconocibles por cualquier observador

32 Énfasis del original. En un voto de minoría dictado en la causa Rol 797, varios Ministros previnieron razonando acerca del cumplimiento del requisito de objetividad de un modo que hicieron equivalente a que la distinción no se fundara en características adscritas que los sujetos no podían alterar o en preferencias que resultaban lícitas y comprendidas en el ejercicio de la libertad. Esta exigencia será examinada en el numeral siguiente. Nos referimos al considerando 4° del voto particular de tres Ministros en la causa referida, en la cual se razona así: "Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de **criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria**, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. **De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito".**

imparcial. Además, exige que la diferencia se funde en criterios éticamente aceptables, lo que será tratado en el número que sigue. Ciertamente, esa explicación no es suficiente para precisar el estándar que nos rige, pues aun exige discriminar entre las diferencias fácticas relevantes y las irrelevantes, pero nos permite avanzar un paso en la comprensión del derecho que nos rige.

Así entendida la exigencia de objetividad en la diferenciación, ella aparece exigida y aplicada en otra serie de fallos. Aludimos, por ejemplo, a lo que se razona en el considerando 72° de la sentencia del 3 de marzo de 2010, dictada en la causa Rol 1298, que, a su vez, alude al considerando 11° de la sentencia Rol 707, ambas referidas a casos en que se impugnó la aplicación de reglas contenidas en el DL 2.695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz. En esos fallos aparece con claridad que lo que cabe exigir de un trato diverso hecho por el legislador es que las situaciones que distingue lo sean fácticamente en propiedades relevantes, pues lo que se estima prohibido es "**el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que lo justifique"**[33].

Existen otras sentencias en que se destaca que la regla que establece la diferencia lo hace respecto de un universo de personas que pueden encontrarse en una misma situación y no respecto de individuos determinados. Así, por ejemplo, en el considerando 30° de la sentencia del 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, se consignó que la especial obligación de registro de huellas de ADN no se aplicaba a una persona en particular, sino a cualquier condenado por ciertos tipos de delitos. De manera análoga, en el considerando 104 de la sentencia del 6 de octubre de 2009, causa Rol 1295, el Tribunal destacó que la obligación de financiar a Bomberos se imponía a toda una clase de empresas, como eran las compañías de seguros, sin excepción. El carácter general de la norma aparece como una razón para validar su aplicación también, entre otros, en el considerando 27° de la sentencia del 31 de marzo de 2008, Rol 755.

33 La frase citada se encuentra contenida en el siguiente párrafo: "Además, para que se entienda infringida la igualdad no basta con que se introduzca una diferencia entre distintos sujetos imperados, sino que además es necesario que esa diferencia sea arbitraria, es decir, carente de una justificación razonable. Con ello, reiteramos la jurisprudencia de esta Magistratura según la cual "…considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, **no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley, asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohíbe es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique**, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979;" (STC rol N° 707, considerando 11)". (Énfasis del autor)

La misma doctrina de la necesidad de objetividad parece en el considerando 13° de la sentencia del 20 de enero de 2011, dictada en la causa Rol 1370.

En consecuencia, y para nuestros efectos, lo que importa retener es que, conforme a este primer criterio, la Constitución exige que una desigualdad de trato legislativo se funde en diferencias fácticas apreciables y relevantes que refieran a conductas y situaciones y no a personas determinadas.

5. Enunciación y examen del segundo requisito: para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, hace ya largo tiempo, que la diferencia que se hace en virtud de la raza o el color de la piel de determinados grupos resulta sospechosa y debe ser sometida a un escrutinio de razonabilidad especialmente severo, criterio que ha aplicado luego a otras categorías de personas, particularmente los llamados grupos vulnerables de la sociedad, aquellos que típicamente son objeto de prejuicios sociales que los aíslan.[34]

Concordando en esta misma noción, central a las revoluciones francesa y norteamericana, diversos tratados internacionales han prohibido discriminar a las personas en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. Desde esta perspectiva, se sostiene que la ley puede hacer diferencias en base a esos criterios, pero el goce de los derechos queda garantizado con independencia de esos rasgos adscritos que la persona no escoge o de las opciones que forman parte de su libertad personal.

Como quiera que se enuncie este principio, es común acervo jurídico de la humanidad que las diferencias legales que se fundan en esas características adscritas y opciones personales legítimas resultan sospechosas de ser producto de prejuicios hostiles hacia grupos o personas distintas a aquellas que ostentan posiciones dominantes, tienden a hacer perdurar situaciones de privilegio injustificables desde el punto de la igual dignidad de toda persona y resultan, a lo menos, sospechosas de carecer de la suficiente razonabilidad o, lo que es lo mismo, de ser arbitrarias.

34 La jurisprudencia puede ser consultada en cualquiera de los libros de casos de Derecho Constitucional, bajo el título de igualdad ante la ley. Para un análisis ya clásico de la misma, puede verse el libro de John H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press), varias reimpresiones.

El TC ha recogido esta misma noción, como un componente de las diferencias razonables. Típicamente la ha formulado citando, una vez más, jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el que, a su vez, la ha extraído de su par alemán. Así, a vía ejemplar, en el considerando 15° de la sentencia del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, el TC, citando una sentencia del 30 de enero de 2008, razonó:

> Que, como lo ha anotado esta Magistratura, "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, **siempre que la discriminación no** sea arbitraria ni **responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo**, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario *(Rol N° 986/2008)*. (Énfasis añadido)

En múltiples fallos se hace alusión a que los criterios diferenciadores no pueden fundarse en diferencias de hecho injustificables desde el punto de vista de juicios de valor socialmente dominantes. La frase que se repite en varios de ellos es la siguiente:

> De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español, "**no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados** (STC 128/1987). (Énfasis añadido)[35]

La misma idea, con expresa alusión a la jurisprudencia española y alemana, se ha repetido en otras sentencias.[36] Ella ha servido para declarar

35 Tribunal Constitucional, Rol 1365, 2010, considerando 29°.

36 Tal es el caso de los razonamientos contenidos en los considerandos 29° de la sentencia del 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365; el considerando 34° de la sentencia del 28 de enero de 2010, dic-

inaplicable primero e inconstitucional después la diferencia en materia de costos de planes de salud, que permite la Ley de Isapres, en función del sexo o de la edad de los afiliados. Sin embargo, en otras sentencias, el sexo y la orientación sexual de las personas no han sido considerados un factor odioso para distinguir entre ciertas figuras penales. En efecto, en los fallos en que se ha declarado inaplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933, que habilitan a las Isapres a alzar los precios en razón de factores etáreos o de género –varios de los cuales fueron dictados en 2010–, el Tribunal estimó que esa autorización no superaba el estándar de la no discriminación. El TC razonó en esas sentencias que variar un precio en consideración a un hecho inherente a la naturaleza humana, como lo son la edad o el sexo, es ilícito.[37] Una diferencia de sexo, no fue, sin embargo, considerada como hostil e ilícita al tratar de manera diversa el delito de sodomía hacia menores de edad entre hombres.[38] El TC justificó un tipo especial de protección hacia víctimas menores en defensa de su identidad sexual y en el interés superior del niño, pero no explicó qué factores permiten justificar el trato diferente en la relación abusiva de un hombre hacia otro de igual sexo, en relación a análogo abuso que podría cometerse en relaciones lésbicas o heterosexuales en que la víctima fuere también un menor de edad.[39]

En los mismos fallos sobre Isapres ya referidos, el Tribunal reprocha como discriminatorio que el precepto legal produzca una diferenciación según el nivel de ingresos de una persona, llegando incluso a impedir que ellas puedan permanecer en un tipo de sistema de seguro de salud privado. Tampoco expli-

tada en la causa Rol 1535; en el considerando 28° de la sentencia del 31 de marzo de 2008, dictada en la causa Rol 755, que luego se reiterara en otras análogas, como lo fueron las dictadas en las causas Roles 1138, 1140 y 1254. El 20 de enero de 2011, es reiterada en el considerando 12° de la sentencia dictada en la causa Rol 1307.

37 Típicamente, el razonamiento se encuentra en el considerando 61 de esa seguidilla de fallos. Al hacer esas consideraciones, el Tribunal no explica si toda vez que una distinción legal se haga en base a esos criterios que las personas no escogen libremente debe considerarse ilícita, lo que llevaría a resultados sorprendentes si se aplicara a las edades de jubilación o a los permisos de pre y post natal, o si por el contrario, hacer diferencia en base a esos factores debe tolerarse en determinados casos, cuál sería el criterio diferenciador y por qué no se satisfacía en la especie.

38 Tribunal Constitucional, causa Rol 1683, sentencia del 4 de enero de 2011, considerandos 23 a 34.

39 Tan solo en el considerando 32° hay referencia a la diferencia con las relaciones lésbicas, destacando que tan solo en las homosexuales cabe considerar que existe propiamente acceso carnal, pues el mismo exige que haya penetración, lo que no podría ocurrir en las relaciones lésbicas. El argumento no sirve para explicar por qué el tipo no se aplica cuando la víctima es mujer y el victimario hombre y parece tautológico, para diferenciarlo de las relaciones lésbicas, pues no justifica la relevancia constitucional de considerar el acceso carnal como factor determinante. El fallo tiene un voto de minoría, suscrito por tres Ministros, cuyo razonamiento recuerda que todo trato diverso hecho en base al sexo y orientación sexual de las personas es, conforme al derecho internacional, sospechosa de ser discriminatoria.

ca el Tribunal un criterio que permita distinguir el caso que trata de cualquier otro bien o servicio que tenga un precio o valor parcial o totalmente regulado por sus costos o por el mercado, y que típica y ciertamente se hacen prohibitivos para algunas personas conforme a su nivel de ingresos[40].

Más allá de la consistencia en la aplicación de este criterio o su significado exacto en casos debatibles, retengamos que lo esencial de él consiste en exigir que el criterio de clasificación que funda la diferencia legal sea sometido a un examen ético, según valores generalmente aceptados, de modo de poder detectar y cuestionar aquellas diferencias típicamente motivadas por prejuicios hostiles enquistados en grupos dominantes en contra de aquellos más vulnerables de la sociedad, particularmente cuando ellos se hacen radicar en características adscritas o en opciones impopulares, pero que deben estimarse como legítimas desde el punto de vista de la libertad individual.

6. Enunciación y examen del tercer requisito: la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita

El TC, siguiendo en esto una tendencia prácticamente universal en los países que cuentan con sistemas de control constitucional de la ley, somete las diferencias de trato que ella puede hacer a un examen de proporcionalidad. La categoría tiene raíces históricas antiguas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y ha sido modernamente formulada por Robert Alexy[41], al sistematizar criterios aplicados por el Tribunal Constitucional alemán en la segunda mitad del siglo pasado. Un primer requisito de ese juicio de proporcionalidad exige que la finalidad perseguida al hacer la diferencia (o al limitar el ejercicio de un derecho) persiga una finalidad jurídicamente lícita, la que se juzga típicamente a la luz de los principios y valores del derecho, partiendo por los consagrados por la propia Carta Fundamental.[42] De ese modo, se tolera que la ley haga una diferencia o que limite el ejercicio de un derecho a condición que se persiga una finalidad que pueda juzgarse como valiosa a la luz de la misma Carta Fundamental.

40 También se critica a estos fallos que, en control concreto, no acrediten que efectivamente los requirentes se encuentren en una situación económica que les impida o siquiera dificulte el pago de las primas de los seguros de salud. Entre otros, la crítica es formulada por Eduardo Aldunate, en su libro, *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio selectivo*, (Legal Publishing), 2009, pp. 12-21.

41 Principalmente en sus libros *Teoría de los derechos fundamentales* y *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, publicados, en varis ediciones por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Ambos textos han sido traducidos y presentados por Carlos Bernal Pulido; quien además ha divulgado la obra de Alexy a través de varios artículos en que la comenta, analiza y difunde.

42 La exigencia ha sido también fraseada como fines "constitucionalmente válidos" en sentencias como la del 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, considerando 19°.

La exigencia de que la diferenciación deba perseguir una finalidad lícita o constitucionalmente válida aparece en prácticamente todas las sentencias dictadas a partir del año 2006 en que el TC ha aplicado el principio de igualdad. Al formularla, el Tribunal ha reconocido con frecuencia traerla de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que a su vez la ha traído de la jurisprudencia alemana. Así, por ejemplo, y fundándose en varias sentencias anteriores que cita, la del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, la ha formulado así en su considerando 17°:

> Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone **analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos.** De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados. (Énfasis añadido)

La expresa referencia y cita de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español para invocar esta misma exigencia de finalidad constitucionalmente lícita o válida puede, por ejemplo, encontrarse en el considerando 20° de la sentencia del 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584, en que se destaca como una exigencia no única:

> Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además [...] (Sentencias 76/1990 y 253/2004)

En otros considerandos el mismo Tribunal, en un estándar que parece ser algo menos exigente, ha dicho que la finalidad debe ser "tolerable"[43], "razonable"[44], "avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresa-

43 Así aparece formulado en el considerando 11° de la sentencia del 9 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1502.

44 Tribunal Constitucional, Rol 755, 2008, considerando 41°.

mente incluidos en ellas"[45] o que los fines deben "excluir la presencia de arbitrariedad".[46]

Sobre la base de enunciar y, en algunas sentencias de fijar un alcance en su aplicación a este requisito de que la finalidad de la diferencia hecha por el legislador sea objetiva, constitucionalmente válida, tolerable o admisible dentro de los límites constitucionales, y así libre de arbitrariedad, el TC ha considerado que cumplen con este estándar fines explícitamente contenidos en la Carta Fundamental, como el de asegurar el derecho a defensa a quienes no puedan procurárselos a sí mismos.[47] En otras sentencias se ha aceptado que cumplen con estos estándares fines que no aparecen directamente consagrados en la Carta Fundamental pero que se han estimado congruentes con el deber del Estado de procurar el bien común, como lo fue la finalidad de moderar el gasto fiscal, lo que se consideró el fin lícito perseguido por normas que establecieron un reajuste diferenciado de pensiones;[48] o el deber de someter a los agentes económicos a las exigencias de la libre competencia;[49] o los casos en que ha considerado lícito que el Estado favorezca la regularización de títulos de la pequeña propiedad y así favorezca la economía nacional;[50] o la finalidad de garantizar el pago de las cotizaciones de seguridad social,[51] o la del buen funcionamiento del orden económico y mercantil.[52] En otras muchas oportunidades se han considerado fines lícitos aquellos que responden a algún principio de equidad, como lo fue el caso en que se estimó razonable el propósito de obligar a empresas aseguradoras que se beneficiaban con el trabajo de bomberos a aportar financieramente a ellos.[53] En muchas otras oportunidades se ha considerado lícito un fin por estimarlo propio de la

45 Así se frasea, citando un fallo de la Corte Suprema de México, en el considerando 22° de la sentencia del 11 de diciembre de 2007, dictado en la causa Rol 790.

46 Ese es el lenguaje contenido en el considerando 37° de la sentencia del 7 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1448.

47 Tal es el caso de las sentencias dictadas en los requerimientos de inaplicabilidad Roles 755, 1138 y 1140 y de inconstitucionalidad dictada en la causa Rol 1240, en cuanto legitiman el turno de los abogados aunque rechacen su gratuidad.

48 Tribunal Constitucional, Rol 790, 2007,

49 Tribunal Constitucional, Rol 1448, 2010. Ver especialmente considerando 38°.

50 En las sentencias del 3 de marzo de 2010 y dictadas en las causas Roles 1298 y 707, respectivamente.

51 Ver Tribunal Constitucional, Rol 977, 2008, especialmente considerando 19°.

52 Así, en la sentencia del 7 de diciembre de 2010, en la causa Rol 1564, considerandos 53 y 54.

53 Tribunal Constitucional, Rol 1295, 2009.

esfera de discrecionalidad del legislador, como lo es la manera de prevenir y sancionar la delincuencia, permitiendo, en consecuencia, penas más severas a determinados delitos, según lo dañoso de los resultados o sometiendo solo a los responsables de algunos delitos a la obligación de registrar sus huellas genéticas.[54] Igualmente, el TC ha considerado lícita la finalidad de protección del interés superior del niño para validar la existencia de un tipo penal especial de sodomía hacia víctimas menores aunque solo se tratara de relaciones homosexuales, excluyendo las lésbicas;[55] y, en muchas oportunidades ha considerado lícito perseguir la seguridad jurídica.[56]

Para comprender por qué el TC ha considerado como lícita la persecución de esta pléyade de fines, entre los que no solo se incluyen los expresamente consagrados en la Carta Fundamental, es útil recordar la ya tradicional y democrática doctrina de la deferencia hacia el legislador. Aplicada al examen de la licitud de los fines, el Tribunal ha planteado en varias sentencias que su control

> **no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados;** en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; **y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular.**[57] **(**Énfasis añadido)

54 Así, por ejemplo, la de sancionar con mayor gravedad una conducta según sus efectos, en sentencia del 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584; la de someter solo a los condenados por ciertos delitos a un registro de ADN, en la sentencia del 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365 y la de sancionar como consumados ciertos delitos aunque se encuentren en etapa de tentativa, en la sentencia del 24 de enero de 2008, en la causa Rol 797.

55 Tribunal Constitucional, Rol 1683, 2011, especialmente el considerando 28°.

56 Véanse, por ejemplo, las sentencias Roles 946 y 968 de 2008 y 1332 y 1356, de fechas 21 de julio y 27 de agosto de 2009, respectivamente. En el considerando 23° de la sentencia del 18 de diciembre de 2008, dictada en la causa Rol 1201, razonó que "La certeza o la seguridad jurídica es una de aquellas que más típicamente se reconocen como finalidades lícitas del derecho, al punto que, muchas veces, los filósofos del derecho se han preguntado si es la justicia o la seguridad su finalidad principal". El principio aparece como especialmente valorado también en la sentencia del 3 de marzo de 2010, dictada en la causa Rol 1298. Por otra parte, el Tribunal suele, en sus sentencias de inconstitucionalidad de normas vigentes, ponderar el beneficio constitucional de su invalidación con los costos que pueda producir para la seguridad jurídica, dando cuenta así de la importancia que asigna a este valor. Véase por ejemplo la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, de 6 de agosto de 2010, dictada en la causa Rol 1710, considerandos 42° y siguientes.

57 Tribunal Constitucional, Rol 1295, 2009 y reiterada en el considerando 73 de la sentencia del 3 de marzo de 2010, Rol 1298.

Para apreciar los límites de esta deferencia hacia el legislador, sería necesario examinar fallos que pongan esos límites, estimando como ilícita la persecución de ciertos fines. No nos ha sido posible encontrar fallos de esta especie, lo que podría estimarse como una señal de un alto grado de tolerancia del TC hacia el legislador en materia de determinar objetivos constitucionalmente aceptables.[58]

7. Enunciación y examen del cuarto requisito: para no ser considerada arbitraria, la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción

El TC, al igual que prácticamente todos los órganos que ejercen control constitucional en el mundo, ha exigido también como parte del test de proporcionalidad que las diferencias hechas por el legislador resulten adecuadas y necesarias para alcanzar el fin lícito que se proponen. De este modo, y en razón de la adecuación, han de estimarse como no arbitrarias las diferencias que puedan aceptarse como razonablemente encaminadas a lograr los fines y como arbitrarias aquellas inconducentes al logro de fines lícitos con que pretenden justificarse. De igual modo, no deben pasar el test de necesidad aquellas medidas que establecen medidas dañinas que pueden razonablemente evitarse por caminos alternativos.

Estas exigencias de adecuación y necesidad aparecen formuladas en más de un fallo del TC. Así, por ejemplo, se constata en el considerando 20° de la sentencia del 15 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584, particularmente en las expresiones que hemos destacado, que reiteran conceptos vertidos en dos fallos del año 2007:

> Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, **sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas** y proporcionadas **a dicho fin**, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por

58 Los fallos que más podrían acercarse a poner esos límites serían los de Isapres. Sin embargo, el motivo de la inaplicabilidad en esos casos no es, al menos explícitamente, que se considere ilícita la finalidad del legislador de establecer un sistema privado de seguros de salud.

> el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. (Énfasis añadido)

Igual frase se encuentra en el considerando 20° de la sentencia del 20 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 784. El criterio de idoneidad aparece también enunciado en otra sentencia de igualdad dictada el 2010[59] y aplicado en la del 3 de marzo del mismo año, en cuyo considerando 75° se razona en el sentido de que haber establecido una regla especial de prescripción adquisitiva aparece como un medio idóneo para favorecer la regularización del registro de la pequeña propiedad y así favorecer la economía, "ya que la titularidad de dominio que se le concede sobre la propiedad, efectivamente va a permitir que su titular la explote de un modo legítimo, accediendo a todos los medios disponibles en el mercado para llevar a cabo esa actividad. Que, por el contrario, sin dicha titularidad, la referida explotación se hace imposible."

El alcance de lo que es un medio idóneo aparece explicado en la sentencia del 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, en cuyo considerando 22°, y por medio de una cita de un fallo de la Corte Suprema de México, se señala que "En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido.".

El criterio de adecuación y necesidad también resultaron decisivos en las sentencias Roles 755, 1138, 1140 y 1254, en cuanto en ellas se concluye que la gratuidad de los abogados de turno no constituye una medida necesaria exigible al Estado para alcanzar el fin de procurar asistencia jurídica a quienes no pueden procurársela por sí mismos. Al mismo tiempo, esos fallos establecen que la obligación del turno sí es un medio idóneo para satisfacer el fin aludido:

> **Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines.** Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. [E]l Estado, entonces, pue-

59 Ver Tribunal Constitucional, Rol 1535, 2010, considerando 36°.

> de satisfacerla transfiriéndola a los abogados [...], pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución [...][60]

Como puede apreciarse de los razonamientos referidos y citados, el TC distingue, como hace universalmente la teoría del examen de proporcionalidad, entre los requerimientos de adecuación y de necesidad. Por el primero, examina la aptitud de la diferencia legal para alcanzar el fin estimado previamente como lícito; por el segundo, se pregunta si el o los gravámenes impuestos resultaban indispensables para alcanzar la finalidad, estándar que se probará insuficiente cuando existan medios alternativos menos dañinos e igualmente aptos para alcanzar la finalidad.

Al igual que el estándar de la adecuación, el de la necesidad resulta bastante graduable. En efecto, en su versión más exigente, no debieran superarlo aquellas medidas respecto de las cuales el juez pueda imaginar un medio alternativo igualmente eficiente para alcanzar el fin y que resulte menos dañoso para los otros derechos afectados; en su versión menos severa, el estándar se satisface por el solo hecho de no establecer costos innecesarios o fácilmente evitables.

Resulta, por último, de interés citar la manera en que los requisitos de adecuación y necesidad son empleados en la sentencia del 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, pues en ella se refleja que puede ser muy diverso el grado de exigencia que representan estos requisitos y que el TC más bien está por aplicarlos en un nivel de baja exigencia, satisfaciéndose con que haya una conexión racional entre el medio y el fin, con que el medio "se avenga" al fin o no resulte irracional la conexión y con que no se establezcan gravámenes innecesarios al logro del objetivo. Así, se lee en el considerando 26° del citado fallo, en el que se examinaba si un alza escalonada de pensiones era o no adecuada al fin de moderar el gasto fiscal y producir justicia distributiva:

> Al respecto, debe concluirse que la diferencia resulta razonable desde esta perspectiva, **pues, para lograr la finalidad** de moderar el gasto fiscal e ir mejorando las pensiones más bajas de las personas de mayor edad, **no resulta irracional o injustificado establecer** un sistema de reajuste que diferencie sobre la base de criterios de edad y monto de las pensiones, estableciendo escalas decrecientes de reajuste según aumente el

60 Tomado del considerando 46° de la sentencia del 31 de marzo de 2008, en la causa Rol 755.

monto de las pensiones a reajustar y disminuya la edad del pensionado. **Ambos criterios se avienen con la finalidad** de moderar el gasto público y con criterios de justicia distributiva.

El Tribunal ha explicado la laxitud de sus estándares en una fórmula que empleó en el considerando 6° de la sentencia del 24 de enero de 2008, dictada en los autos Rol 797, y que luego ha reiterado en varias ocasiones: [61]

> Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. **Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer** que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. **A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad** que se apreciará en el considerando que sigue. (Énfasis añadido)

8. Enunciación y examen de un quinto requisito: para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables

El TC, siguiendo también en esto una tendencia prácticamente universal, a partir de la sistematización hecha por Alexy de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, ha enunciado y aplicado el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Generalmente se explica éste como un ejercicio de ponderación entre los principios o bienes en juego, a objeto de evitar que, en procura de alcanzar objetivos lícitos, el legislador dañe desproporcionadamente otros bienes igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional. El examen –reitera siempre la doctrina– debe hacerse no respecto del peso de los bienes en abstracto, sino

61 Ver, por ejemplo, los fallos dictados por el Tribunal Constitucional en las causas Roles 825, 829 y 1295.

considerando específicamente, en el caso concreto, las probabilidades y magnitudes del daño y de los concretos beneficios previsibles con la medida legal en análisis.

De ese modo lo ha enunciado también el TC en un número significativo de fallos entre el 2006 y la fecha. Así lo deja patente el considerando 17° de la sentencia del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, al referir cuatro fallos anteriores y reiterar, particularmente en las expresiones que hemos ennegrecido, con el objeto de destacarlas, este quinto requisito:

> Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; **a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.** (Énfasis añadido)

Como puede apreciarse de la frase destacada, el TC, según lo anunciado, entiende que el juicio de proporcionalidad debe necesariamente sopesar los fines de la norma con los derechos afectados en la específica situación fáctica que se analiza.

Para el TC no es una exigencia que los beneficios sean claramente más que los daños, sino que el estándar es menor. Solo **se trata de verificar que los daños no sean abierta o manifiestamente desproporcionados a los beneficios susceptibles de esperar de la medida.** Solo si verifica esa abierta desmesura entre los beneficios y los daños previsibles, la diferencia debiera ser calificada de arbitraria o carente de razonabilidad. A partir de una cita de un fallo del TC español, el estándar ha sido enunciado por el TC chileno como una exigencia de evitar resultados **"especialmente gravosos o desmedidos".** Así, por ejemplo, en el considerando 20° de la sentencia del 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, se afirma:

> Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, **de manera que la relación entre la medida adoptada, el**

> **resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente** gravosos o **desmedidos**. (Énfasis añadido)

La misma idea de un estándar laxo o de abierta desmesura se expresó en términos de prohibir lo *abiertamente desproporcional*. Así, en la sentencia del 11 de diciembre de 2007, causa Rol 790, citando un fallo de la Corte Suprema de México, el TC chileno señaló que *"***el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales,** habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella [...]*"* (Énfasis añadido) La satisfacción del requisito a través de que éste no resulte *abiertamente desproporcionado*, figura también en el considerando 27° de igual fallo.

En otros fallos, la misma noción se ha expresado afirmando que el juicio de proporcionalidad exige que la distinción que hacen los preceptos legales sea "tolerable para el destinatario".[62] En la causa Rol 1365 el Tribunal, para estimar que el daño resultaba tolerable, se satisfizo con que el gravamen (de someterse a un registro de ADN) fuera también en beneficio del propio condenado. Por su parte, la sentencia del 3 de marzo de 2010, causa Rol 1298, juzgó que el gravamen de hacer perder su derecho de propiedad al poseedor inscrito en una prescripción adquisitiva especial de corto tiempo, resultaba proporcional ante la expectativa de los beneficios esperables del más rápido saneamiento de los títulos de propiedad.[63] De igual modo, se consideró tolerable y no desmedido el instrumento de obligar a los abogados a servir, aunque no gratuitamente, turnos obligatorios para asegurar el derecho a defensa.[64] En un mismo sentido, se han considerado proporcionales las mayores penas impuestas a los responsables de delitos según el daño que estos acarrean o los bienes jurídicos que protegen los tipos respectivos, todo ello con el fin de prevenir o abatir la actividad delictual. Asimismo, el TC justificó como proporcionado privar a los demandados de deudas previsionales de ciertas excepciones

62 Tribunal Constitucional, Rol 1535, considerandos 35 y 37, reiterado en el considerando 34 de la sentencia Rol 1365, del 8 de abril de 2010.

63 Ver especialmente el considerando 75° de la sentencia referida en el texto.

64 Tribunal Constitucional, Roles 755, 1138, 1140 y 1254. Ver especialmente el considerando 46 del primero de los fallos citados, el que se repite en los siguientes.

ante el beneficio esperado de garantizar su pago.[65] En ninguno de los casos citados el Tribunal ha exigido pruebas definitivas que lo convenzan, más allá de toda duda razonable, de que el fin se va a alcanzar, satisfaciéndose con un juicio de razonable probabilidad en la apuesta legislativa.

Que el estándar exista solo para prohibir casos de especial desmesura entre beneficios y daños probables y que no se exija certeza en el logro de los objetivos que justifican el daño o que se permita al legislador escoger *entre un abanico de medios* que no resulten *abiertamente desproporcionales* se explica por cuanto el juicio de constitucionalidad que aplica el TC chileno es uno de razonabilidad y no de méritos o de sustitución del legislador. Como ya se ha citado, al juicio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad "no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad [...]"[66]

Epílogo

Hemos realizado un somero examen de los dos criterios empleados por el TC antes de 2006 para dotar de algún contenido al principio de igualdad ante la ley, consistentes en la obligación de un diverso trato a las situaciones diferentes y a la obligación de pasar un estándar de razonabilidad para que la diferencia legal no pudiera ser calificada de "arbitraria", y por ende, de incurrir en la conducta constitucionalmente prohibida. Ambos criterios fueron típicamente criticados por la doctrina como puramente tautológicos, circulares, carentes de significado suficiente para permitir predecir resultados y así tener un derecho común que rigiera las relaciones sociales, evitando que éste equivaliera a la pura discrecionalidad judicial.

A partir de 2006, el TC, siguiendo criterios jurisprudenciales extranjeros, especialmente de la Europa continental, los que generalmente tomó de fallos

65 Tribunal Constitucional, causa Rol 977, sentencia del 8 de enero de 2008. El juicio de proporcionalidad se razona en el considerando 19°: "Debe concluirse también que la diferencia persigue un fin lícito, como es la seguridad en el pago de cotizaciones de seguridad social adeudadas y la celeridad de su cobro procesal, lo que se justifica en las peculiares finalidades y características que debe atribuirse a estas cotizaciones en el ordenamiento jurídico chileno. En ese sentido, el carácter gravoso que pueda significar para el demandado el hecho de no contar, en este tipo de juicios, con la respectiva excepción de ineptitud del libelo, resulta proporcionado a tales finalidades".

66 Tribunal Constitucional, Rol 829, considerando 21, reiterado en el considerando 32 de la sentencia del 8 de abril de 2010, Rol 1365.

españoles, va construyendo cinco estándares para examinar si una diferencia es o no arbitraria (o, si se quiere, seis, de agregarse el de las diferencias esenciales). 2010, con su abundante jurisprudencia en materia de igualdad, puede estimarse como el año en que esos criterios son reiterados y toman forma más o menos definida.

El objetivo de este artículo ha sido enunciar esos criterios o estándares con que el TC estima debe examinar si un trato diferente por parte del legislador ha de ser o no calificado de arbitrario y referir los casos en que ellos han sido formulados y/o aplicados. A partir de esas descripciones –y, mejor aun, si el lector va a los fallos referidos para juzgar por sí mismo–, se podrá valorar hasta qué punto esta batería conceptual nos ayuda a dotar al principio de igualdad de un significado intersubjetivo y común, capaz de limitar la discrecionalidad judicial; o si, por el contrario, continuamos navegando en un mar de tautologías, en referencias tan abiertas, vagas e imprecisas como lo es la propia idea de igualdad, lo que permite a los jueces imponer sus propias valoraciones a las del legislador.

Ciertamente la densidad conceptual no basta para dejar de navegar en el mar de la tautología y pasar a habitar en las aguas de un derecho común, de significado intersubjetivo que limite y controle la arbitrariedad de los que ejercen poder, incluyendo a los jueces. Para ello, sería necesario también –entre varias otras exigencias que no analizamos en este artículo– que los tribunales apliquen con rigor sus propias doctrinas y las mantengan en el tiempo, si no inmóviles, al menos con un alto grado de permanencia y con variaciones escasas y bien explicadas. Ciertamente, esto es de la máxima relevancia pues, más que elaborar una dogmática docta o incluso sabia, lo que se pide a los tribunales es que apliquen bien aquella que enuncian.

En un libro reciente, a propósito de la doctrina del examen concreto de inaplicabilidad, que el TC reitera con frecuencia, Eduardo Aldunate, analizando los fallos sobre Isapres, señala que "Este patrón discursivo se repite en otros casos, donde la referencia al caso concreto del control es simple anuncio de lo que el Tribunal no hace."[67] A mi juicio, esta es una de las críticas más severas que pueden hacerse a un fallo o a una línea jurisprudencial. Dejo pendiente este importante examen: el de la consistencia en la aplicación de los estándares que el Tribunal Constitucional ha validado para examinar si las diferencias legislativas incurren o no en diferencias arbitrarias. Ya he dicho

67 Aldunate, E., op. cit., nota 39, p.15.

que, habiendo participado en el Tribunal, no creo tener la suficiente distancia y objetividad para emprender esta mirada necesariamente más crítica.

Dentro de márgenes, el derecho aspira a la certeza. En el caso del derecho constitucional, típicamente más conformado por principios abiertos que por precisas reglas, ese significado común solo puede construirse al cabo de años de práctica institucional consistente, a condición de que ella tenga un alto grado de aceptación social o que, al menos, sea percibida como legítima. Es probable que los estándares para examinar si una diferencia es arbitraria o razonable que hemos esbozado se mantengan en el tiempo. El desafío es entonces avanzar en dotarlos cada vez más de un significado intersubjetivo y de aplicarlos y requerir que se apliquen consistentemente.

EL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA: PRÓLOGO DEL INCUMPLIMIENTO

Jorge Contesse [1] *y Domingo Lovera* [2]

El presente trabajo aborda la implementación del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin bien se repasa críticamente la reglamentación de la cual fue objeto el Convenio, el énfasis se centra en el análisis de las decisiones judiciales dictadas al respecto en el marco de acciones constitucionales (y una acción civil) intentadas desde los pueblos indígenas. Tal análisis muestra que, mientras algunas Cortes de Apelaciones se han acercado a una lectura del Convenio respetuosa de sus objetivos, las decisiones de la Corte Suprema han sido (en su mayoría) fieles a una tesis restrictiva impulsada por el Ejecutivo desde la entrada en vigencia del tratado, en oposición a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

1. Introducción

La entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT (en adelante el Convenio o Convenio 169, indistintamente), junto a su posterior desarrollo legal y jurisprudencial, ha tenido un efecto profuso desde un punto de vista cuantitativo pero deficiente en su desarrollo dogmático. Su impacto ha sido profuso porque, según veremos, desde su entrada en vigencia –dicho más precisamente, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial– comenzó a ser corrientemente utilizado ante las Cortes de Apelaciones por los pueblos indígenas.

A pesar de la importancia política de su aprobación, así como de las declaraciones de buena voluntad al respecto,[3] se ha observado un acercamiento descuidado

1 Profesor asistente, Facultad de Derecho, UDP.

2 Profesor asistente, Facultad de Derecho, UDP.

3 *Cooperativa.cl*, "Chile promulgó Convenio de la OIT sobre derechos indígenas", 14 de octubre de 2008. En palabras de Álvaro Marifil, director de la Conadi, "este convenio es una de las más importantes

a los estándares que el Convenio fija, particularmente en materia de los derechos de consulta y participación. En efecto, según argumentamos en este trabajo, el desarrollo legal del mismo (vía decreto supremo) ha sido poco cuidadoso con los objetivos del Convenio. Este descuido que se explica en parte –pero solo en parte– por la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que dejó al Convenio como pieza de museo: importante para conocer de dónde venimos, que ha pasado y cuántas voluntades se comprometieron, pero de escasa utilidad práctica.[4] La postura oficial en la materia –la del último gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, así como la del entrante de la Coalición por el Cambio (de Sebastián Piñera)– ha impactado también el trabajo de las Cortes; de acuerdo a las autoridades políticas, en materia de derechos de los pueblos indígenas, las leyes sectoriales vigentes al momento de la promulgación del Convenio permiten traducir en clave legal doméstica los estándares del mismo.[5] Los tribunales, no de forma consistente, pero con mucha fuerza desde la Corte Suprema, han refrendado dicha interpretación.

El trabajo parte con una revisión del modo como reglamentariamente se ha limitado el alcance del Convenio 169, cuestionando la forma como el gobierno anterior reguló la materia, siendo ello sancionado por el gobierno de Sebastián Piñera. En seguida, se repasa brevemente los casos –en su mayoría, recursos de protección– que han ido generando una jurisprudencia errática que, en lugar de atender los reclamos de los pueblos indígenas en cuyo favor se adoptó y ratificó el Convenio, se cuadra con una postura restrictiva impulsada por el Ejecutivo.

2. Una nueva norma en el derecho chileno

La ratificación del Convenio 169 fue una promesa que la Concertación de Partidos por la Democracia hizo en 1989 al suscribir el Acuerdo de Nueva Imperial con representantes de pueblos indígenas. A pesar de que el Presidente

reivindicaciones de los pueblos indígenas de Chile desde 1989 y es parte del cumplimiento del plan de acción Re-conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad".

4 Avanzamos críticas a esta decisión, en especial en lo relativo a la forma en que el TC comprendió las normas sobre participación, en Contesse, Jorge y Lovera, Domingo, "Pueblos indígenas y participación política en la óptica del TC", en *Anuario de Derecho Público 2010*, (Universidad Diego Portales), 2010, p. 21.

5 Coordinación de Políticas Indígenas del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, "Memoria presentada por el gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008", pp. 20-21, disponible en: http://www.conadi.cl/images/MemoriaConvenio169OIT%281%C2%Boseptiembre%202010%29.pdf.

Patricio Aylwin envió el tratado al Congreso Nacional en 1991, no fue sino hasta 2008 que éste le dio su aprobación. Los argumentos relativos a que la nación chilena es una e indivisible, que un tratado como éste podía poner en cuestión este carácter unitario e incluso la posibilidad de secesión, marcaron buena parte del debate parlamentario que obstaculizó en reiteradas ocasiones el cumplimiento de la promesa electoral. Finalmente se consiguieron los votos necesarios, aun cuando el Gobierno de Michelle Bachelet quiso ratificarlo con una declaración interpretativa que habría limitado su alcance. La declaración fue rechazada por la propia OIT.[6]

2.1. El Decreto Supremo 124 de Mideplan[7]

Hasta la entrada en vigencia del Convenio 169, la regulación sobre cuestiones indígenas en Chile reposaba en la Ley Indígena de 1993. A los pocos días de entrar en vigencia el Convenio, el Gobierno de Michelle Bachelet publicó un decreto supremo que reglamentaba la norma sobre participación de dicha ley.[8] El objeto era regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, reconociendo que las normas del Convenio 169 sobre estas materias –los artículos 6 y 7– tendrían vigencia inmediata, pero que de todos modos necesitaban de articulación interna para su aplicación.

Lo cierto es que el decreto supremo restringió el ámbito de aplicación de la consulta y la participación tal como están prescritas en el Convenio. Así, por ejemplo, ya desde la definición de la consulta surgen problemas: el Convenio 169 dispone la obligación de los gobiernos de "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente", mientras que el decreto chileno dispone que la consulta es

> el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar

6 Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, (Universidad Diego Portales), 2008, pp. 366-371.

7 Esta sección está basada en el capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas –elaborado por Jorge Contesse– del *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, (UDP) 2010.

8 Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación, publicado el 25 de septiembre de 2009. Además de la firma de la Presidenta, el decreto supremo fue suscrito por los entonces ministros de Planificación, Paula Quintana; Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo; Secretaria General de Gobierno, Carolina Tohá; de Agricultura, Marigen Hornkohl; de Educación (s), René Cortázar; de Bienes Nacionales, Romy Schmidt; y por el subsecretario de Planificación, Eduardo Abedrapo.

> su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados ... en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas (art. 2).

La reglamentación chilena señala en una misma frase que la consulta se hace "a través de los sistemas que este reglamento diseña" y "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas", siguiendo la fraseología del tratado internacional. El problema es que, en detalle, las disposiciones reglamentarias efectivamente diseñan un sistema de consulta que establece una serie de restricciones a su ámbito de aplicación.

2.1.1. Definición de consulta

El decreto supremo entiende por consulta el "procedimiento a través del cual los pueblos indígenas [...] pueden expresar su opinió[n]". Desde el punto de vista del derecho internacional, la consulta es más que la posibilidad de opinar respecto de una determinada medida administrativa o legislativa. En opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, este mecanismo lleva adelante "negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y [que] se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no [como] consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones".[9] Es decir, no se satisface la obligación que pesa sobre el Estado de consultar a un pueblo indígena por el solo hecho de escucharlo; sin embargo, en el decreto supremo esa posibilidad es plenamente admisible.

2.1.2. Ámbito de aplicación

El Convenio 169 no distingue las materias que deben ser sometidas a consulta. Su letra es clara: se debe consultar a los pueblos indígenas "cada vez que se

9 Naciones Unidas, *Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas*, capítulo principal del informe presentado por el relator James Anaya ante el Consejo de Derechos Humanos, 12ffl período de sesiones, septiembre de 2009, punto 41.

prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". El decreto, en cambio, prescribe que la consulta procede respecto de "determinadas medidas". Por eso, si el Convenio no distingue, no le es lícito al Estado de Chile hacerlo sin que al menos esgrima una razón poderosa para ello. Y no lo hace. De esta manera, comienza a reducirse el ámbito de aplicación del Convenio por una vía cuestionable como es la reglamentación administrativa.

El decreto supremo señala en su artículo 14 que las medidas administrativas que pueden consultarse son "las nuevas políticas, planes y programas [...] elaboradas por los órganos de la administración del Estado". Si bien el estándar de "medidas" es el que se ocupa en el Convenio, se lo interpreta de manera restrictiva, como se vio en la implementación jurisdiccional del Convenio cuando una Comisión Regional del Medio Ambiente entendió que un acto administrativo "la medida administrativa por excelencia" no debía ser sometido a consulta.

Respecto de las medidas legislativas, el mismo artículo dispone que "son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de le[y]". Ello también reduce el ámbito de aplicación sin fundamento. El Convenio no establece que solo las ideas matrices de una medida legislativa deban ser objeto de la consulta; el objetivo es que la opinión de los pueblos indígenas sea considerada, ponderada y pueda influir en el proceso de toma de decisiones públicas. Por eso, limitar la consulta en el proceso legislativo a ideas matrices de un proyecto puede significar en la práctica que la consulta no se lleve adelante como prescriben los estándares internacionales.

El decreto supremo 124 dispone además que el procedimiento de consulta debe ser aplicado por una serie de organismos del Estado, entre los que se incluyen ministerios, intendencias, gobiernos regionales y servicios públicos (artículo 4). Sin embargo, se excluye a los órganos administrativos que más interacción tienen con comunidades y pueblos indígenas: las municipalidades. En efecto, se dispone que estas "podrán someterse a las normas en él establecidas, si lo estiman pertinente" (artículo 4), pero el Convenio no hace distinción: se debe consultar "cada vez" que se prevean medidas que puedan afectar a un pueblo indígena; como es evidente, los municipios permanentemente lidian con cuestiones que inciden e interesan a los pueblos indígenas. Su exclusión del ámbito de la consulta es injustificada.

Además de las municipalidades, queda fuera del ámbito de aplicación del decreto supremo una materia altamente sensible para la protección de los

derechos de los pueblos indígenas: los proyectos de inversión. Como se sabe, los efectos de los proyectos de inversión y desarrollo en las tierras y costumbres indígenas suscitan gran parte de los problemas entre éstos y los Estados. El decreto no incluye tales proyectos dentro de las materias que pueden ser consultadas, pues dispone que "los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [...] serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales" (artículo 9). Ahora bien, las leyes sectoriales chilenas –tales como el Código de Minería, el Código de Aguas y la ley eléctrica, entre otros cuerpos normativos– se caracterizan por no tener normas sobre consulta o participación. Solo la ley de bases del medio ambiente contiene normas sobre participación ciudadana, pero, por una parte, es discutible que se trate de una ley sectorial en tanto fija las bases generales en materia ambiental y, por otra, su procedimiento de participación es muy restrictivo.[10] Como se demuestra más adelante, las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental han limitado, antes que favorecido, la consulta a pueblos indígenas.

A pesar de que la regla general es que los proyectos de inversión quedan excluidos del ámbito de la consulta, el decreto supremo contempla la posibilidad de que la autoridad aplique de todos modos las normas sobre consulta. La inobservancia del Convenio radica en que, por un lado, ello es facultativo, mientras que el estándar internacional es que cada vez que se debata una medida se debe consultar a los interesados, y, por otro, en que el decreto fija un plazo que en el Convenio no figura. En efecto, si se decidiera aplicar el procedimiento que fija el Decreto Supremo 124, el proceso de consulta debe quedar "concluido en un plazo máximo de noventa días", no contado desde la última gestión realizada, sino desde "la primera presentación que se haga relativa al proyecto" (artículo 5). La práctica comparada demuestra que los procesos de consulta dependen de muchas variables; por ello, el Convenio no fija plazos. En cualquier caso, no es sensato disponer de lapsos tan cortos como los que ideó la autoridad administrativa chilena.

Aun si, como lo establece el decreto, la autoridad quisiera iniciar un procedimiento de consulta, el tenor de la reglamentación es claro respecto a la finalidad del mismo: no impedir que la medida se adopte de todas formas. En efecto, de acuerdo al artículo 12 del decreto supremo, la finalidad de la con-

10 Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, (UDP) 2009, pp. 390-405.

sulta es la de "llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas, lo que implica la voluntad de efectuar las adecuaciones que sean razonables, posibles, necesarias y pertinentes a los pueblos indígenas, sin que ello impida la realización de aquéllas".

Se trata, como es posible observar, de una reglamentación de dudosa constitucionalidad, que desatiende obligaciones internacionales sin que siquiera haya un acto del Parlamento de por medio. Con esta forma de regular los deberes normativos que impone el Convenio, no sorprende que en muchos casos la interpretación que hacen las Cortes se oponga a los compromisos que Chile ha suscrito en esta materia.

3. Jurisprudencia sobre el Convenio 169

En el poco tiempo que lleva de vigencia en Chile el Convenio 169, se han dictado varias sentencias judiciales que se pronuncian sobre su valor normativo, así como sobre su conexión con otras normas del ordenamiento jurídico nacional. Se aprecia que en las Cortes de Apelaciones la tendencia es a dar lugar a las normas del Convenio, incluso por sobre las normas internas, como obliga el derecho internacional público cuando no es posible aducir normas internas para incumplir con lo dispuesto por un tratado internacional.[11] Sin embargo, al llegar a la Corte Suprema, en general las argumentaciones basadas en el Convenio 169 se deshacen. Salvo un caso, fallado por la sala civil de la Corte Suprema, el máximo tribunal ha ido desarrollando, en su sala constitucional, una jurisprudencia que desatiende las obligaciones de Chile y sitúa al Estado –una vez más– en la senda del incumplimiento de sus compromisos internacionales, exponiéndolo a ser reprendido por órganos de supervisión y monitoreo de tratados.[12]

A continuación se revisan algunas sentencias que han resuelto situaciones en que el Convenio 169 ha sido utilizado por los recurrentes.

3.1. Caso Machi Francisca Linconao

Al día siguiente de ser publicado en el Diario Oficial el Convenio 169 de la

11 El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

12 En el *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004*, (UDP) 2004, pp. 11-133, se estudió en detalle la manera en que el Poder Judicial, específicamente la Corte Suprema, ha sido objeto de denuncias ante organismos internacionales –y en muchos casos de condenas– por violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco daba inicio a lo que sería una tendencia de las cortes de alzada del sur del país: utilizar el tratado internacional para interpretar las normas nacionales, así como para resolver disputas entre comunidades indígenas y autoridades administrativas y particulares.

El primer caso es el de la machi Francisca Linconao Huircapán, quien interpuso un recurso de protección en contra de la sociedad Palermo Ltda. que impugnaba la tala de árboles en un sector aledaño a manantiales, que para la cultura indígena representan lugares sagrados, y a una distancia no autorizada por las leyes nacionales. También se objetó que la empresa plantara especies exóticas porque ello alteraba el medio ambiente en el cual la recurrente, como machi, recogía plantas medicinales.

El caso es de interés porque la Corte de Apelaciones cita diversas fuentes para justificar la validez del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, incluyendo aspectos relativos a la cultura y cosmovisión de un pueblo indígena, en esta ocasión el pueblo mapuche. A pesar de que, al momento de conocer la causa, el Convenio 169 no entraba aún en vigencia, la Corte, razonando de buena fe, lo trajo a colación para una mejor comprensión del asunto:

> el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el ius cogens y el denominado bloque constitucional [...][13]

De esta manera, en conjunto con una serie de fuentes doctrinales, así como otros tratados internacionales, además de las normas nacionales sobre tala y manejo de árboles, la Corte de Apelaciones de Temuco ordenó a la empresa abstenerse de talar árboles dentro de un perímetro determinado. La sentencia fue confirmada por la tercera sala de la Corte Suprema, aunque los ministros Pierry y Araneda estuvieron por eliminar toda referencia a la doctrina y tratados internacionales, dando luces de la que sería su línea jurisprudencial en lo sucesivo.

13 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, considerando 10.

3.2. Caso Lof Palguín

En enero de 2010, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección interpuesto por dos comunidades mapuche que impugnaron la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía, que calificó favorablemente un proyecto de piscicultura en el sector de Palguín, cerca de Villarrica.

La Corte de Temuco dio plena vigencia a las normas sobre consulta, trayendo a colación los fallos del Tribunal Constitucional que declararon los artículos 6 y 7 como autoejecutables,[14] esto es, que no requerían de desarrollo normativo, cuestionando con ello el Decreto Supremo 124 por contravenir lo estipulado en el Convenio 169. La Corte entendió que los Estados no pueden incumplir sus obligaciones internacionales aduciendo su derecho interno, como es un decreto supremo.[15] En consecuencia, la Corte dispuso que la resolución de calificación ambiental quedaba sin efecto, pues no se había consultado a los pueblos indígenas. Además, interpretó que un acto administrativo –en este caso, una resolución de calificación ambiental– es una medida administrativa que, según el Convenio, debe ser objeto de consulta.[16]

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia. El argumento del máximo tribunal fue que la consulta a los pueblos indígenas está sujeta a las normas sobre participación ambiental de la legislación chilena. La Corte Suprema argumentó que no era necesario aplicar un proceso de consulta pues se trataba de una Declaración de Impacto Ambiental, no de un Estudio de Impacto Ambiental (las primeras no contemplan espacios de participación ciudadana; los segundos, sí).[17]

Este razonamiento, que se va asentando en la jurisprudencia, es problemático porque subordina lo dispuesto por un tratado internacional a la normativa chilena, lo que atenta contra el derecho de los tratados y expone a

14 Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, sentencia del 4 de agosto de 2000 y Rol 1050-2008, del 3 de abril de 2008.

15 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, considerando 7: "[...] citar este Decreto como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno".

16 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, considerando 9.

17 Corte Suprema, Rol 1525-2010, sentencia del 17 de mayo de 2010. A este respecto, considérese que, de acuerdo al artículo 11 de la Ley 19.300, los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental requerirán un Estudio de Impacto Ambiental en ciertas hipótesis que en él se indican. En los demás casos, el proceso de evaluación se debe hincar vía Declaración de Impacto Ambiental. La diferencia entre ambos procesos, a efectos de los que acá discutimos, es que los Estudios gatillan etapas de participación ciudadana, cosa que no ocurre en el caso de las Declaraciones. Como analizaremos en la sección 4, sin embargo, esas formas de participación han sido objeto de numerosas críticas.

Chile a verse apuntado como un país que no cumple con los compromisos internacionales.

3.3. Comunidad Pepiukëlen

La comunidad Pepiukëlen, ubicada en el sector de Pargua, Región de Los Lagos, ha librado diversas batallas judiciales en tribunales chilenos e internacionales por los conflictos con la empresa pesquera Los Fiordos, perteneciente al consorcio Agrosuper.[18]

Un nuevo conflicto surgió cuando, en febrero de 2010, la empresa inició la construcción de una piscina de contención con el fin de almacenar aguas contaminadas a no más de tres metros del recinto de la comunidad afectada y a tan solo cincuenta metros, aproximadamente, del lugar donde ésta realiza sus actividades espirituales y culturales. En razón de dichas afectaciones a sus derechos, entre los que se cuenta el derecho a ser consultados, la comunidad mapuche interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. La Comisión Regional del Medioambiente, demandada en el recurso, señaló que Los Fiordos actúa bajo las normas establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental a las que fue sometido el proyecto, por lo que cualquier cambio que no sea de consideración no necesita ser ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Y, por lo mismo, el requisito de la consulta previa no se aplica en tal caso.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso interpuesto por la comunidad indígena. Aunque sin explicitarla, la sentencia se hace cargo de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso Palguín, argumentando que el derecho de participación consagrado en la legislación ambiental es diferente del derecho de consulta y participación contenidos en el Convenio 169 y que, por lo mismo, no corresponde supeditar las normas del Convenio al derecho interno chileno, esto es, no puede entenderse cumplido el deber de consulta –que emana de una norma internacional– con la legislación ambiental que, además, contempla un proceso participativo débil. En palabras de la Corte:

> ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el de-

18 Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, op. cit., pp. 428-434.

> recho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no solo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.[19]

Esta sentencia señala además que, con la entrada en vigencia del Convenio, se altera el entendimiento que se tenía de lo que corresponde a territorio indígena. Así, se dice expresamente que "el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N°2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en [la Ley Indígena] y comprende además de la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna maner[a]".[20] En este caso se observa cómo un tribunal se sirve de los estándares internacionales para ilustrar e interpretar de manera más favorable los derechos de los pueblos indígenas respecto de la legislación chilena.

Basada en estos argumentos, la Corte de Apelaciones falló a favor de la comunidad Pepiukëlen, pero, en la Corte Suprema, si bien se confirmó la sentencia en lo que respecta al deber de abstenerse la empresa de continuar con las faenas destinadas a desviar las aguas de su planta industrial, el voto de mayoría –redactado, al igual que en el caso Palguín, por el ministro Pedro Pierry– eliminó toda referencia al Convenio 169. De esta manera, la Corte Suprema hizo desaparecer las obligaciones que emanan de este tratado internacional, restándole valor normativo y, como se ha dicho, desatendiendo los compromisos internacionales de Chile.[21] Solo el voto de minoría del ministro Sergio Muñoz comprendió que las normas sobre consulta del Convenio 169 sí tienen aplicación, aunque sea en conjunto con las disposiciones del derecho chileno, y que, en cualquier caso, no es posible no aplicarlas.

19 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 36-2010, 27 de julio de 2010, considerando 9.

20 Ibíd., considerando 10.

21 Corte Suprema, Rol 5757-2010, 15 de septiembre de 2010.

3.4. Comunidad Puquiñe

En agosto de 2010 la Corte de Apelaciones de Valdivia dio lugar a una reclamación judicial que impugnó la calificación ambiental favorable de la Comisión Regional del Medioambiente a un proyecto que contemplaba la instalación de una estación de transferencia de residuos sólidos para las comunas de Lanco y Panguipulli antes de su disposición final en un relleno sanitario. La Corte declaró sin efecto la calificación ambiental por haberse realizado sin la debida consulta a las comunidades indígenas afectadas, dando aplicación no solo al Convenio 169 sino también a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.[22]

Según consta en la sentencia, los demandantes aducían que

> el proyecto está emplazado en un sector denominado Lof Kilche, sector que para los mapuches es reconocido como centro del kimun (sabiduría); [que] en sectores aledaños al proyecto se ubican ocho comunidades con un total de 261 familias que se dedican a la agricultura familiar y ganadería, producen leña y miel y algunos campesinos tienen convenios con INDAP; [que] existen proyectos de desarrollo en el futuro con fines turísticos y para venta de productos locales, por lo que se debió considerar la opinión de estas comunidades indígenas y se debió realizar un estudio de impacto ambiental y se vulneró, además, el deber de consulta a que se refiere el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.[23]

Los consejeros regionales, agrega la sentencia, no realizaron consulta a las comunidades potencialmente afectadas, mientras que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) advirtió expresamente que se debían aplicar las normas sobre consulta contenidas en el Convenio 169. Más aun, tres concejales de la comuna de Lanco hicieron presente al intendente de la Región de Los Ríos que la omisión de la consulta contravenía normas legales tanto nacionales como internacionales y que la eventual instalación del relleno afectaría a viviendas emplazadas en una zona mapuche.[24]

22 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, 4 de agosto de 2010.

23 Ibíd., considerando 1.

24 Ibíd., considerando 3.

El caso trata de la falta de consulta a las comunidades afectadas como causa de situaciones de discriminación ambiental en contra de indígenas. En efecto, los recurrentes alegaban, junto con la vulneración de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a su integridad síquica y física, la afectación del derecho de igualdad ante la ley. La Corte, sin embargo, señala no divisar "cómo se habría afectado tal garantía, ya que [...] no se ha privilegiado a persona o grupo humano en especial, en perjuicio de otro".[25] Lo que el tribunal no advierte es que, a pesar de la ausencia de manifiesto privilegio para alguien, sí se perjudica a un grupo que, por lo demás, suele ser objeto de discriminación ambiental, esto es, suele soportar cargas ambientales –como la instalación de un vertedero en lugares próximos a sus hogares– de manera desproporcionada en comparación con otros grupos o individuos.

La Corte entiende que, dada la magnitud del impacto de este proyecto, "debió haber existido un Estudio de Impacto Ambiental".[26] Y, al referirse a la manera en que los estándares internacionales interactúan con las normas jurídicas chilenas, el tribunal de Valdivia sostuvo que:

> no cabe duda que existe una vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea, por lo que es atinente en la especie lo que señala la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 25 contempla el derecho de los pueblos indígenas a "mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma".[27]

Se trata de una interesante aplicación de un instrumento que, si bien obliga a Chile, tiene un valor normativo diferente al del Convenio 169[28]. La Corte lo utiliza como criterio de interpretación de las demás normas que se aplican al

25 Ibíd., considerando 6.

26 Ibíd., considerando 4.

27 Ibíd.

28 En tanto se trata de una Declaración, su valor normativo es menor al de un Convenio. Las primeras expresan la voluntad de la comunidad internacional sin que de allí puedan necesariamente derivarse obligaciones legales, como sí ocurre con los convenios, los que imponen deberes jurídicamente obligatorios. En la doctrina, se hace la distinción entre *soft law*, que corresponde a las declaraciones, y *hard law*, donde se sitúan los tratados internacionales, como los Convenios de la OIT.

caso, especialmente de aquellas sobre consulta previa, debido a las cuales la resolución que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental quedó sin efecto.[29]

3.5. Comunidad Chilcoco

En otro caso donde se ha dado aplicación a las normas sobre consulta del Convenio 169 de la OIT, la Corte de Apelaciones de Concepción impugnó la tala de árboles sagrados por parte de la Municipalidad de Arauco sin consulta a las comunidades indígenas del sector del cerro Colo-Colo, declarado monumento nacional.[30]

Según esa municipalidad, el sector donde se hizo la tala presentaba "falta de solidez en sus terrenos y que solo una porción del mismo corresponde a lo declarado como Monumento Histórico", agregando que "producto del reciente terremoto el cerro sufrió daños consistentes en derrumbes y deslizamientos en sus laderas, cayendo un árbol sobre una camioneta, presentando los vecinos una solicitud en que manifestaban la necesidad urgente de intervenir el lugar, lo que [se] llevó a efecto dada la urgencia de la situación".[31] El gobierno comunal reconoció la ausencia de consulta a los pueblos indígenas, pero la justificó en la imposibilidad material de llevar adelante la consulta a diez comunidades, "ya que no existe una [organización] de carácter comunal, lo cual, en otras ocasiones, ha originado problemas que han dificultado la reunión de la totalidad [de las organizaciones] y, aun más, lograr acuerdos de consenso con todas ellas".[32]

La Corte de Concepción, junto con las normas sobre consulta a las que da aplicación, aduce el artículo 13 del mismo, que dispone el deber de los gobiernos de "respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera".[33] La Corte, además, desecha el argumento de la municipalidad sobre la celeridad con que debía actuarse y que habría impedido llevar adelante la consulta, en los siguientes términos:

29 La sentencia fue adoptada con el voto en contra de un ministro, quien estuvo por rechazar el recurso argumentando la falta de pruebas para acreditar la afectación real, no potencial, de los derechos fundamentales alegados, así como el hecho de que esta no es la vía para impugnar una Declaración de Impacto Ambiental y finalmente, que la resolución de la Corema no puede ser considerada como una de las medidas administrativas que, bajo el Decreto Supremo 124, deben ser objeto de consulta.

30 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 289-2010, 10 de agosto de 2010.

31 Ibíd., vistos.

32 Ibíd., considerando 8.

33 Ibíd., considerando 7.

> que si bien es cierto que a raíz del reciente terremoto de febrero pasado fue menester adoptar diferentes medidas de emergencia, no lo es menos que en el particular caso en estudio el respectivo contrato de servicio por corte, extracción y transporte de árboles fue aprobado solo el 15 de mayo de 2010..., previa realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados.[34]

De esta manera, la Corte concluyó que se "ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado" su derecho a la integridad física y síquica.[35]

3.6. Caso del ducto Celco

El caso del ducto Celco, empresa con historial en materia de acciones judiciales, se originó a propósito de la aprobación por parte de la Comisión Nacional del Medioambiente del "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia". La Comisión mencionada, aprobando un Estudio de Impacto Ambiental, calificó favorablemente el proyecto. Más de una decena de comunidades indígenas presentaron un recurso de protección en contra de dicha resolución.[36]

Los recurrentes reclamaban la infracción al deber de consulta consagrado en el Convenio 169 y no haber considerado el impacto ambiental de afectación del espacio costero de uso consuetudinario de los pueblos indígenas, al no incluir el respectivo Estudio de Impacto Ambiental las variables antropológicas relativas a la existencia de dichos usos.[37]

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia destina 49 de 56 páginas a reiterar los argumentos expuestos por las partes, para terminar rechazando

34 Ibíd., considerando 9.

35 Ibíd., considerando 11.

36 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010.

37 Ibíd., vistos.

la acción. Para ello, la Corte se pregunta si acaso existió ilegalidad o arbitrariedad al omitirse la etapa de consulta. Argumentando –como ya es habitual en estas sentencias– que el artículo 34 del Convenio 169 llama a determinar con flexibilidad las medidas que se adopten para dar cumplimiento al mismo,[38] destaca que las normas sobre consulta del tratado son auto-ejecutables "pues tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho del país".[39]

Pese a la declaración antes transcrita, la Corte entiende que el Decreto Supremo 124 reglamentó el artículo 34 de la Ley 19.253 a efectos de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, para luego agregar que:

> El mismo Decreto señala, en sus consideraciones que "10) Que se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta, de acuerdo a los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169;" "11) Que, atendido lo anterior, se hace necesario adoptar un mecanismo que regule la consulta y la participación de los pueblos indígenas interesados, estableciendo procedimientos claros, transparentes y sistemáticos, a fin de lograr una adecuada implementación de las respectivas normas del Convenio;". Como se observa, el 25 de septiembre de 2009, mediante el Decreto en comento, se dio inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y, entonces, se adopta un mecanismo que regula la consulta, mecanismo que ya estaba contemplado en la Ley 19.300, publicada en el Diario oficial el 9 de marzo de 1994, del Ministerio Secretaría de la Presidencia, sobre Bases Generales del Medio Ambiente [esto es, el sistema de evaluación de impacto ambiental]".[40]

La Corte de Valdivia llega a la conclusión que, al menos en materia de consulta, la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 es, sencillamente, irrelevante. Pues si ya existía el procedimiento de consulta –regulado en

38 Ibíd., considerando 10°.

39 Ibíd.

40 Ibíd., considerando 11°.

la Ley 19.300– no se aprecia cómo las nuevas disposiciones internacionales podrían tener impacto en la consulta y participación de los pueblos indígenas. De paso, no está demás destacar que la Corte afirma que el proceso de consulta nacional para definir los mecanismos de consulta ya se inició, solo descansando en las palabras del decreto referido.

Pero, aunque la normativa de bases del medioambiente, según la Corte de Valdivia, satisface los procesos de consulta del Convenio, la verdadera razón por la cual las exigencias de dicho tratado no son aplicables al caso se reducen a una cuestión de fechas. En efecto –afirma–, el Estudio de Impacto Ambiental se presenta por la empresa "el [día] 19 de febrero de 2009, [por lo que] no le resultan exigibles, en la forma como se pretende, las normas del reglamento del artículo 34 de la Ley N° 19.253"[41] pese a que los recurrentes reclamaban la aplicación del Convenio 169. Recogiendo la argumentación de la recurrida, además, afirma que el Estudio de Impacto Ambiental no es del tipo de medidas administrativas que, de acuerdo al decreto 124, gatillan el deber de consulta.[42]

Sobre la ausencia de investigaciones en el borde costero, la Corte es más sintética y afirma que los usos consuetudinarios que reclaman los recurrentes no se encuentran acreditados de conformidad a la Ley 20.249 (que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios), procedimiento que dicha ley coloca en manos de la Subsecretaría de Pesca (artículos 7 y siguientes.).

La Corte Suprema ratificó la decisión, recordando la decisión del TC que afirma que la consulta no podrá jamás considerarse como obligatoria, ni menos afectar las potestades de las autoridades respectivas.[43] Al igual que la Corte valdiviana, afirma que el deber general de consulta a los pueblos indígenas –no obstante había afirmado que era potestativo de las autoridades– se encuentra ya recogido en la Ley 19.300 y en su reglamento, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169.[44] A efectos de justificar que la consulta se ha desarrollado de buena fe y respetando la normativa del Convenio, enumera una serie de instancias que, por su importancia, conviene citar:

> se realizaron seis talleres de información ambiental [...] tres casas abiertas o exposiciones [...]. Adicionalmente se recepcionaron ciento ochenta

41 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010, considerando 11°. Este considerando sería, luego, eliminado por la Corte Suprema.

42 Ibíd., considerando 12°, que también sería eliminado por la Corte Suprema.

43 Corte Suprema, Rol 4.078-2010, sentencia del 14 de octubre de 2010, considerandos 1° y 4°.

44 Ibíd., considerando 7°.

> observaciones ciudadanas, de las cuales cincuenta y nueve cumplían los requisitos legales y de las que se hizo cargo la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto. [Finalmente] se escuchó a diversas organizaciones, entre estas, indígenas.[45]

No se conocen las razones por las cuales dichos talleres informativos satisfacen los estándares del Convenio 169. Tampoco argumenta la Corte las razones por las cuales un proceso meramente informativo debe considerarse como un proceso de buena fe a la luz del tratado. Lo anterior es develado en el voto de minoría del ministro Haroldo Brito, quien afirma que "[i]nformar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas."[46] Además, y llamando la atención sobre la expresión del voto de mayoría que se refiere al hecho de haberse escuchado "a diversas organizaciones, entre estas, indígenas," sostuvo que la consulta "debe hacerse a través de organismos representativos y libremente".[47]

3.7. Caso "Mini Central Cayucupil"

El siguiente recurso de protección tiene su origen en una Declaración de Impacto Ambiental. Los recurrentes, entre ellos algunas comunidades indígenas, reclamaron la ilegalidad y arbitrariedad de la resolución que calificó favorablemente el proyecto mini-Central Hidroeléctrica Cayucupil (Res. Ex. N° 147), entre otras razones por haberse otorgado sin proceso de consulta a los pueblos indígenas. Afirmaron los recurrentes que los terrenos donde se emplazará el proyecto corresponden a un "sector prioritario de protección a la humanidad, por constituir un Santuario de la Biodiversidad ... patrimonio histórico, cultural, desde tiempos ancestrales, por el pueblo mapuche y además de actuar como una zona de integración, laboratorio e innovación del conocimiento del pueblo Mapuche "RENI" en esta parte del territorio y zona de desarrollo indígena".[48]

45 Ibíd., considerando 10°.

46 Ibíd., considerando 2° del voto de minoría.

47 Ibíd.

48 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia del 1 de diciembre de 2010, vistos.

Los recurrentes reclaman que, a diferencia de lo que ocurre con los Estudios de Impacto Ambiental, las Declaraciones –como la que originó la evaluación de este proyecto– carecen de procesos de consulta, razón por la cual se vulneran sus derechos establecidos en el Convenio 169.

La Corte de Apelaciones de Concepción rechazó el recurso. Estimó que las recurridas habían actuado razonablemente, esto es, sin arbitrariedad e ilegalidad. Sobre lo primero, la Corte sostuvo que el proceso de Declaración de Impacto Ambiental en cuestión requirió la "intervención de 21 órganos de la administración central y descentralizada que se pronuncian en materia propias de su competencia sobre la viabilidad del proyecto en tramitación. Se trata así de un procedimiento complejo, de carácter técnico, con intervención de variadas instituciones que aseguran una conclusión fundada, descartándose el capricho u arbitrariedad propia de una resolución sin fundamento."[49] Para la Corte, la sola intervención de las autoridades, a las cuales atribuye el carácter de técnicas, asegura la existencia de una decisión razonada y, por lo mismo, carente de arbitrariedad. En este sentido, vale la pena insistir en que las disposiciones del Convenio 169 avanzan en la incorporación de los pueblos indígenas afectados justamente porque las autoridades fueron, y han sido, escasa prenda de garantía a la hora de salvaguardar los intereses de las comunidades involucradas. En lo referente a la legalidad de la actuación de la recurrida, la Corte simplemente detalla el conjunto de reglas de la Ley 19.300 que autorizan el recurso a las declaraciones de impacto ambiental cuando no se incurra en alguna de las hipótesis del artículo 11 de la misma ley.

La Corte avanza, además, otros tres argumentos que conviene enunciar. En primer lugar, afirma que el reclamo de los recurrentes es injustificado salvo que se entienda que el Convenio modificó las disposiciones de la Ley 19.300, agregándose un nuevo requisito: la consulta a los pueblos indígenas para los casos en que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente.[50] La corte entiende que ello no ha ocurrido.

En segundo lugar, afirma que el nuevo texto normativo del Convenio debe situarse dentro del ordenamiento jurídico chileno. La corte afirma que, aun si el Convenio tuviera rango constitucional –entendiendo que el derecho a la consulta reviste los caracteres de derecho fundamental–, "ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro or-

49 Ibíd., considerando 5°.

50 Ibíd., considerando 8°.

denamiento jurídico contempla".[51] Lo que la Corte no muestra, sin embargo, son los derechos constitucionales con los cuales habría que cotejar la consulta.[52] En efecto, para que pueda existir una colisión de derechos se requiere de, al menos, dos derechos. Por una parte, los recurrentes arguyen el derecho a la consulta. ¿En qué otro derecho está pensando la Corte de Apelaciones de Concepción para cotejarlo o ponderarlo con el reclamado por los recurrentes?

En tercer y último lugar, la Corte estima que el derecho de los recurrentes no es de naturaleza indiscutida o indubitada:

> estimar que la consulta a que hace alusión el Convenio N° 169 es un requisito exigible a la Declaración de Impacto Ambiental, alude a una interpretación de la naturaleza de la Resolución Exenta que se impugna, esto es, decidir si corresponde a una 'medida legislativa o administrativa' y, también si ella 'afecta directamente a los pueblos indígenas'. Estas cuestiones exceden largamente la finalidad de este procedimiento de urgencia.[53]

3.8. Caso Aeropuerto Maquehue

El Estado lleva años intentando construir un nuevo aeropuerto para la Región de la Araucanía. Dicho proyecto toma rumbo final en 2011, cuando el Ministerio de Obras Públicas adjudica el contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía. Contra dicho acto de adjudicación, un grupo de seis comunidades indígenas recurre de protección. En concepto de los recurrentes, el proyecto de nuevo aeropuerto se emplaza en territorios utilizados tradicionalmente y reivindicados por las comunidades mapuche. Siendo este el caso –afirman–, tanto el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (Res. Ex. N° 2496, Comisión Nacional del Medioambiente) como el acto de adjudicación del contrato de concesión (Dec. N° 121, D. Of. 17.04.2010) serían ilegales por haberse omitido el proceso de consulta previa.

51 Ibíd., considerando 9°.

52 Es la propia Corte la que sugiere la colisión de derechos. Si la consulta es un derecho constitucional, asumimos dentro de la lógica del argumento que la contraparte recurre, también, a un derecho de igual jerarquía.

53 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia del 1 de diciembre de 2010, considerando 10°.

La Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo la tesis de la recurrida.[54] Para la Corte, la consulta es una herramienta a la que las autoridades pueden echar mano si así lo desean. En efecto –y descansando, otra vez, en la decisión del TC sobre la constitucionalidad del Convenio 169–, afirma que se trata de un "instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, [por lo que] se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300."[55] En dicho procedimiento, las personas jurídicas y naturales están facultadas para "imponerse del contenido del Estudio de Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido [en esa ley] para ell[o]"[56]

Como se observa, para la Corte no son las autoridades las que deben acercarse a consultar a las pueblos indígenas sino que, en el marco de la Ley 19.300, son las personas las que deben (ser responsables e) imponerse de los estudios. Y si, luego de este procedimiento, las personas estiman que sus intereses y derechos siguen siendo afectados, "podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación".[57]

Sin más, la Corte concluye que "las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes".[58] Todavía más:

> en la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.[59]

54 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.794-2010, sentencia del 31 de enero de 2011.

55 Ibíd., considerando 7°.

56 Ibíd.

57 Ibíd.

58 Ibíd. El mismo considerando concluye enumerando las instancias de participación a que hace referencia.

59 Ibíd., considerando 8°.

La Corte de Santiago, como otras cortes, incurre en un non sequitur que ahora solo enunciamos y sobre el cual, más abajo, volvemos con algo más de detalle. Ocurre que ,para parte importante de nuestras cortes de alzada, incluida la Suprema en sede de protección, los procedimientos de consulta –siguiendo de cerca al TC– son facultativos y no vinculantes. Si esto es así, ¿por qué perder tiempo justificando la idoneidad del procedimiento de participación de la Ley 19.300 con el artículo 6 del Convenio 169? La evaluación de fondo, en todo caso, y tal como en casos anteriores, vuelve a criticarse desde el voto de minoría. De acuerdo a éste, las reuniones de mera información, así como los procesos de mero trámite formal, no pueden considerarse ajustados al Convenio. Reprocha la disidencia, además, que es obligación de las autoridades desarrollar los procedimientos de consulta "tomando en cuenta 'los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones'".[60]

3.9. Caso Comunidad Chusmiza-Usmagama

Solo en un caso la Corte Suprema ha utilizado el Convenio 169 para interpretar las normas internas sobre derechos de los pueblos indígenas contenidas en la Ley Indígena. Se trata del caso en que la comunidad aimara Chusmiza-Usmagama obtuvo una regularización de derechos de aprovechamiento de agua, a la cual se opuso la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., y en el que, en una sentencia recaída sobre un recurso de casación en la forma y en el fondo (y no, como en los casos anteriores, una acción de protección), la Corte Suprema dio reconocimiento a la propiedad ancestral que tiene la comunidad indígena sobre el uso de las aguas que escurren por el territorio de su comunidad.

La Corte Suprema confirmó lo resuelto tanto en primera como en segunda instancia. Como se adelantó, el que no haya sido la tercera sala constitucional la que conoció este asunto puede explicar la diferencia de criterios a la hora de aplicar las normas del Convenio 169. Cabe observar el análisis sobre la disposición de la Ley Indígena que establece una protección especial para las aguas de las comunidades atacameñas y aimaras.[61] En palabras de la Corte Suprema:

60 Ibíd., considerandos 4° y 5° del voto de minoría.

61 El artículo 64 de la Ley 19.253, conocida como Ley Indígena, prescribe: "Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas".

> la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión "terrenos de la comunidad", referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.[62]

Específicamente, sobre la manera en que interactúan y se complementan las normas de la Ley Indígena con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la Corte agrega:

> también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64 [de la Ley Indígena], considerar el Convenio N° 169 [...], cuyo artículo 15, N° 1° preceptúa que: "Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente", disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: "La utilización del término 'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".[63]

Las referencias que la Corte Suprema hace al Convenio 169 le permiten dotar de sentido a las normas chilenas que disponen, como hemos visto, una protección especial para las aguas de las comunidades indígenas atacameñas y aimaras. De esta forma, el máximo tribunal concluye que

> no resulta acorde con el espíritu de la ley [Indígena] ni con el instrumento internacional aludido [el Convenio 169] restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos "terrenos de la comunidad" deben interpretarse en consideración al ob-

62 Corte Suprema, Rol 2840-08, 25 de noviembre de 2009, considerando 7.

63 Ibíd. El destacado es nuestro.

> jetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.[64]

Esta sentencia es un ejemplo de la manera como la Corte Suprema puede –y debe, en tanto es obligación de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales– complementar las normas del Convenio 169 con aquellas disposiciones del derecho chileno que establecen protecciones en favor de los pueblos indígenas. Esta sentencia es una excepción a la regla general que ha venido configurando la Corte Suprema en su tercera sala constitucional, que ha ido vaciando de contenido las disposiciones del Convenio 169 que otros tribunales han utilizado.

4. Consideraciones finales

La breve revisión que hemos emprendido en estas páginas sobre la manera como la jurisprudencia ha ido dando aplicación al Convenio 169 de la OIT, especialmente en materia de consulta previa, da cuenta de algunas tendencias preocupantes. En primer lugar, la jurisprudencia parece equiparar las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estándares sobre consulta del Convenio, cuestión que no tiene asidero. En segundo lugar, en vez de abrazar una interpretación pro libertatis, como ordena la implementación de tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia ha ido restringiendo el alcance de las normas sobre consulta, ya sea validando el decreto supremo 124 de 2009, que ilegítimamente reduce el ámbito de la consulta, o amplificando la sentencia del Tribunal Constitucional para negar valor a las normas del Convenio. En tercer lugar, a la luz de las conclusiones a las que arriba parte importante de las sentencias reseñadas, la aprobación del Convenio habría resultado jurídicamente irrelevante toda vez que, antes de su incorporación, el ordenamiento jurídico ya habría contado con herramientas legales que permiten satisfacer –al menos en materia de consulta– los mismo objetivos.

64 Ibíd.

Sabido es que Chile, al igual que muchos otros países, tiene deudas pendientes con sus pueblos originarios. En tanto estos formulan reclamos en derechos clave, se hace imperativo que el Estado, que libre y soberanamente se obliga internacionalmente, atienda dichos reclamos utilizando el marco de los derechos. En tal sentido, se hace preciso que la interpretación que hagan las cortes adopte, de buena fe, las directrices que el Estado se ha comprometido a respetar. De lo contrario, estas líneas no serán más que el prólogo de una historia ya repetida: Chile incurriendo en responsabilidad internacional, en particular por la acción (u omisión) de sus tribunales de justicia.

EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y LA GESTIÓN DE SU *AUCTORITAS*

Raúl Letelier Wartenberg [1]

> *"For a hungry person, positive and justiciable rights to food are to be sure better than abstract rights that are not justiciable: but those who know how to grow, harvest, store and cook food are more useful, and having the food is better still".*
>
> ONORA O'NEILL[2]

Una vez implementado el Instituto Nacional de Derechos Humanos, cabe preguntarse acerca del espacio que este servicio ocupará en el entramado de órganos públicos con intereses en materia de derechos humanos. La forma en que este servicio se organizará, su actuación en procesos judiciales y la respuesta que entregue a algunos temas claves en esta materia serán vitales para la gestión de su auctoritas. De la posición que el Instituto adopte en estas materias derivará el fuerte o feble asentamiento de esta nueva institucionalidad en la sociedad civil.

Introducción

La tercera ola democratizadora nos dejó, entre muchas otras cosas, un fuerte reencantamiento con los Derechos Humanos. Las vejaciones y atropellos a estos derechos básicos desarrollados de manera sistemática por los gobiernos autoritarios que aparecieron en la segunda mitad del siglo XX y las tortuosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, sembraron la desconfianza en los instrumentos legales –bajo los cuales aquellas infracciones se habían realizado– y renovaron las confianzas en derechos supralegales a cuyo amparo, suponemos, no será jamás posible repetir aquellas experiencias.

En esta nueva etapa, el rol de los tribunales se hizo más protagónico y las cortes constitucionales crecieron en competencias y relevancia. Ello ha

1 Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado. Email: rletelier@uahurtado.cl.

2 O'Neill, Onora, "The Dark Side of Human Rights", en *International Affairs*, vol. 81, 2, (Blackwell) 2005, p. 427 y ss.

ocurrido, paradójicamente, pese a que el papel de los tribunales de justicia en muchas de la dictaduras latinoamericanas –incluida la nuestra– fue lamentable en lo que se refiere a la protección de aquellos derechos. La "sincronía" del poder judicial con el régimen fue patente y la colaboración entre ambos poderes se encuentra ampliamente estudiada[3].

Al interior de este proceso de reconstrucción de la fuerza de los derechos humanos es que aparece, en instrumentos y discursos de diversos actores sociales, la necesidad de contar con una institución estable en materia de protección de Derechos Humanos.

Al mismo tiempo, el impacto a nivel mundial que dejaron los caídos gobiernos autoritarios provocó una especie de conciencia global en la generación de tratados, en la implementación efectiva de otros ya existentes y en la construcción de una institucionalidad supranacional que vigilase el cumplimiento de aquellos hoy más preciados derechos humanos. Rápidamente, entonces, comenzó a desarrollarse una presión internacional en todos los países –especialmente en los más infractores– por implementar más y mejores políticas públicas en la promoción y protección de aquellos derechos.

En lo que se refiere a la creación de instituciones de protección de estos derechos, una reunión desarrollada en octubre de 1991 entre diversas organizaciones nacionales bajo el auspicio de Naciones Unidas implicó un verdadero punto de inflexión. En dicha reunión se acordaron los llamados "Principios de París" (en adelante PP), los que por primera vez entregaron lineamientos internacionales para "tomarse en serio" este tipo de organizaciones. Hasta antes de esos principios, la formación de aquellas oficinas se había desarrollado de manera inorgánica, sin muchas facultades y con un rodaje permanente. Cuatro áreas temáticas fueron abordados por los PP, a saber: las competencias y responsabilidades de estas instituciones, su composición e independencia, los métodos de operación y una descripción de su rol procesal y de órgano de conciliación[4].

En el caso chileno, nuestro retraso en el retorno a la democracia provocó que la institucionalidad pensada para proteger los derechos humanos se asociara en un comienzo no tanto al cumplimiento de los fines de los PP como

3 Así, Hunneus, Carlos, *El régimen de Pinochet*, 2° ed., (Ed. Sudamericana) 2002, p. 108 y ss. Del mismo modo, ver Cap IV del *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*. Sobre la opinión de la Corte Suprema acerca de estos hechos, ver "Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación", en *Estudios Públicos,* 42, (Centro de Estudios Públicos) 1991, p. 237 y ss.

4 Ver Guiloff, Matías, "Instituciones nacionales de Derechos Humanos", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*, (Universidad Diego Portales) 2008, p. 543 y ss.

a servir más bien a los programas que cada uno de los primeros gobiernos democráticos podían construir "en la medida de lo posible" en materia de protección a los derechos humanos.

En ese sentido es que, a comienzos de 1990, se crea la llamada Comisión de Verdad y Reconciliación, cuyo objetivo, de acuerdo al decreto que la creó, fue "contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos, cometidas en los últimos años, sea en el país o en el extranjero, si estas últimas tienen relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional, con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar tales hechos". Dicha comisión, que en verdad tuvo una misión principalmente de investigación de infracciones, incorporó en su informe importantes recomendaciones para mejorar el tratamiento de los derechos humanos en nuestra sociedad. Ya en esa fecha, la Comisión abogaba por la "creación de una institución cuya función sea la promoción y protección de los derechos humanos"[5].

Pretendiendo cumplir, al menos en parte, con aquella petición, se creó, mediante la promulgación de la Ley 19.123, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. A dicha Comisión se le otorgó la naturaleza de servicio público descentralizado, pero sometido a la supervigilancia del Presidente de la República. No obstante, en la misma ley se fijó su rápida extinción, a ocurrir a 24 meses desde la publicación de la ley. "Transcurrido este plazo [dice la ley] se extinguirá por su sólo ministerio"[6].

En 1997, una vez terminada la vigencia de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y quedando todavía situaciones no aclaradas en materia de detenidos desaparecidos, se creó, mediante el DS N° 1005 del Ministerio del Interior, un Programa de continuación de la Ley 19.123 comúnmente conocido como Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior[7]. Junto a este programa, la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial jugó un rol vital en la representación judicial de los derechos de las personas afectadas ante las instancias judiciales respectivas.

En agosto de 2003, el Presidente Ricardo Lagos presentó su propuesta en materia de Derechos Humanos: *No hay mañana sin ayer*. En dicho documento

5 *El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* puede verse en *Estudios Públicos,* 41, (Centro de Estudios Públicos) 1991, p. 293 y ss.

6 El Presidente puede, no obstante, prorrogar su vigencia por un plazo no superior a 12 meses.

7 Sobre este programa, ver Guiloff, Matías, op. cit., p. 546 y ss.

se propuso directamente la creación de un Instituto Nacional de Derechos Humanos, planteado como continuador legal de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

Producto de este compromiso, paralelamente a la creación del referido Instituto, nació la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, establecida en noviembre de 2003 como órgano asesor del Presidente de la República. Tal como su nombre lo indica, ella se enfocó principalmente en la individualización de las personas que sufrieron privación de libertad y tortura. Si bien esta Comisión también respondió a una lógica principalmente investigativa, al igual que su antecesora, sugirió propuestas de reparación. Dentro de las medidas propuestas se encuentra nuevamente la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos. "Dicho Instituto [dice el informe de la Comisión] debiera ser el organismo público que ayude a la sociedad chilena a reflexionar y profundizar en las lecciones del pasado, a impulsar iniciativas que ayuden a ir construyendo una convivencia respetuosa de los derechos de las personas, y a estar alerta frente a eventuales situaciones de discriminación o de violaciones de estos derechos"[8].

Es así como finalmente la Ley 20.405 –ley redactada casi en su totalidad por el difunto diputado Juan Bustos– creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH). Este Instituto tiene por objeto, como indica de manera expresa el artículo 2 de la referida ley, "la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional".

Esta institucionalidad nacional de los derechos humanos ha sido seguida de cerca por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Tanto Matías Guilloff[9] como Alberto Coddou[10], han realizado

8 "También debiera ayudar a continuar la labor destinada a conocer la verdad sobre las violaciones pasadas y obtener justicia respecto de ellas. Debiera también promover el estudio y el desarrollo de buenas prácticas en materia de difusión y promoción de los derechos humanos, así como de resolución pacífica de controversias. Finalmente, debiera hacer el seguimiento de la materialización de las medidas propuestas por esta Comisión". El *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* puede verse en *Estudios Públicos*, 97, (Centro de Estudios Públicos), 2005, p. 314 y ss.

9 Guiloff, Matías, op. cit., p. 540 y ss.

10 Coddou, Alberto, "Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, (Universidad Diego Portales) 2010, p. 449 y ss.

sendos e interesantes informes sobre la evolución de la institucionalidad de los derechos humanos en Chile. En las líneas que siguen, no haré referencia a este desarrollo –para lo cual me remito a estos trabajos[11]–, sino que me centraré en tres puntos que considero relevantes en la actual institucionalidad establecida con la creación del Instituto. En primer lugar, haré referencia al tipo de organización administrativa elegida para esta oficina y a las ganancias o pérdidas que se obtienen con ella. Seguido de ello, me referiré al rol del INDH como sujeto procesal. Finalmente, me referiré a tres desafíos que creo deberá enfrentar el INDH en los años venideros. El *leit motiv* de estos tres puntos es la creencia de que en la arena de estas perspectivas –esto es, en su autocomprensión institucional, en la magnitud de su actuación procesal y en la ejecución de determinados desafíos–, se jugará el asentamiento en la sociedad civil del INDH como una institución fuerte y respetada. En ellos, al fin, descansará parte importante de la verdadera gestión de su *auctoritas*.

1. El Instituto como Corporación Autónoma de Derecho Público. Entre autonomía y ausencia de poder

Una de las preocupaciones iniciales y centrales de los PP fue la independencia o autonomía de las instituciones de protección de Derechos Humanos. Esa misma autonomía ha preocupado también de manera constante a la doctrina[12].

Tal como hemos visto, desde que estas comisiones comenzaron a crearse, ellas fueron ubicadas normalmente al alero del gobierno de turno. Ya sea como órgano sujeto a su directa fiscalización o como mera entidad asesora, estas comisiones estaban sujetas a una intervención inmediata del Poder Ejecutivo, hecho que provocaba gran desconfianza al momento de evaluar sus resultados y riesgos posibles. La independencia de estas oficinas ha llegado a concebirse como una precondición para su funcionamiento efectivo y para su credibilidad[13]. Esta necesidad de independencia

11 Además, sobre el desarrollo global de este tipo de institucionalidad, puede verse Pohjolainen, Anna-Elina, *The Evolution of National Human Rights Institutions*, (Danish Institute for Human Rights) 2006; Lindsnaes, Birgit, Lindholt, Lone y Yigen, Kistine, *National Human Rights Institutions*, (Danish Institute for Human Rights) 2001; Kjaerum, Morten, *National Human Rights Institutions Implementing Human Rights*, (Matinus Nijhoff) 2003.

12 Coddou, Alberto, op. cit., p. 466 y ss.

13 International Council on Human Rights Policy, *Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions*, 2a ed., (SADAG) 2004, p. 58.

se debe reflejar tanto en el tipo de composición[14] como en la estabilidad de los miembros en sus cargos[15].

Sin embargo, la forma más importante en virtud de la cual se ha pretendido garantizar esta autonomía se encuentra en la propia configuración de la naturaleza jurídica del INDH. En efecto, tal como indica el artículo 1 de la Ley 20.405, el Instituto asume la forma de una "corporación autónoma de derecho público". Esta naturaleza jurídica no es algo común en la organización administrativa nacional. Varias razones confluyeron para asignarle al Instituto esta forma. En primer lugar, el origen de este tipo de oficinas tiene como antecedente inmediato dos tipos de organizaciones diversas: por un lado, se asemejan a la estructura de un ombudsman y, por otro, a las comisiones ad hoc que investigaron las principales infracciones a los derechos humanos. La primera organización es fuertemente independiente, pero es parte de su naturaleza la ausencia de potestades públicas en el desarrollo de sus funciones. La segunda, en cambio, posee una independencia bastante precaria, pero se le entregan competencias investigativas de alto impacto. Estos dos antecedentes se han tomado frecuentemente en consideración al momento de pensar la estructura administrativa de los institutos de este tipo, lo que hace que los productos finales tengan normalmente características de uno y otro modelo[16].

En segundo lugar, si algo resulta evidente en la discusión de la ley es la férrea intención de sacar a este organismo de la Administración Pública. El mensaje del proyecto de ley fue enfático al indicar que se intentaba que la Corporación no formara parte de los cuadros orgánicos de la Administración ni que estuviera sujeta a controles jerárquicos, de supervigilancia o de tutela. Hay una intención explícita de evitar el ámbito del derecho administrativo[17] toda vez que, como el mismo mensaje refiere, se le quiere dar flexibilidad operativa a esta institución, cosa que, *a contrario sensu*, el derecho administrativo no provee. Sus trabajadores están sujetos a contratos de trabajo y tienen el

14 Principios de París, B.1.

15 Principios de París, B.3.

16 Ver International Council on Human Rights Policy, op. cit., p. 3. En el mismo sentido, ver Guiloff, Matías, op. cit., p. 540 y ss.

17 Sobre esta tendencia, ver Borrajo I., Ignacio, "El intento de huir del Derecho Administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, (Civitas) 1993, pp. 233-249; Martín-Retortillo B., Sebastián "Reflexiones sobre la 'huida' del Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, 140, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1996, pp. 25-67; Meneguzzo, Marco De la, "New Public Management a la Public Gobernance: El péndulo de la investigación acerca de la Administración Pública", en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 10, (INAP) 1997, pp. 33-41; Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, (Centro de Estudios Constitucionales) 1991.

carácter de trabajadores del sector privado. Existe flexibilidad presupuestaria y posee una regulación estatutaria que el mismo Instituto se da, aunque aprobada por el Presidente de la República.

Por otra parte, además de rehuir el derecho administrativo, también se ha querido evitar figuras jurídicas como sociedades, fundaciones y ONGs, por lo que se insiste en que la corporación sea "de derecho público" y no simplemente regulada por el derecho privado.

Como puede apreciarse, la forma elegida quiere, a fin de cuentas, esquivarlo todo. Evita el derecho administrativo que, se supone, la encasilla en un entramado de entes administrativos carentes de eficiencia e independencia, y evita también constituirse como una organización meramente privada, ya que ello supondría una infravaloración de los intereses en juego, al ser parte de un servicio que se encontraría en un plano de igualdad con empresas o simples organizaciones particulares.

En último término, me parece que el balance de esta huida general no puede sino arrojar un saldo negativo. La total ausencia de potestades públicas por parte del INDH es, a todas luces, excesiva. En efecto, la intención de privar al INDH de cualquier tipo de poderes públicos estuvo presente en todo el proceso de discusión de la norma de un modo casi majadero[18]. El argumento invariable fue ser "respetuoso" con la naturaleza jurídica del órgano en comento, como si cualquier discusión de las facultades estuviese siempre presa de una decisión previa inamovible. La discusión acerca de la obligatoriedad o no de la realización de informes solicitados por el INDH a los servicios públicos es una prueba gráfica de ello. La norma respectiva del proyecto indicaba, respecto a los informes solicitados por el INDH, que "el órgano requerido estará obligado a evacuar dicho informe en el plazo señalado en la solicitud del Instituto". Tal como se muestra en la Historia de la Ley 20.405, la razón para no incluir esta última oración fue que "por tratarse [el INDH] de una Corporación no puede ejercer potestades públicas, por tanto, no tiene facultades para fijar un plazo a un organismo público para que evacue su informe"[19]. Este razonamiento fue acogido por unanimidad por los miembros de la Comisión que discutía el proyecto de ley. Otros actores, al parecer, pensaban que era el carácter de Corporación "de derecho público" el que habilitaba al INDH para ejercer

18 Ver, por todos, Historia de la Ley N° 20.405, p. 129.

19 Ibíd.

potestades públicas. Así, por lo demás, parecía señalarlo el propio mensaje del Ejecutivo[20].

No obstante, más allá de la discusión sobre el particular, si se examinan las competencias entregadas al Instituto por la Ley 20.405, se ve con claridad la ausencia total de potestades públicas. Elaboración de informes, comunicación de opiniones, proposición de medidas, proposición de legislación, entre otras competencias, son los tipos de facultades más importantes que se le entregan al Instituto. Su similitud con la organización de una oficina de Ombudsman es evidente. Lo que se quiere, en definitiva, es entregar herramientas de actuación sin coercibilidad. En este estado de cosas, es vital para el INDH posicionarse fuertemente en el debate público –tal como deben hacerlo los defensores del pueblo– y adquirir una legitimación social que le permita rodear a sus decisiones de cierta coacción discursiva. Si no logra hacer esto último, sus decisiones y recomendaciones corren el riesgo de no ser siquiera leídas.

2. El Instituto como sujeto procesal

Una de las normas de mayor interés que incluyó la Ley 20.405 es la inclusión del Instituto como legitimado activo para deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, indica el artículo 3.5, "además de deducir querella respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución". La representación judicial y extrajudicial, tanto en el ámbito nacional como internacional, le corresponde al Director del Instituto.

En este mismo sentido, la disposición transitoria 10° de la referida ley establece que el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Interior seguirá prestando la asistencia legal y judicial que requieran los familiares de las víctimas a que se refiere el artículo 18 de la ley N° 19.123 para hacer efectivo el derecho que les reconoce el artículo 6° de dicha ley, esto es, el de conocer la ubicación de las personas detenidas desaparecidas como igualmente la de los

20 El problema del ejercicio de potestades públicas fue tal vez una de las principales discusiones jurídicas en la discusión del proyecto de ley. El conflicto podía ser resumido así: si el INDH puede ejercer potestades públicas es entonces un servicio público y como tal requiere una ley de quórum calificado para ser creado. Este conflicto –aunque algo irrelevante por los niveles de acuerdo alcanzados entre las bancadas– motivó la petición de informes en derecho sobre el particular. En este sentido ver los informes en Derecho evacuados por los profesores Francisco Cumplido Cereceda y Enrique Silva Cimma en p. 270 y 271 respectivamente de la Historia de la Ley N° 20.405.

cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte. En virtud de lo anterior, dicho Programa tendrá la facultad para ejercer todas las acciones legales que sean necesarias, incluidas las de presentar querellas respecto de los delitos de secuestro o desaparición forzada y de homicidio o de ejecución sumaria en su caso.

En materia probatoria, el Instituto será el órgano que guardará y custodiará en depósito los antecedentes reunidos por las diversas comisiones creadas para la investigación y reparación de los Derechos Humanos.

Ante la ausencia de potestades públicas explícitas –y atravesando nuestra cultura jurídica un momento de decidida y constante judicialización de los conflictos de interés social[21]–, la facultad entregada al Instituto de "deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia" puede ser una de las principales herramientas para provocar cambios fuertes en las prácticas privadas y gubernamentales sobre derechos humanos.

Resulta interesante constatar que, a través de la discusión legal, la referida facultad fue ampliándose en su contenido. Si en un primer momento existió discusión acerca del tipo de delitos que podían ser perseguidos o la clase de acciones que el Instituto podía interponer, se optó finalmente por una fórmula genérica que lo habilita para ejercer cualquier tipo de acción que persiga desarrollar sus fines y objetivos. En este sentido, el inciso segundo del número 5 del artículo 3, lejos de ser una norma limitativa de aquella facultad, se encarga simplemente de explicitar tres tipos de acciones que el Instituto puede entablar, a saber: querellas, recursos de protección y amparo. Esto, no obstante, en ningún caso puede interpretarse como una enumeración taxativa de las acciones posibles.

En este estado de cosas, resulta vital que el Instituto pueda habilitar un buen y efectivo sistema de representación procesal para participar de manera activa ya sea como tercero interesado o *amicus curiae* en procesos promovidos por otros o como actor principal en acciones jurídicas ante los tribunales más importantes del país.

21 Ver Couso, Javier, "The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America", en J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (eds.), *Cultures of Legality*, (Cambridge University Press) 2010, p. 141 y ss.; Shapiro, Martin y Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, (Oxford University Press) 2002; Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, (Oxford University Press) 2000. Para una pérspectiva más general, ver Blichner, Lars y Molander, Anders, "Mapping Juridification", en *European Law Journal*, vol. 14, 1, (Blackwell) 2008, p. 36 y ss.

3. Tres desafíos para el INDH

Instalado el INDH en el marco institucional de la protección de los derechos humanos en Chile, deberá enfrentar los desafíos que su misión le impone. Es posible encontrar muchas de esas metas en su informe anual, que permite ir vislumbrando su autocomprensión institucional[22]. A propósito de ello, creo que tres problemas resultarán especialmente acuciantes para el trabajo del Instituto al menos en sus tres primeros años:

3.1. Delimitar la promoción y protección de los derechos humanos

El concepto de "derechos humanos" es uno de los términos más ambiguos que posee nuestro actual derecho. Desde una reserva para derechos básicos, pasando por derechos civiles y políticos, hasta derechos marcadamente sociales, todos pueden caber bajo el paraguas de los derechos humanos. La intensidad de la protección puede también variar. Puede entenderse que solo infracciones graves a aquellos derechos son realmente un problema de "derechos humanos", mientras que regulaciones menores no cabrían en ese contenido. A fin de cuentas, cualquier regulación legal, por menor que sea, en tanto incide en los principales intereses que demanda la vida humana, puede ser reconducida siempre a una problemática de derechos humanos. En definitiva, todo depende de los límites que el usuario de ellos se imponga. En esto, el INDH se enfrenta a dos opciones .

Una primera opción es que el Instituto escoja una visión restrictiva de los derechos humanos, esforzándose por corregir aquellas infracciones donde existe un importante consenso social acerca de su significado y cuya gravedad y especial urgencia demanda acciones concretas y rápidas para revertirlas. El uso de un concepto como este puede reforzar la legitimidad del Instituto y, al mismo tiempo, aumentar la posibilidad de conseguir cambios importantes en el mapa de las decisiones públicas nacionales. La elección anual o bianual de focos de atención puede contribuir, por ejemplo, al desarrollo de una cultura de derechos humanos en el país, para que dejen de ser promesas vacías o solo una retórica atractiva y se conviertan en reglas jurídicas eficaces[23].

Por otra parte, el Instituto puede caer en la atractiva tentación de utilizar un concepto amplio de estos derechos. De asumir esta segunda opción,

22 INDH, *Informe Anual 2010, Situación de los Derechos Humanos en Chile*, (INDH) 2010.

23 Ver Hafner-Burton, Emilie y Tsutsui, Kiyoteru, "Human Rights in Globalizing World: The Paradox of Empty Promises", en *American Journal of Sociology*, vol 110, 5, (University of Chicago) 2005, p. 1373 y ss.

pretenderá asumir un rol de motor social y de agente vital para el desarrollo futuro de nuestra mejor convivencia. Sin embargo, esta opción posee riesgos inherentes. El primero de ellos es que la protección ilimitada de los múltiples intereses que están en juego en el debate social –y que, como indicamos, pueden ser siempre reconducidos a la forma de los derechos humanos– puede generar un cuestionamiento importante de su legitimidad. En efecto, situar dentro de una lógica de "derechos humanos" problemas vivamente debatidos en la actualidad –como el aborto, el matrimonio homosexual, la eutanasia, distintos sistemas anticonceptivos, etc.–,asumiendo que sus respuestas vienen ya predeterminadas por la apelación a la dignidad o a la libertad, puede dañar seriamente la percepción del Instituto, rebajando su naturaleza a un mero interlocutor social entre muchos otros. Esta igualación con otros agentes u ONGs afectaría gravemente su posicionamiento institucional y su prestigio, siendo este último tal vez el único capital con que cuenta.

Además, la dispersión de su foco de atención hacia muchos tópicos podría atenuar tanto la fuerza del INDH para afrontar los problemas que se propone considerar como el impacto y seguimiento de las soluciones que proponga.

El Instituto parece haber escogido la segunda opción. En efecto, en su primer Informe del año 2010, aborda un cúmulo de materias que excede con creces una versión restrictiva de los derechos humanos. Y, en el presente año –en palabras del propio INDH–, pretende ampliar aun más su esfera de intervención. Es así como indica que "los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos de las personas que viven con alguna discapacidad; los derechos de los y las migrantes; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo, así como la forma en que se ejercen las libertades entre otros, serán objeto de análisis y evaluación el año 2011"[24].

En lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, hay una clara preferencia por la inclusión de métodos anticonceptivos de emergencia[25], que, según otro custodio de los derechos fundamentales, los contraviene[26]. Lo mismo ocurre a propósito del aborto, en coincidencia con lo recomendado por el Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal

24 INDH, op. cit., p. 17

25 INDH, op. cit., p. 86.

26 Ver TC, Requerimiento contra el Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud [2008] Rol 740-07-CDS.

(EPU)[27], y en sus extensos planteamientos a propósito de las deficiencias en nuestra legislación en materia indígena.

Reconducir todos estos temas a una cuestión de derechos humanos puede dañar una sana democracia procedimental, al mismo tiempo que continuar con una constante y nefasta tendencia a encontrar la solución a nuestros principales problemas sociales en documentos fundacionales, constituciones o tratados internacionales, antes de privilegiar un debate democrático sobre qué medidas concretas debemos tomar para vivir mejor.

3.2. Resolver el problema de las reparaciones en las infracciones a DDHH

En un capitulo especial de su Informe, titulado "Violaciones graves a los derechos humanos", el Instituto se hace cargo de los principales problemas presentes en este tipo de asuntos. Si bien es cierto que, en algún momento, se pensó que este tipo de materias no cabía dentro de las obligaciones del INDH[28], es un hecho que éste ha asumido un rol en ese debate.

En este punto, el INDH confronta un gran desafío para el futuro: el problema de las reparaciones a los afectados. Esta reparación no debe abordarse en los simplistas términos de un mero restablecimiento de la situación de la víctima al momento anterior al ilícito[29], sino que debe realizarse dentro del complejo ámbito de la justicia transicional, donde es lícito para los estados determinar fórmulas tasadas de reparaciones que buscan reflejar un compromiso general de la comunidad para con los afectados[30].

Desde hace algún tiempo, la Corte Suprema se encuentra inmersa en una encrucijada que nos recuerda aquella afirmación de que en Chile no hay solo una Corte Suprema, sino tantas como salas existen. En efecto, en lo que concierne a las indemnizaciones solicitadas por diversos familiares de detenidos desaparecidos, la sala segunda y tercera se han enfrentado con soluciones diametralmente diversas para casos más o menos idénticos, ocasionando una extraño estado de evidente desigualdad en la resolución de los asuntos judi-

27 INDH, op. cit., p. 87.

28 En efecto, indicaba el ministro Viera Gallo: "parece fundamental mencionar que este organismo [el INDH] se ocupará de la situación actual y futura de los derechos humanos, en tanto que la del pasado seguirá en manos del Programa ad hoc del Ministerio del Interior. Por consiguiente, lo único que hará el Instituto respecto de hechos ocurridos con anterioridad será preocuparse de mantener la memoria de lo ocurrido, según lo establecido por las Comisiones Rettig y Valech". Historia de la Ley N° 20.405, p. 553.

29 Nash, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Lom) 2007, p. 25.

30 Sobre una visión completa de la política reparatoria chilena, es referencia obligada Lira, Elizabeth y Loveman, Brian, *Políticas de reparación. Chile 1990-2004*, (Lom) 2005.

ciales, desigualdad que refleja un grave atentado contra los mecanismos de justicia transicional y contra los derechos de los afectados.

Por una parte, en los casos en lo que se ha ejercido la acción civil de indemnización contra el Estado por infracción a los derechos humanos como anexa a un juicio penal, la segunda sala de la Corte ha dado lugar a la indemnización de perjuicios condenando al Estado a importantes sumas de dinero[31]. Por otra parte, en los casos en que se ha ejercido la acción civil de manera independiente al proceso penal y que, por ello, arriban en casación a la sala tercera de la Corte Suprema –sala por lo demás especializada en materias de responsabilidad extracontractual del Estado–, dichas pretensiones indemnizatorias han sido continuamente rechazadas[32]. Con anterioridad a la reestructuración de la Corte, la cuarta sala había llegado a la misma conclusión de rechazo[33]. Argumentos sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y consecuentemente de las acciones civiles procedentes de ellos, sirven de apoyo a las primeras sentencias; la prescripción de aquellas acciones patrimoniales y la compensación con la reparación ya efectuada por el Estado, han sido los principales argumento de las segundas.

Esta situación resulta intolerable. Dejar este tipo de materias a un casuismo impredecible es una muestra gráfica de falta de voluntad en la solución de un problema. En este punto, el INDH debiese generar soluciones que eviten más atentados a la igualdad jurídica como los que está ocasionando el errático comportamiento de los tribunales de justicia. La participación como terceros en recursos de unificación de jurisprudencia y la presentación de reformas legales que resuelvan definitivamente este problema, son algunas de las acciones que el Instituto debiese realizar.

Tal como indica Lira, el rechazo a nuevas peticiones de indemnización fortalece los programas de justicia transicional. Lo contrario, esto es: dar lugar nuevamente a demandas de indemnización de perjuicios, genera inevitable-

31 Ver Corte Suprema, Rol 695-2008, 2009; Corte Suprema, Rol 4691-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 3907-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 6212-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 4723-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 4662-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 6308-2007, 2008.

32 Corte Suprema, Rol 3540-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 2797-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 3028-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 2775-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 1852-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 743-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 4065-2006, 2008; Corte Suprema, Rol 4067-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 3458-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 2301-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 1133-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 6049-2005, 2006; Corte Suprema, Rol 5914-2005, 2006; Corte Suprema, Rol 1963-2005, 2006; Corte Suprema, Rol 508-2006, 2006.

33 Corte Suprema, Rol 2246-2003, 2004; Corte Suprema, Rol 5169-2002, 2004; Corte Suprema, Rol 1558-2002, 2003; Corte Suprema, Rol 1234-2002, 2003; Corte Suprema, Rol 4753-2001, 2002.

mente un acceso desigual a la justicia y a las reparaciones, generando el efecto de debilitar la decisión política y administrativa de reparación[34]. En la actualidad, la reparación patrimonial de las víctimas de infracciones a los derechos humanos se caracteriza precisamente por esa desigualdad.

3.3. Derechos humanos y modelo económico

La relación existente entre los derechos humanos y el modelo de distribución de recursos económicos imperante en nuestro país es a todas luces conflictiva. El Instituto, más temprano que tarde, deberá tomar parte de este conflicto. En general, impera una perspectiva que aleja el contenido de los derechos humanos del diseño económico que un país se ha dado de manera presuntamente democrática. El debate de estos derechos, entonces, se concentra en cuestiones de contenido valórico, como atentados a la libre expresión, la libertad sexual, los derechos de minorías oprimidas o los derechos procesales. El principal estadio donde estos derechos son perseguidos son los tribunales de justicia, donde batallones de abogados presentan demandas ante cambios en planes de salud o ante la aprobación de uno u otro método anticonceptivo. En todos estos casos, el lenguaje de los derechos humanos está presente de manera transversal.

Sin embargo, las mayores y más graves infracciones a los derechos humanos no tienen cobertura en los tribunales de justicia. Y es que el mayor cáncer de nuestra sociedad no es otro que la pobreza y la desigualdad, y son las reglas del diseño del modelo económico imperante las que sirven de silenciosos motores para la infracción permanente a derechos básicos.

Por un lado, existe un claro consenso en que los llamados "derechos anti-pobreza" contienen los intereses humanos más urgentes de nuestra sociedad[35]. No obstante, también es claro que la manera de operacionalizar este tipo de derechos no es del todo fácil. Muchas veces no se sabe con claridad quiénes son los verdaderos responsables de las infracciones y, en otras, no se tiene certeza sobre los vínculos causales que las provocan[36]. Sin embargo, es un deber de la sociedad actual tomar seriamente el hecho de que más seres humanos han muerto por

34 Lira, Elizabeth, "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile", en de Greiff, Pablo ed. *The Handbook of Reparations* (Oxford University Press) 2006, p. 94.

35 Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, (Oxford University Press) 2009, p. 163

36 Paradójicamente, puede también sostenerse con razón que son algunos "derechos fundamentales", o la interpretación que se hace de ellos, los que agravan o producen las infracciones a los derechos humanos. Ver Nicol, Danny, *The Constitutional Protection of Capitalism*, (Hart) 2010, p. 128 y ss.

causas relativas a la pobreza que en todos los conflictos o guerras del siglo XX[37] y que los principales incumplimientos a las promesas constitucionales siguen estando relacionados con la pobreza y la desigualdad.

Ahora bien, aunque siempre haya algún margen de duda sobre los causantes de aquellas infracciones, está bastante acreditado que muchos de los actuales acuerdos comerciales, grandes pactos financieros y tratados internacionales juegan un rol esencial en la perpetuación de un sistema económico que solo ha aportado inequidad y privación de recursos económicos a gran parte de la población[38].

Tan pronto tomemos conciencia del real impacto que la distribución desigual de los recursos económicos genera en la salud mental y física de las personas, en el consumo de drogas, la educación, la violencia, las condiciones carcelarias, la movilidad social, entre otros[39], podremos ir mirando con más detención las causas de aquella desigualdad, para comenzar a tratarla como la más temible y silenciosa infracción a los derechos humanos en las sociedades modernas[40].

Afrontar el desafío de hacer ver a los poderes del Estado la incompatibilidad entre el diseño económico actual y los derechos humanos, mostrando los innumerables saldos negativos en la justicia distributiva nacional, puede conducir a que la retórica de estos derechos deje de formar individuos políticamente apáticos, a una situación en que los derechos humanos no solo tengan relevancia en el plano de las promesas realizadas cuando las democracias arriban, sino también cuando ellas se están consolidando. En un corto o mediano plazo, la preocupación del Instituto por este tipo de infracciones puede hacer que se transforme en un verdadero motor de desarrollo social y que su *auctoritas* –tanto nacional como internacional– se consolide. Solo así se podrá contradecir a aquellos que piensan que, en los tiempos que corren, la autoridad tradicional como criterio de legitimación se ha perdido por completo[41].

37 Ver Pogge, Thomas, "El Fondo de Impacto sobre la Salud: Cómo hacer que nuevas medicinas sean accesibles a todos", en *El Cronista*, 19, p. 16 y ss.

38 Nicol, ob. cit. p., 47 y ss. Sobre el particular, la literatura es vasta. Ver, por todos, Stiglitz, Joseph, *Globalization and its Discontents*, (Penguin) 2002.

39 Para observar estos costos de la desigualdad puede leerse, entre diversos trabajos, Wilkinson, Richard y Pickett, Kate, *The Spirit Level*, (Bloomsbury Press) 2009.

40 Desde una perspectiva de desigualdad global, ver Pogge, Thomas, "Severe Poverty as a Human Rights Violation", en Th. Pogge (ed.) *Freedom from Poverty as Human Right*, (Oxford University Press) 2007, p. 12 y ss.

41 Arendt, Hannah, *Entre el pasado y el futuro*, (Península) 2003, p. 145.

REFORMAS POLÍTICAS PRESENTADAS POR EL EJECUTIVO

Gonzalo García Pino[1]

2010 podría haber constituido un año esperanzador en la promoción y discusión de cambios constitucionales sobre diversas variables del sistema democrático, ya sea por razones electorales (nuevo Gobierno), culturales (Bicentenario), institucionales (las reglas del juego cambian desde la óptica de la nueva coalición) o políticas (las reformas relevantes se anuncian e instalan durante el primer año de Gobierno). Sin embargo, muchas razones ralentizaron la puesta en marcha del Gobierno, desactivaron la idea de que las reformas democráticas tuvieran prioridad en la agenda e impidieron un gran debate legislativo. Este artículo plantea un test evaluativo de las reformas democráticas pendientes y presenta los escarceos previos de los primeros proyectos que se debaten en materia de inscripción automática, voto voluntario, voto de chilenos en el exterior y otras reformas procedimentales sobre la fecha de elección y la organización del sistema electoral. En 2010 se establecieron los marcos del debate; 2011 será un momento clave y una ventana de oportunidad para reformular algunas dimensiones de la organización política y democrática en Chile.

1. El contexto de los cambios: La cultura institucional de los vetos

¿Se ha dado un impulso a los avances democráticos en Chile? ¿Es posible escribir una crónica sobre las reformas políticas presentadas por el Gobierno del Presidente Piñera más allá de la discusión desgastada en la cual se ha situado el debate público chileno en los últimos años? ¿Es posible, después de

1 Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, Magíster de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado.

las reformas constitucionales del 2005, establecer un nuevo consenso democrático más profundo?

Las reformas políticas se movieron entre la espera y la espesura: la espera de cambios y la espesura de su dirección.

La activación reformista debía ponerla quién pasaba a controlar la agenda legislativa. El Gobierno del Presidente Sebastián Piñera tenía la obligación de imponerle un ritmo nuevo a las reformas democráticas. Una serie de razones contribuía a esperar un cambio constitucional que acompañara el giro electoral producido en el país con el cambio de coalición después de veinte años de Gobiernos de la Concertación.

Existía un conjunto de elementos que recordaba que las reformas políticas jugaron un papel en las elecciones presidenciales de 2009 y segunda vuelta de 2010. La irrupción de un candidato independiente, desde el seno de la Concertación, que promovía el voto voluntario como bandera de lucha, llevó a acordar con rapidez y sin mayor difusión pública la promulgación y publicación de una reforma constitucional, mediante la Ley 20.337 de abril de 2009. Por efecto de la Disposición Vigésimo Tercera Transitoria, estas reformas se introdujeron en el sistema constitucional, pendiente la aprobación de la Ley Orgánica Constitucional respectiva. Por tanto, había una expectativa razonable para esperar la pronta dictación de la regulación pendiente.

Otro conjunto de razones permitía vislumbrar una oportunidad de cambio. Por una parte, la necesidad de reforzar la feble mayoría electoral de la coalición gobernante y transformarla en mayoría social, podía empujar la idea de reformular los mecanismos que impiden a la mayoría electoral desarrollar con amplia libertad el mandato electoral que les otorgó el pueblo. La experiencia de gobierno constituiría una escuela de tan vastas dimensiones que la idea de "gobernar por decreto en el marco de la Constitución" podía reflejar, a corto y mediano plazo, un límite a las iniciativas legislativas más necesarias para la coalición gobernante. Iba a quedar clara la idea de que no basta con buena administración estatal para superar los grandes desafíos de fondo que se le plantean a un Gobierno, sino que además se requería la capacidad innovativa que solo la legislación puede dar.

En la misma línea, existe una tendencia a enviar los proyectos emblemáticos en el primer año de mandato, lo que constituye el punto de partida que raya la cancha en la cual se jugará. De esta manera, no solo se dispondría del control de la agenda por el efecto del enorme peso de la iniciativa legislativa en manos del Presidente de la República, sino que lo ejercería obligando a la

oposición a realizar propuestas en todos los planos pendientes de cambios del sistema democrático.

Cualquier observador que siguiera de cerca la operación de la Concertación, sabría que surgirían puntos sin consenso en materias electorales, relativas a la existencia o no de las primarias y su vinculatoriedad, y a la migración del sistema electoral binominal en la naturaleza del voto, entre otras materias. Uno de los aspectos en donde hay una sólida posición común es en el derecho de voto de los chilenos en el exterior, pero, incluso allí, se pueden manifestar diferencias estratégicas en las fórmulas para reconocer tal derecho. Por tanto, era de esperar que el Gobierno impulsara una agenda de cambios cerrando la brecha de una mayor preocupación relativa de la Concertación por la profundización democrática.

Adicionalmente, cuestiones históricas asociadas al Bicentenario, así como la discusión acerca de un consenso auténticamente democrático, podían impulsar la idea de reformar algunos aspectos del sistema democrático. Sin embargo, primó la quietud y el remanso táctico, y fue allí donde la espera fue tragada por la espesura.

Intentaré recrear parte de esta discusión pública aplicada a una nueva etapa de reformas que no está signada por la innovación temática sino por los protagonistas nuevos de este impulso: un Ejecutivo de centro-derecha. La espesura hace frente a un cambio de actores, pero no a las reglas del juego con que éstos operan hace décadas.

Partiré recordando el cansino ritmo de las reformas constitucionales y políticas en Chile. El gradualismo, la perspectiva y cálculo de los intereses en juego, la lentitud y la consagración de consensos por cansancio, son algunas de las consecuencias de un sistema con excesivos controles.

Si bien la doctrina tradicional ha descrito que el corazón del constitucionalismo radica justamente en la multiplicidad de controles, la naturaleza de nuestro régimen constitucional supera con creces la dimensión de evitar el abuso de poder o desarrollar el gobierno limitado. Una de las tesis más consolidadas en el constitucionalismo es concebirlo como un régimen cruzado de controles interórganos e intraórganos que permitan reducir la fuerza al derecho y conformar los actos políticos en el marco del Estado Democrático de Derecho.[2]

2 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, (Ariel) 1984, pp. 232-235. La descripción de esta teoría permitió, entre otras cosas, reconvertir en sede constitucional el viejo debate politológico acerca de la separación de poderes y la colaboración entre éstos.

Resulta acaso más productivo mirar la democracia chilena por sus efectos políticos, entendiendo la dinámica de las instituciones y no la formalidad de lo que dicen organizar. Dicho de otra manera, la esencia del régimen político chileno radica en una *democracia de vetos*, marcada por un número de actores con capacidad de imponer sus opiniones o vetos institucionales. Son los llamados *veto players*, esto es, "todos los actores, institucionales y de partidos cuyo consenso es necesario para que sea tomada una decisión, esto es para que el status quo sea movido."[3]

Por lo mismo, los avances democráticos en Chile deben tomar en cuenta el paso previo de sortear a los "veto players". Los actores del proceso político chileno han ido cambiando. La preocupación de comienzos de los noventa por un activo papel político de los militares se ha esfumado.[4] En la actualidad, el poder de veto se concentra en el Senado, los altos quórums legislativos, la capacidad normativa de los Ejecutivos y los controles del Tribunal Constitucional.

Este nuevo escenario fue creado por las reformas del año 2005 que permitieron reconducir la dimensión del debate público a las deliberaciones democráticas propiamente tales, sustrayéndolas del anterior escenario marcado por enormes presiones de las fuerzas políticas, incluyendo las militares. Resulta obvio que las presiones no se han excluido del sistema político y que aún queda mucha legislación política pendiente[5], pero los principios de transparencia, publicidad y probidad han impuesto costos adicionales a los que operan por fuera del sistema político democrático. La democracia imperfecta, alejada de las consideraciones deliberativas y de la neutralidad en la decisión sobre bienes públicos, promueve la dimensión agonal de la política. Esto es, una intensa lucha de élites por la conquista de una decisión pública en medio de un campo de intereses pragmáticos de variado tipo. La transparencia da alguna luz sobre la opacidad manifiesta de algunos objetivos y, especialmente, sobre los procedimientos para alcanzarlos.

La evaluación política de posibles avances en la consolidación democrática en nuestro país debe mirar ese entramado de actores, normas, procedimien-

3 Pasquino, Gianfranco, *Sistemas políticos comparados,* (Prometeo, Bononiae Libris) 2004, p. 46.

4 Para considerar dos versiones diferentes del papel político de las FF.AA., la versión autoritaria más completa de lo que denominaría el sustrato ideológico de la intervención política militar se encuentra en Oehling, Hermann, *La función política del Ejército*, (Memorial del Ejército de Chile, Biblioteca del Oficial) 1977; de la versión democrática hay muchos más ejemplos, de entre los cuales sugiero Cotino Hueso, Lorenzo, *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas,* (Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2002.

5 Entre ellos el proyecto de ley sobre el lobby.

tos y controles que le restan velocidad a los cambios democráticos: la espesura que explica los resultados de la acción gubernamental, no importando su signo político.

Esta reflexión es paralela al tema central de este documento, pero es absolutamente fundamental indicar que las reformas políticas no se dan en el vacío sino en una sociedad política concreta. Incluso más, la idea de los actores con veto ha ido reconduciendo el examen de los regímenes políticos presidencialistas, semipresidencialistas o parlamentarios, teniendo en cuenta el papel que juegan los actores individuales, institucionales y partidarios para promover, reformular, contener o impedir un cambio constitucional.[6]

2. Desde dónde evaluaremos las reformas políticas impulsadas. Breve revisión de algunos principios democráticos

Como dice Sartori, "lo que la democracia sea no puede separarse de lo que la democracia debiera ser"[7]. No podemos afirmar que el sistema democrático chileno, más allá de algunos evidentes perfeccionamientos recientes, se aproxime a un modelo ideal de democracia representativa. Suele circular con demasiada facilidad la crítica destemplada, ácida, distante y descomprometida sobre nuestro sistema político, con algún credo específico o en torno a alguna adhesión política. Es evidente que los mismos protagonistas de la vida pública contribuyen a este desprestigio o desinterés. Pero no cabe duda que vivimos inmersos en uno de los procesos de individuación más sistemáticos y profundos desde que se tenga memoria, considerándose el fenómeno político una especie de rémora contra la cual hay que sospechar en sus posibles beneficios para las grandes mayorías.

Vale la pena analizar con detenimiento esta postura crítica, que carece de fondo conceptual. Se considera a la democracia como un fenómeno accidental, minoritario y de breve consolidación histórica inaugurado en la década de los noventa con poco más de un tercio de los países del mundo contando con regímenes democráticos y electivos.[8] La pregunta que se puede plantear a los críticos de la democracia es muy sencilla: ¿Comparado con qué? ¿Comparado con qué país, con qué experiencia histórica y con qué modelos de organización política? Y es allí donde la espera y la espesura no son suficientes como

6 Esta mirada la ha profundizado Tsebelis, George, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, (Fondo de Cultura Económica) 2006.

7 Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, (Rei Argentina) 1988, p. 26.

8 Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, (Taurus) 1999, p.14.

para ocultar la enorme esperanza que alienta la búsqueda de un modo de organización democrático en América Latina, Europa, Norteamérica y, con gran fuerza en este último tiempo, en los países árabes.

Por lo mismo, acentuaré algunos aspectos evaluativos. Se ha escrito mucho sobre las enormes diferencias entre distintos modelos ideales de democracia. No resulta razonable en un trabajo como éste definir una y otra vez lo que entendemos por democracia.[9] No se trata de verificar una definición sino los alcances de la misma y cómo vamos a interpretar esos alcances. Es evidente que la democracia es un proceso en construcción y que no existe un modelo definitivo. "La democracia puede ser inventada y reinventada de manera independiente dondequiera que se den las condiciones adecuadas".[10]

Existe un cierto consenso en torno a la idea de un *gobierno del pueblo*. Pero, ¿del pueblo como colectivo o como personas agrupadas en un volumen de cuántas? ¿Y cómo se integran las minorías? La democracia se inspira en el principio del gobierno de las mayorías con respeto a las minorías, pero cuando esas mayorías se dan en contexto de democracias de masas –de enormes multitudes, con representaciones territoriales muy diferenciadas y con los complejos requisitos impuestos por la estructura heterogénea de las sociedades en donde se manifiesta el fenómeno democrático– esas mayorías están tamizadas por una serie de consideraciones que obligan a contextualizarlas permanentemente.

Por lo mismo, y siguiendo la referencia de Sartori, "todos sabemos, más o menos, cómo debería ser una democracia ideal, mientras que se sabe demasiado poco sobre las condiciones necesarias para conseguir una democracia posible, una democracia real."[11] Parece más sencillo concebir los elementos de una democracia real evaluando la dimensión descriptiva de la democracia sin apartarse de la dimensión prescriptiva. Por lo tanto, nos centraremos en los elementos de la democracia más que en sus definiciones para enjuiciar las reformas que buscan subsanar el déficit de nuestro régimen político.

Nuestro formato evaluativo se centra en cinco elementos del régimen democrático: el principio democrático, la base democrática ciudadana, la regla de mayoría, el respeto de las minorías y la mayoría transparente. Todos estos

9 Por poner uno de los ejemplos, Touraine, Alan, *¿Qué es la democracia?*, (Fondo de Cultura Económica) Segunda reimpresión, 1995, p. 42, indica "la definición de democracia como libre elección, a intervalos regulares, de los gobernantes por los gobernados."

10 Dahl, Robert, op. cit., p. 15.

11 Sartori, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, (Taurus) 2009, p. 19.

elementos, por supuesto, son parte integrante del Estado de Derecho como primer elemento de limitación del poder.

2.1. El principio democrático

El principio democrático alude al origen del poder, esto es, a su ADN, el respaldo popular que dota de legitimidad a las autoridades.

Este principio equivale al reconocimiento de la soberanía popular en el origen, del poder democrático, bajo un parámetro constitucional de elecciones libres, competitivas, informadas, con registros públicos y bajo escrutinio jurisdiccional. Por tanto, son autoridades elegidas democráticamente de modo directo por el pueblo, sin mediación de colegios electorales, grandes electores o parlamentarios.

En nuestro ordenamiento constitucional, este principio se consagra en tres niveles diferentes. Hay autoridades establecidas con pleno respeto a este principio, otras en que se lo matiza y una tercera categoría en que simplemente no existe.

En Chile en 2011, el principio democrático es un criterio de organización que se respeta, valga la redundancia, en principio. Se manifiesta efectivamente en Chile en dos situaciones: la elección por voto popular del Presidente de la República y de las autoridades municipales (alcalde y concejales).

En este punto nos diferenciamos de modelos presidencialistas relevantes, como Estados Unidos, donde no rige el principio democrático directo. "Aunque los votantes marcan en sus papeletas un candidato presidencial (como en una elección directa), realmente están votando por una lista de electores, que han prometido su apoyo al candidato en una posterior elección a nivel estatal entre esos electores tal y como sucede en una elección indirecta."[12] Lo anterior ha llevado a que en cuatro oportunidades no haya sido electo Presidente de los Estados Unidos la persona que obtuvo mayor número de votos populares.[13]

En cambio, cuando hay órganos colectivos o los cupos son superiores a uno, se produce el dilema de la asignación de escaños, esto es, la conversión de los votos populares directamente elegidos para definir los ganadores. Este es el caso del Congreso Nacional. No se puede sostener que no opera el principio democrático en Chile, puesto que el origen de la elección de los

12 De Cueto, Carlos y Back, Marcus, *Manual de sistemas políticos*, (Editorial Comares) 2007, p. 193.

13 Tal es el caso de las victorias de Andrew Jackson (1824), Samuel Tilden (1876), Grover Cleveland (1888) y Al Gore (2000) que concluyeron en las presidencias de John Quincy Adams, Rutherford Hayes, Benjamis Harrison y George W. Bush, respectivamente. Ibíd., pp. 193-194.

parlamentarios es la soberanía popular. El dilema está en la mediación de esa votación por los llamados sistemas electorales. Estos mecanismos tamizan el principio democrático.[14] Esta mediación, matización o atenuación del principio democrático ha generado una larga discusión política en Chile –que está lejos de acabar– acerca del sistema binominal en la asignación de escaños.

Más allá de esa discusión, quiero relevar, en el marco de este examen evaluativo, las situaciones en que no concurre el respeto al principio democrático. Eso se produce en dos niveles.

Por una parte, hay autoridades no elegidas. Tal es el caso de las regiones o provincias que carecen de cualquier representación democrática, por lo que el déficit democrático es total. Por otra parte, este principio tiene severas cortapisas en materia de reemplazos frente a vacancias, renuncias o nombramientos que generan incompatibilidad. Parece producirse un desapego del principio de origen (un procesalista diría un desasimiento o una desvinculación). Tal es la situación del reemplazo de las vacantes de diputados, senadores y alcaldes.

En estos casos, el principio democrático se desvanece en plenitud al no existir un criterio común. Cuando se trata de reemplazar a los parlamentarios de partido, el soberano parece reenviarle el poder al partido político. En el caso de parlamentarios independientes, no hay soberano retorno a nadie. Y en el ámbito municipal, la soberanía retorna al cuerpo electoral de concejales sin una pauta de conducta adicional que permita un acuerdo entre ellos o designar al concejal más votado en caso de desacuerdo. En esta última circunstancia, y por efectos de la mecánica electoral, suele ser elegido el representante de la minoría.

El único fundamento del constituyente o el legislador para estos casos ha sido el pavor a las elecciones complementarias. El principio democrático en Chile hiberna hasta completar el período y reaparece cada cuatro años para que nadie tenga la sensación que un plebiscito indirecto se cierne sobre su gestión. El impedimento de la elección complementaria es una severa restricción a la soberanía popular.

2.2. La base democrática

La base democrática dice relación con la pregunta histórica: ¿quiénes y cuántos constituyen el pueblo? Sobre esto se ha teorizado y se han construido

14 "Los sistemas electorales determinan el modo en que los votos se transforman en curules, y por consiguiente afectan la conducta del votante." Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, (Fondo de Cultura Económica) reimpresión, 1995, p. 15.

categorías históricas que dan cuenta de una evolución. Los criterios del sexo, la edad, el patrimonio, el conocimiento, la idoneidad, la residencia, la etnia, el territorio, la raza y la nacionalidad han sido fórmulas que han permitido ampliar o restringir la base democrática.

Pero este asunto no ha sido un ejercicio de meras distinciones. Es evidente, que al residir el principio democrático en una base de apoyo variable, esta termina cambiando por criterios móviles que dependen de las decisiones políticas de los soberanos. El ejercicio de inclusividad del sistema político viene acompañado de procesos históricos de lucha por ingresar al mismo.

Dahl da cuenta de los dos posturas extremas en torno a la base democrática. Por un lado, existe la visión categórica según la cual "el *demos* debe incluir a todos los adultos sujetos a las decisiones colectivas obligatorias de la asociación"[15], y, por otro, el enfoque contingente que señala, en palabras de Schumpeter, que "era una conclusión ineludible que debamos dejar que cada *populus* se defina a sí mismo".[16]

¿Quién define la base democrática? ¿El constituyente, bajo la regla categórica de todos los adultos participando bajo cualquier circunstancia, o el soberano bajo una regla contingente que modifica circunstancialmente, ampliando o reduciendo el pueblo que decide?

Aquí estará centrado parte del dilema de la base democrática chilena en varias vertientes. ¿Cuál es la base electoral chilena? ¿Existe libertad para integrarse y para desafiliarse, o hay un criterio categórico definitivo? ¿Cuál es la situación de los extranjeros en Chile? ¿Y de los chilenos en el extranjero?

La discusión política en Chile está anclada en parte de estos puntos, sobre los que el Ejecutivo ha enviado proyectos de ley que analizaré más adelante.

2.3. Regla de mayoría

El principio democrático está en el origen del poder y la soberanía popular refleja la iniciativa política. Lo anterior trae por consecuencia un principio de organización que importa el respetar la regla de la mayoría.

La democracia se funda en el criterio de expresión de esta regla de mayoría. "La regla esencial para la adopción de las decisiones es la de la mayoría, de suerte que es esta mayoría quien expresa la voluntad popular. La realización de la voluntad de la mayoría es, pues, la consecuencia directa del principio

15 Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, (Paidos) 1991, p. 147.

16 Op. cit., pp. 147 – 148.

democrático."[17] Sin embargo, el principio mayoritario no lo es todo en las democracias constitucionales. Una importante línea de discusión se centra en el debate sobre hasta dónde rige este principio.[18]

En este plano, podemos encontrar dos tipos diferentes de problemas. Por un lado, están los matices o la inversión de reglas del principio mayoritario que impone la obligación de supervalorar a las minorías en algunas decisiones. Y, por otro, las definiciones contramayoritarias en donde la decisión democrática es abrogada por ser inconciliable con el orden constitucional.

Es así como, para un jurista español, esto se denomina *matices al principio mayoritario*, puesto que las únicas normas que reflejan una decisión en donde la minoría tiene un cierto poder de veto son las normas de reforma constitucional y las llamadas leyes orgánicas constitucionales que, para la Constitución Española, exigen la aprobación de la mayoría de los parlamentarios en ejercicio.[19]

Resulta obvio que en el caso chileno hablamos, estructuralmente, de vetos y no de matices. Esto se ve en la exigencia –para la aprobación, modificación o derogación de normas– de quórums de dos tercios o tres quintos en las reformas constitucionales; tres quintos para las normas de interpretación constitucional; cuatro séptimos para las normas orgánicas constitucionales y mayoría absoluta en ejercicio de los diputados y senadores en el caso de las leyes de quórum calificado. Asimismo, dependiendo de las materias, los tratados internacionales pueden también cambiar su quórum de regla de mayoría a cualificada. En la misma medida que se incrementan los quórums de aprobación de una norma, la minoría define los términos de la decisión pública, con lo cual la democracia pierde poder de representación y reduce su inclusividad.

Hablamos de vetos porque se impone un condicionamiento de la minoría, por los quórums exigidos, para que nazca una norma a la vida del derecho.

17 García Morillo, Joaquín, *La democracia en España*, (Alianza Editorial) 1996, p. 32.

18 En este artículo no nos hacemos cargo de la crítica elitista y marxista de la democracia que "comparten un mismo punto de partida pero llegan a conclusiones opuestas: el escepticismo más o menos radical sobre la posibilidad o la conveniencia que los ciudadanos en su conjunto se ocupen con tino y energía de los asuntos políticos, en el caso de la tradición elitista, y la confianza más o menos entusiasta, de los marxistas, en la posibilidad de crear, a la salida de una transformación revolucionaria de la sociedad, una democracia escasamente conflictiva de hombres iguales y plenamente participativos en la vida pública." Ver De Gabriel Pérez, José Antonio, "La crítica elitista de la democracia", en Del Águila, Rafael por todos, *La democracia en sus textos*, (Alianza Editorial)1998, p. 197.

19 "Matices porque, en no pocos casos, no basta para adoptar una decisión una mayoría ordinaria: es precisa una mayoría reforzada, o cualificada, esto es, más amplia o numerosa que la ordinaria. No basta pues que sean más los que votan a favor que en contra; es menester, además, que alcancen un determinado número." García Morillo, Joaquín, *La democracia en España*, (Alianza Editorial) 1996, p. 32.

Con todo, también hay limitaciones a la regla de mayoría, ya que se es posible expulsar una norma del orden jurídico cuando es inconciliable con ciertos contenidos constitucionales.[20]

Ello nos remite a lo que se denomina el principio contramayoritario, el mecanismo por el cual se limita la mayoría por afectar la esencia de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional, fórmula que permite expresar la garantía institucional de la supremacía constitucional, otorgándole tales potestades al Tribunal Constitucional.

Las reformas de 2005 contribuyeron a fortalecer el principio contramayoritario al pasar de las supuestas garantías militares frente a una fractura del sistema democrático (Poder de Seguridad) a una garantía democrática de defensa del ordenamiento por todos los actores públicos involucrados. En esa perspectiva, se crearon mecanismos para centralizar la defensa jurídica del orden constitucional en el Tribunal Constitucional. Aunque para algunos pueda haber un sobredimensionamiento del Tribunal, se trató de un cambio histórico de paradigma y de garante. Se pasó de un esquema autoritario, que protegía supuestamente desde fuera, a un esquema de protección democrática desde las autoridades directamente elegidas, y de un garante militar a uno con marcado acento jurisdiccional, lo que refuerza el Estado de Derecho.

Por supuesto, existen fundadas críticas al principio contramayoritario, que se resumen en tres tipos de argumentos: la baja legitimidad democrática de origen del juez constitucional, la rigidez excesiva de la Constitución y la alta dosis de controvertibilidad interpretativa de la Carta Fundamental, que sitúa al juez constitucional en una posición superlativa de definición de cuestiones críticas.[21] Sin embargo, hay mecanismos institucionales que atenúan esta crítica y que, en la práctica, están siempre presentes en el esquema constitucional chileno: la permanencia de los miembros del Tribunal Constitucional en sus cargos que es mucho menor que en el modelo norteamericano, donde se ha acentuado esa crítica.

Asimismo, desde el punto de vista de los contenidos, la democracia está sujeta a reglas y no constituye un orden espontáneo carente de formalidades. "Surge, por supuesto, la cuestión de saber quién debe asegurar que las reglas

20 El artículo 93 de la Constitución Política de la República dispone que: "son atribuciones del Tribunal Constitucional: N° 7 Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a los dispuesto en el numeral anterior;"

21 Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 1997, pp. 42-46.

del proceso democrático sean adecuadamente cumplidas. Esa responsabilidad no puede delegarse al proceso democrático mismo, dado que la función de monitoreo sería simplemente influenciada por el incumplimiento de las reglas y condiciones en las que se basa el valor epistémico."[22]

No obstante, siempre existirá tensión respecto a qué cuestiones son de decisión de órganos deliberativos como el Congreso Nacional y qué asuntos los definen los jueces constitucionales. Se produce un dilema tanto en la asignación de competencias como en la argumentación que justifica una decisión jurisdiccional. Usualmente, criterios de mayor preferencia a la ley, de supremacía y deferencia de las decisiones del legislador, permiten atenuar un problema de difícil resolución.

2.4. El respeto a las minorías políticas

Este criterio estructural se manifiesta de dos maneras: como respeto a los derechos de la minoría política y a los derechos fundamentales de todos.

En el primer aspecto, al configurarse como modelo constitucional un régimen que impone altos quórums, se establece un rol decisivo en la legislación por parte de la minoría. Adicionalmente, un conjunto importante de reformas constitucionales de 2005 agregó derechos de iniciativa política a la minoría para actividades de información, control y fiscalización. En consecuencia, solicitudes de información pública, interpelaciones, sesiones especiales, comisiones investigadoras y acusaciones constitucionales pueden ser promovidas por una oposición significativa.Estos derechos no están al alcance de una minoría de baja representación parlamentaria, sino que tienen por cortapisa un volumen relevante, aunque minoritario, de apoyo. Esa misma minoría puede promover ante el Tribunal Constitucional cuestiones relativas a decretos supremos del Poder Ejecutivo o iniciativas de ley que éste impulse y que parezcan inconstitucionales.

En virtud de esas reformas, la oposición cuenta con herramientas de protección frente a la mayoría y de desafío de iniciativas gubernamentales que se estimen inconstitucionales, opacas, abusivas o simplemente delictivas. Este ejercicio está íntimamente vinculado a las perspectivas de alcanzar el Gobierno de la minoría. No obstante, hay cuestiones de derecho y de hecho en donde se fundan asimetrías enormes entre el Gobierno y el Congreso. El poder técnico, la burocracia y los recursos con que cuenta el Ejecutivo, hacen

22 Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, (Gedisa Editorial) Primera reimpresión, 2003, p. 273.

incontrarrestable su poder informativo y muchas de sus decisiones. Sin lugar a dudas, hay otras democracias dotadas de un contrapeso mayor.

Como señalamos al inicio de este capítulo, existe otro mecanismo de defensa de los derechos de las minorías: la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de todos y en todo tipo de instancias, procedimientos y recursos. No se trata aquí de un asunto de mayorías o minorías, sino de garantía de derechos. No se trata de los derechos de minorías específicas, ya sea étnicas, de género o sexo, etc., sino que abarca los derechos de todos con sus adecuadas garantías jurisdiccionales. Este asunto amerita una reflexión amplia, especialmente en torno al alcance de las garantías relativas a derechos económicos, sociales y culturales concebidos como derechos fundamentales. Por de pronto, es necesario reconocer la existencia de un déficit en la materia.

2.5. Mayoría transparente

En principio, se requiere la transparencia de la mayoría, es decir, la transparencia en la toma de decisiones.

Las sociedades arcanas mantenían un control oligárquico de la política por el uso que hacían del secretismo y la opacidad. Las sociedades democráticas asumen cada vez con mayor fuerza la necesidad de reconocer que los actos de toma de decisiones son públicos y requieren de transparencia. Lo fundamental es que las decisiones sean adoptadas por quién corresponda. Si una autoridad tiene el título de tal por voluntad democrática, será clave que en sus actos y resoluciones resulte evidente y nítido que toma decisiones por sí misma y en su propio mérito.

La arquitectura institucional de la transparencia ha avanzado mucho desde la instalación del Consejo para la Transparencia, pero sigue siendo un ámbito político en donde hay definiciones pendientes.

Mientras, en la actividad política, los partidos y parlamentarios, especialmente durante las elecciones, no desarrollen reglas del juego preestablecidas, abiertas a todos, competitivas, no discriminatorias, de inclusividad y transparentes, la confusión acerca de los intereses cruzados y el poder vicarial va a continuar. La legislación sobre financiamiento político, en tiempo de normalidad y en períodos electorales, profundiza la falta de claridad de los intereses representados. Ello con el agravante de la carga que a veces se impone al erario fiscal por concepto de créditos y descuentos en impuestos involucrados en las donaciones electorales reservadas.

Asimismo, ante las capturas del Estado, urge una legislación que proteja frente a la manipulación de intereses externos (lobby) y garantice la imparcialidad de las decisiones estatales (el evitar la puerta giratoria entre órganos fiscalizadores y servicios fiscalizados) y la transparencia en un grado óptimo.

Por lo tanto, no es un asunto de mayoría o minoría sino de transparencia en todas las decisiones públicas, aunque resulta evidente que el mayor peso de las exigencias en un régimen presidencial recae en la mayoría.

Valgan estos cinco criterios evaluativos como una base para sostener que en Chile rige un auténtico Gobierno de las leyes y no un ejercicio del poder de la mayoría. El Estado de Derecho, como un límite al poder, es un ideal difícil de alcanzar, pero cuyos beneficios los sentimos todos los ciudadanos que dependemos para nuestra cotidianeidad de un conjunto amplio de decisiones públicas sobre nuestros derechos.

3. La agenda política en el Congreso y en el Gobierno

Los criterios indicados anteriormente dan cuenta de una serie de desafíos democráticos, algunos más cerca de cumplirse que otros. A continuación, graficaré en un cuadro algunos de los proyectos o mociones parlamentarias, ya sean de reforma de ley o de reforma constitucional, con el objeto de identificar algunos de los puntos sobre los cuales puede haber déficits pendientes. La radiografía de iniciativas legislativas que se presenta revela proyectos de ley que están vigentes y respecto de los cuales el Ejecutivo no ha solicitado su archivo ni ha bloqueado en su tramitación. Por supuesto, ello no indica los grados de urgencia o la proximidad a transformarse en leyes. Se trata solo de una revisión del estado de la cuestión. Entre paréntesis se indica el año en que se presentaron y su nivel de tramitación; se marcan con asterisco los proyectos promovidos por el Gobierno del Presidente Piñera. Se destacan en negro las iniciativas propuestas y retiradas por el Gobierno, y la única ley política aprobada durante el periodo.

Proyectos de ley sobre materias políticas en el Congreso

Boletín	Materias
4724-06	Control del gasto e intervención electoral (2006) (1°)
6628-06	Establece elecciones primarias (2009) (1°)

6501-06	Cuentas de gastos electorales municipales 2008 (2009) (1°)
5940-06	Estatuto especial de Gobierno y Administración de la Isla de Pascua (2008) (1°)
5221-07	Iniciativa ciudadana de ley (2007) (1°)
6189-06	Regula el lobby (2008) (2°)
5898-07	Fideicomiso ciego (2008) (1°)
5553-06	Ley de cuotas (2007) (1°)
4061-07	Insistencia en la Reforma que introduce principio proporcionalidad y representativo al Sistema Electoral (2005) (Insistencia 1°)
5872-06	Modifica la LOC sobre Gobierno y Administración Regional (2008) (1°)
6418-07	Regula sufragio voluntario, inscripción automática y voto de chilenos en el extranjero (2009) (1°)
3407-07	Regula el lobby (2003) (Discusión veto)
3562-06	Ley de Participación (Ley N° 20.500)
6946-07	Proyecto de reforma constitucional para adecuar los plazos vinculados a las elecciones presidenciales (2010) (2°) (*)
6950-07	Proyecto de reforma constitucional para permitir el voto de chilenos desde el extranjero (2010) (1°) (*)
7185-07	Modifica LOC de Bases de la Administración del Estado en lo referente a la declaración de intereses y de patrimonio (2010) (1°) (*)
7206-07	Reforma constitucional que permite el ejercicio de la iniciativa ciudadana de ley (2010) (1°) (*)
7308-06	Modifica Ley N° 18.695 en materia de plebiscitos y consultas ciudadanas (2010) (1°) (*)
7335-07	Reforma constitucional para permitir el voto de chilenos desde el extranjero (2010) (1°) (*)
7338-07	Regula la inscripción automática, modifica el sistema electoral y moderniza el sistema de votaciones. (2010) (1°) (*)
7358-07	Regula los actos electorales de chilenos en el extranjero (2010) (Retirado) (*)
5324-07 5522-07	Reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena (2007) (1°)
6756-07	Reforma constitucional sobre territorios especiales (2009) (2°)

Esta radiografía permite describir la vocación de reforma y la continuidad en estas materias. Durante el año 2010, el Gobierno del Presidente Piñera envió 8 proyectos de ley y retiró uno, que abordaremos más adelante. Además, se aprobó una ley relativa a participación ciudadana, siendo hasta la fecha la única reforma que ha concluido con éxito.

A continuación, describiremos las reformas presentadas y la ley aprobada.

3.1. Ley 20.500 sobre asociaciones y participación en la gestión pública.

Esta ley fue impulsada por el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos en 2004. Su eje central es la regulación del derecho de asociación con énfasis especial en las organizaciones de interés público, es decir, aquellas cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común. Sus integrantes son libres de incorporarse y su modo de organización es el voluntariado. En tal calidad, pueden postular a subsidios públicos.

Estos organismos no podrán financiar las campañas electorales, lo que impide una de las actividades preferentes de las organizaciones activistas, por ejemplo, en las campañas electorales en Estados Unidos.

Lo más relevante de esta legislación consiste en obligar a los órganos del Estado a que, en sus políticas, planes, programas y acciones, determinen un modo de participación para estas organizaciones, reconociéndoselas como un derecho ciudadano. Asimismo, les refuerza sus deberes en materia de transparencia, de cuentas públicas anuales y de realización de consejos consultivos con la sociedad civil. La ley vincula estos consejos a toda la estructura estatal, los incardina con otros movimientos sociales –como las Juntas de Vecinos– y pone especial énfasis en su organización territorial, particularmente en los municipios.

3.2. Proyecto de reforma constitucional para adecuar los plazos vinculados a las elecciones presidenciales

Este proyecto, impulsado integralmente por el actual Gobierno, está cerca de constituirse en una reforma a la Constitución. Sus objetivos son, en primer lugar, adelantar la fecha de las elecciones presidenciales, fijándolas el segundo domingo de noviembre anterior al año en que se deba dejar el cargo. En segundo término, reformular los diversos plazos vinculados con las elecciones especiales, tratándose de los casos de segunda vuelta, subrogancia o vacancia. Asimismo, armoniza los plazos de los procedimientos para adaptarlos

al nuevo sistema de inscripción automática y modifica la fecha de cambio de Gobierno a partir del año 2018, concluyendo ese período presidencial el 1 de marzo. Lo anterior obliga a adaptar la legislatura de senadores y diputados a igual período.

3.3. Modifica la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (LOCBAE) relativa a la declaración de intereses y patrimonio

El avance en materia de transparencia sobre los altos cargos de la Administración del Estado ha sido muy lento. Un primer paso fue el tímido reconocimiento de los intereses. Más adelante, el del patrimonio. Y, finalmente, se está en espera de la propuesta que involucra la gestión del patrimonio por terceros en caso de fideicomiso.

El Artículo 8 incisos tercero y cuarto de la Constitución Política de la República disponen que,

> el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.
>
> Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

El objetivo de este proyecto de ley es disponer de un formulario único que contenga la información de intereses y patrimonio. Una comisión integrada por asesores de Gobierno y oposición avanza en una negociación externa que facilite su posterior tramitación.

3.4. Participación en plebiscitos, consultas ciudadanas e iniciativas de ley

Dos proyectos de ley se orientan a impulsar la promoción de la participación ciudadana. Sin embargo, ello ocurre en un contexto de restricciones constitucionales amplias que impiden una profundización del proceso democrático.

Por ejemplo, el proyecto de iniciativa popular de ley incorpora la idea de empezar la tramitación normativa con la participación popular, excluyendo todas las materias que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Asimismo, se impide iniciar reformas constitucionales o en materias de cambio a una Ley Orgánica Constitucional.

Asimismo, en materias comunales, se propone facilitar la realización de plebiscitos y consultas no vinculantes a nivel local y se establece la idea de reducir los costos que estos mecanismos de participación significan para los municipios del país.

Ambas iniciativas se dan en un marco muy restrictivo, aun cuando esta última avanza en otorgar los medios que permitan extender las consultas ciudadanas y los plebiscitos que hoy están reservados, por cuestiones económicas de hecho, a los municipios más ricos del país.

3.5. Voto de los chilenos en el extranjero

El Gobierno ha presentado dos proyectos de reforma constitucional sobre la materia (uno en cada Cámara). Ello amplía su posición estratégia de negociación en un tema estrechamente vinculado a la inscripción automática y al voto voluntario.

En primer lugar, el Gobierno entiende que esta es una materia que el constituyente no ha regulado y requiere una normativa constitucional complementaria que determine cómo votan los chilenos en el exterior. Por lo tanto, no bastaría con los requisitos establecidos en el Artículo 13 de la Constitución. Por su parte, la oposición ha sostenido que lo único pendiente es el mandato al legislador orgánico para que establezca el modo y forma en que se proceda a reconocer la votación de los chilenos en el exterior.

En segundo lugar, la cuestión de fondo planteada por el Gobierno implica que los únicos chilenos residentes en el exterior que tendrían derecho a sufragio serían aquellos que tuviesen un particular vínculo con el Estado de Chile. Tal vínculo debería definirlo el legislador orgánico constitucional en cuestiones tales como períodos de retorno, asuntos tributarios, históricos, etc. Este planteamiento es rechazado por la oposición, la cual es partidaria de no exigir ningún tipo de condicionamiento adicional al reconocimiento pleno de la ciudadanía a los chilenos en el exterior que no haya sido fijado por el Artículo 13 de la Constitución (nacionalidad, edad e idoneidad moral). Ello ha provocado un conjunto de entreveros procesales que pueden llevar al TC a pronunciarse sobre esta materia.

3.6. Inscripción automática y voto voluntario

Existe amplio acuerdo en torno a que el actual sistema de inscripción voluntaria y voto obligatorio no es la mejor combinación, puesto que incrementa los desincentivos para ampliar la base democrática. Esta crítica proviene incluso de partidarios de un sistema de inscripción automática y voto obligatorio.[23] Sin embargo, quizás este es el único consenso en la materia. No existe evidencia clara o una interpretación unívoca sobre la bajísima inscripción juvenil. Por lo mismo, tampoco existe acuerdo acerca de los modos de superar tal déficit. Lo que resulta claro es que la oposición y el Gobierno muestran puntos de fractura respecto a los alcances y bases de sustento de esta negociación, fracturas que también ocurren al interior de las propias coaliciones.

No obstante, en algunas áreas se comprueban importantes avances, siendo el elemento esencial la modernización del Servicio Electoral y una administración más acorde a las capacidades tecnológicas.

Algunas de las iniciativas del proyecto de ley implican organizar un nuevo Servicio Electoral dirigido por un Consejo de 5 integrantes, que llevará un registro de todos los chilenos nacidos en el país, extranjeros nacionalizados y nacionales con derecho a sufragio desde el exterior. Asimismo, la ley establecería padrones públicos para cada elección que estarán sujetos a auditorias y reclamaciones. Finalmente, modificaría el horario de las mesas para hacer más fácil la votación.

La evaluación de este proyecto de ley aún se encuentra en sus primeros trámites. Resulta evidente que continuará zarandeado por sus relevantes diferencias.

4. Colofón

El Gobierno ha presentado escasos proyectos de reformas políticas para un año fundacional. Esos proyectos significan una continuidad en los debates, no verdaderas rupturas o novedades. Por lo tanto, son insuficientes. Ello es principalmente, aunque no de manera exclusiva, responsabilidad del Gobierno.

Son pocas las discusiones sustantivas que ha delineado en este primer año y probablemente, pese a los discursos, se imponga una rutina aun más conservadora. Da la impresión que el statu quo le favorece más que las modificaciones que pueda impulsar, ya que los efectos de tales cambios son inciertos.

Mientras tanto, la base democrática disminuye, el principio democrático

23 Ver Chuaqui, Tomás, "Participación electoral obligatoria: una defensa" en Fontaine, Arturo y otros, *Modernización del sistema electoral chileno*, (Lom) 2007, pp. 186-187.

flaquea en regiones y municipios, y la necesidad de contar con mayor transparencia en la definición de las decisiones públicas constituye una exigencia creciente.

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS CAUSAS DEL CONFLICTO POR LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA DE BARRANCONES EN PUNTA DE CHOROS[1]

Dominique Hervé [2]

La aprobación ambiental en 2010 del Proyecto de la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros deja en evidencia la debilidad de algunos instrumentos de protección del medio ambiente contenidos en nuestro ordenamiento jurídico. En particular, este trabajo aborda dos causas directas del conflicto. En primer lugar, se centra en la ausencia efectiva de planificación territorial en la zona de influencia del proyecto, para lo cual analiza el instrumento de la Zonificación del Borde Costero. En segundo lugar, se refiere a la debilidad del sistema de áreas protegidas en Chile.

1. Introducción

La batalla por la protección del borde costero y el establecimiento de áreas marinas protegidas en Chile tiene una larga historia. Desde que Juan Carlos Castilla escribiera, en 1986, su artículo pionero[3] denunciando el escaso avance en la protección de los ecosistemas marinos en el país, transcurrieron casi veinte años hasta la creación, en 2003, del primer –y, hasta hace

1 Este trabajo ha tomado algunos antecedentes obtenidos en la investigación desarrollada por Astrid Francke para su Seminario de Tesis en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, titulado "Centrales termoeléctricas en el borde costero, Casos de las centrales termoeléctrica de Ventanas, V Región y proyectos de centrales termoeléctricas en el sector de Punta de Choros, IV Región" (marzo-septiembre de 2009). La autora de este artículo fue su profesora guía.

2 Abogada (Universidad de Chile), Master en Derecho Ambiental (University College London), profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

3 Castilla, J.C., "¿Sigue existiendo la necesidad de establecer parques y reservas marinas en Chile?", en *Revista Ambiente y Desarrollo*, 2, 1986, pp. 53-63.

muy poco, único– Parque Marino en Chile.[4] Desde entonces, han existido diversos actos concretos de las autoridades nacionales para la protección de los ecosistemas marinos,[5] sin perjuicio de lo cual –como se verá en este trabajo–, aún existe una escasa valorización de este tipo de hábitats, incluso en los casos en que son aplicables instrumentos jurídicos que promueven su protección.

En el caso particular del territorio que conforma la Reserva Nacional "Pingüino de Humboldt"[6] –zona potencialmente afectada por el proyecto de la central termoeléctrica de Barrancones– solo a partir de 1992 se publican antecedentes que confirman que se trata de un área marina de características singulares que requiere de protección oficial[7] y que permiten, recién en 2005, el establecimiento de la Reserva Marina Isla Choros-Damas.[8]

De manera paralela y complementaria al establecimiento de la Reserva Marina Isla Choros-Damas, en 2005 se dictó la Zonificación del Borde Costero de la Región de Coquimbo.[9] Tal instrumento establece usos preferentes para los diversos espacios que conforman el litoral del país, incorporando de manera la conservación y protección ambiental. Precisamente, tal es el uso que la Zonificación aprobada reconoce para la zona donde se emplazaría el proyecto Barrancones.

Por lo tanto, el área de influencia de la central Barrancones era un territorio especialmente protegido por dos tipos de instrumentos jurídicos: aquel aplicable a la planificación del uso del borde costero –la zonificación– y uno destinado a la protección de los ecosistemas marinos en Chile: la reserva ma-

4 Se trata del DS N° 276 de 2003 del Ministerio de Defensa Nacional que Declara Área Marina y Costera Protegida "Francisco Coloane" un sector del Estrecho de Magallanes y Fiordos adyacentes a la Isla Carlos III y Crea Parque Marino que indica, en la Provincia de Magallanes, XII Región de Magallanes y de la Antártica chilena. Cabe destacar que el 30 de septiembre de 2010 se dicta el DS N° 235 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que crea el Parque Marino "Hotu Motiro Hiva" en la comuna de Isla de Pascua, V Región de Valparaíso (isla Salas y Gómez).

5 Por ejemplo, en el año 2005 se declaran dos Áreas Marinas y Costeras protegidas: "Lafken-Mapu-Lahual" en la costa de Osorno, X Región de Los Lagos, entre Punta Tiburón y Punta Lobería y terrenos de playa fiscales de la Isla Hueyelhue (DS N° 517 de 2005 del Ministerio de Defensa Nacional) y un sector del borde costero en Las Cruces, Comuna de El Tabo, Provincia de San Antonio, V Región de Valparaíso (DS N° 107 de 2005 del Ministerio de Defensa Nacional).

6 DS N° 4 de 1990 del Ministerio de Minería que Crea la Reserva Nacional "Pingüino de Humboldt" en terrenos fiscales de la III y IV Región y la Declara Lugar de Interés Científico.

7 Lescrauwaet, A.C. y Vilina, Y.A., "Preliminary Report: State of Marine Protected Areas on the Southeast Pacific", *IV World Congress of National Parks and Protected Areas*, 1992.

8 DS N° 151 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Declara Reserva Marina Espacio Marítimo en torno a Isla Choros e Isla Damas, IV Región.

9 DS N° 518 de 2005 del Ministerio de Defensa Nacional.

rina. Sin embargo, de poco o nada sirvieron tales antecedentes al momento de autorizarse el proyecto por parte de la autoridad ambiental.[10]

El objetivo de este artículo es analizar por qué la existencia de estos instrumentos jurídicos de protección no fue suficiente para evitar el conflicto originado durante la evaluación ambiental del proyecto Barrancones. Para ello, abordaremos una exposición de los hechos que dieron lugar al conflicto (2) y de las características de la zona afectada (3). Luego se analizarán las particularidades de la Zonificación del Borde Costero como instrumento de planificación territorial (4) y de la Reserva Marina como categoría jurídica de protección ambiental (5). Finalmente, propondremos algunos comentarios y conclusiones (6).

2. Los hechos que dieron lugar al conflicto

El proyecto "Central Térmica Barrancones" de propiedad de la empresa Central Térmica Barrancones S.A. (y esta, a su vez, de la empresa multinacional Suez Energy), ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en diciembre de 2007.[11] En abril del 2008, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) de la Región de Coquimbo emitió el primer Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (ICSARA) que fue respondido por el titular del proyecto en julio del mismo año, mediante una Adenda al EIA.[12] En el transcurso de los siguientes dos años la autoridad emitió dos nuevos ICSARA, presentando el titular su última y tercera Adenda en julio de 2010. Inmediatamente después, en agosto, se emitió por parte de la autoridad ambiental el Informe Consolidado de Evaluación Ambiental (ICE) y, el 24 de ese mismo mes, la Comisión Regional del Medio Ambiente de Coquimbo aprobó el proyecto por mayoría. El 7 de septiembre de 2010, luego –y a pesar– de la ocurrencia de los hechos que más adelante se relatan, se dictó la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que autoriza el proyecto.[13]

10 Cabe señalar que existe otro aspecto relevante en el análisis de las causas de este conflicto ambiental: la naturaleza del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y de la institucionalidad a cargo de su aplicación. Sin embargo, este trabajo no se referirá a ese tema.

11 http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=2614336 (21 de marzo de 2011).

12 Se entiende por "adenda" al documento que presenta el titular en respuesta a las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones solicitadas por la autoridad en el curso de la evaluación ambiental de un proyecto.

13 Resolución Exenta N° 098/2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Coquimbo.

La localización del proyecto, de acuerdo con el EIA, correspondía a la zona costera de la Región de Coquimbo, Provincia de Elqui, Comuna de la Higuera, a 5,5 km al norte de la localidad de Chungungo y a aproximadamente 60 km al norte de La Serena. Su objetivo era proveer de electricidad al Sistema Interconectado Central (SIC) con "el fin de satisfacer el aumento de la demanda de energía eléctrica que está creciendo aproximadamente 400 MW al año".[14] Adicionalmente, señalaba el EIA, "se espera que la zona del Norte Chico [donde se interconectaría el proyecto] crezca a tasas más altas que el resto del sistema, debido a que al aumento de la demanda de los clientes residenciales y comerciales se agregaría la materialización de nuevos proyectos industriales y mineros de gran envergadura". El uso de carbón como combustible permitiría, también según el EIA,

> aumentar la seguridad de suministro eléctrico en el Sistema Interconectado Central (SIC), actualmente muy ajustado debido a la falta de gas natural desde Argentina. El uso de este combustible potenciará la diversificación de la matriz energética del sistema ya que el carbón es un combustible con amplia disponibilidad en los mercados mundiales, disminuyendo así los efectos de las limitaciones en el suministro de otro tipo de combustibles como el gas natural, y de la variabilidad hidrológica asociada a la generación hidráulica.[15]

En definitiva, el proyecto consistía en "la construcción y operación de tres unidades de generación térmica, provistas con calderas del tipo combustible pulverizado (PC), de 180 MW brutos cada una, que utilizarían carbón como combustible principal; de una turbina a gas de respaldo de 25,5 MW de potencia nominal máxima que utilizaría petróleo Diesel como combustible; de un Puerto de Descarga de Insumos para la Central; un Depósito de Cenizas y Escorias; y toda la infraestructura necesaria para el funcionamiento de las unidades generadoras".[16]

El procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto estuvo marcado por la controversia surgida entre la sociedad civil –que actuó a través de diversas organizaciones no gubernamentales–, el titular del proyecto

14 http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=2614336 (21 de marzo de 2011).

15 Ibíd.

16 Ibíd.

y las autoridades sectoriales a las que correspondía pronunciarse acerca de la viabilidad del proyecto en el marco del SEIA. La mayoría de esas autoridades se pronunció finalmente a favor del proyecto, sin perjuicio que algunas hubieran solicitado reiteradamente que se presentara cierta información que el titular nunca presentó.[17] Solo la Gobernación Marítima y la Municipalidad de la Higuera se pronunciaron consistentemente en contra de la autorización ambiental; la primera, en ejercicio de su competencia relativa a la protección del medio marino y, la segunda, en ejercicio de sus funciones legales para satisfacer las necesidades de la comuna.[18] Ambos pronunciamientos se fundamentaron principalmente en la rica biodiversidad del área de emplazamiento del proyecto, considerando, por lo tanto, que el lugar no era el apropiado.[19]

La decisión final de la autoridad ambiental de aprobar el proyecto provocó un amplio rechazo a nivel nacional, generándose diversas convocatorias a marchas ciudadanas a lo largo de todo el país.[20] Esta situación dio lugar a la ya conocida reacción del Presidente de la República Sebastián Piñera, quien el 25 de agosto anunció que la Central Termoeléctrica Barrancones debería cambiar su ubicación.[21]

Con posterioridad a este anuncio, sin embargo, Suez Energy anunció que abortaría la construcción de la termoeléctrica Barrancones debido a que no consideró viable la relocalización de la central.[22]

Cabe señalar que, solo en noviembre de 2010, se cerró el proceso de evaluación ambiental con la presentación de la renuncia, por parte de la empresa, a los derechos y obligaciones que la RCA establecía y con la aceptación de la misma por parte de la COREMA.[23]

17 OCEANA, Informe en Derecho acerca del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto "Central Térmica Barrancones", solicitado a la Corporación de Interés Público, agosto 2010, disponible en http://na.oceana.org/sites/default/files/INFORME_JURÍDICO_BARRANCONES_DEFINITIVO_OCEANA.pdf (22 de marzo de 2011).

18 Ibíd.

19 Ibíd.

20 *La Nación*, "Aprueban termoeléctrica en Punta de Choros", 25 de agosto de 2010, www.lanación.cl/aprueban-termoeléctrica-en-punta-de-choros/noticias/2010-08-24/234833.html (24 de marzo de 2011).

21 *La Nación*, "Central Termoeléctrica Barrancones no se construirá en Punta de Choros", 26 de agosto de 2010, www.lanacion.cl/central-termoelectrica-barranconces-no-se-construira.en-punta-de-choros/noticias/2010-08-26/113013.html (24 de marzo de 2011).

22 *Cooperativa.cl*, "Empresa Suez Energy abortó construcción de termoeléctrica", 27 de agosto de 2010, http://www.cooperativa.cl/empresa-suez-energy-aborto-construccion-de termoelectrica/prontus_nots/2010-08-27/100608.html (25 de marzo de 2011).

23 *Elobservatodo.cl*, "Corema recibe formalmente renuncia de Suez Energy a Barrancones", 4 de

3. La zona del conflicto

El proyecto "Central Térmica Barrancones" se localizó en la comuna de la Higuera, ubicada en la Provincia de Elqui, IV Región de Coquimbo. En esta comuna se encuentra la Reserva Nacional "Pingüinos de Humboldt", conformada por tres islas: Damas y Choros, en el límite norte de la IV Región, y Chañaral, en el límite sur de la III Región.[24] La zona es reconocida por su importante biodiversidad, dentro de la cual destaca el pingüino de Humboldt, animal que le da el nombre a la Reserva Nacional. También se encuentran, entre otras especies animales, lobos marinos, chungungos y delfines nariz de botella. Además, en el verano es posible observar especies de paso por las islas tales como toninas, albatros, cormoranes y ballenas.[25] A su vez, esta zona se encuentra protegida como Reserva Marina "Isla Choros-Damas", la cual comprende "la columna de agua, fondo de mar y rocas contenidas en el polígono resultante de la proyección circular con radio de una milla náutica proyectados a partir de los puntos de la línea de costa e islotes que se indican a continuación y las respectivas playas que circunscriben el perímetro de la Isla Damas."[26]

Fue en este contexto geográfico y de protección que se dio la disputa entre un grupo de centrales termoeléctricas –entre ellas, Barrancones– y una parte de la sociedad nacional, incluyendo a científicos, ambientalistas y gente de la zona. Cabe señalar que, junto con el proyecto de Barrancones, existían en el área otros cuatro proyectos energéticos: una central eólica y tres centrales termoeléctricas. Estas últimas eran: Farellones, de 800 MW;[27] Cruz Grande, de 300 MW;[28] y Punta Colorada, de

noviembre de 2010, http://www.elobservatodo.cl/noticia/sociedad/corema-recibe-formalmente-renuncia-de-suez-energy-barrancones (25 de marzo de 2011). La Resolución de desistimiento fue dictada por la COREMA de Coquimbo con fecha 22 de noviembre de 2010.

24 DS N° 4 de 1990.

25 Información disponible en: http://www.gochile.cl/spa/Guide/ChileNationalParks/PinguinodeHumboldt/Pinguino-de-Humboldt-1.asp, (28 de marzo de 2011).

26 DS N° 151 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Declara Reserva Marina Espacio Marítimo en torno a Isla Choros e Isla Damas, IV Región.

27 Este proyecto ingresó al SEIA en septiembre de 2007 y fue desistido por el titular en noviembre de 2008. Información obtenida de la página web del SEIA. http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2393195 (29 de marzo de 2011).

28 Este proyecto ingresó al SEIA en junio de 2008 y fue desistido por su titular en marzo de 2011. Información obtenida de la página web del SEIA. http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2927033 (29 de marzo de 2011).

32,6 MW.[29] Todas se localizaban en la misma comuna de La Higuera, pretendiendo, en los hechos, transformar a esa zona en una región generadora de energía.

La actividad de generación térmica de energía constituye una actividad contaminante –en particular, debido a las emisiones atmosféricas y al impacto sobre el medio ambiente marino–, lo que exige, más allá de la evaluación de los impactos ambientales específicos de la actividad, una planificación y ordenamiento efectivo del territorio que podría verse afectado por tales proyectos energéticos. En este trabajo se sostiene que, precisamente, la debilidad de este ordenamiento territorial y de los instrumentos de protección de la biodiversidad existentes fueron las causas del conflicto en Punta de Choros. En efecto, la decisión de ubicar la Central Barrancones en ese lugar geográfico seguramente obedeció a criterios propios del titular del proyecto, no a una planificación territorial que considera, dentro de sus objetivos, la protección ambiental.

Los criterios del titular de un proyecto como este, dicen relación con los requisitos necesarios para el funcionamiento de una central termoeléctrica. En primer lugar, una central requiere de combustible, que puede ser petróleo, carbón o gas natural. En el caso particular de las centrales termoeléctricas ubicadas en el borde costero, el combustible es generalmente abastecido por vía marítima. Debido a esto, una central termoeléctrica ubicada en el borde costero deberá construir un puerto o, en su defecto, utilizar uno ya instalado. Esto limita las opciones para situar una central ya que, en el caso de construir su propio puerto, deberá contar con una bahía, requisito geográfico fundamental para ello. De lo contrario, deberá situarse en un sector cercano a un puerto ya instalado.

En segundo lugar, es fundamental al momento de instalar una central termoeléctrica tener cerca una fuente importante de agua para su sistema de enfriamiento. Es por esto que las centrales se instalan en el borde costero o al borde de un río de caudal importante: debido a la gran cantidad de agua que succionan para introducirlas al sistema de enfriamiento. En general, las centrales prefieren usar agua de mar debido a su disponibilidad casi ilimitada y, por ello, se sitúan finalmente en el borde costero. La succión de agua de mar

29 Este proyecto ingresó al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental en marzo de 2007 y fue aprobado por Resolución de Calificación Ambiental N° 111 de fecha 20 de junio de 2007. Información disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2046726 (29 de marzo de 2011).

implica, a su vez, la posterior descarga en el mar de agua con mayor temperatura a la del medio receptor. Esto genera impactos ambientales relevantes que, además de afectar a la biodiversidad de la zona, impactan a otras actividades económicas, como la pesca artesanal.

De este modo, los criterios que el titular de un proyecto tendrá en cuenta al momento de decidir la localización de una central serán aquellos funcionales al desarrollo de su propia actividad. Esto no reviste ninguna novedad ni es objeto de crítica alguna. A quien corresponde incorporar en la decisión final otros criterios –tales como la protección del medio ambiente, el desarrollo de otras actividades económicas en la zona y la existencia de usos alternativos para el borde costero– es a la autoridad. Tal es el objetivo que debiera cumplir un ordenamiento territorial efectivo.

Finalmente, para completar el análisis de las características de la zona afectada por el proyecto de la Central Barrancones, se debe destacar la existencia de los siguientes instrumentos jurídicos aplicables en el lugar y vigentes a la época de aprobarse el proyecto por la autoridad ambiental.

3.1. La Zonificación del Borde Costero de la Región de Coquimbo. La Comuna de la Higuera.

En el caso que aquí nos ocup,a se debe destacar que se aplica al territorio de la comuna de la Higuera la Zonificación del Borde Costero para la Región de Coquimbo.[30]

La Memoria Explicativa de la Zonificación del Borde Costero de la Región de Coquimbo se refiere en variadas ocasiones a la localidad de Chungungo –comuna de la Higuera–, estableciendo diferentes usos para la respectiva localidad. Los usos señalados por la Zonificación son: (1) Área de Extracción de Recursos Bentónicos, (2) Caleta Pesquera y (3) Turismo y Recreación.[31] El sector en cuestión no es referido en la zonificación como zona industrial, salvo si se considera la actividad industrial de bajo impacto representada por el turismo. A su vez, se indica que el sector poniente de la zona costera de la comuna de La Higuera constituye una zona de interés ecológico. Se trata, por lo tanto, de una zona cuyos usos preferentes están dados por el turismo, recreación y pesca artesanal. De acuerdo con esta planificación del uso del

30 DS N° 518/2005 del Ministerio de Defensa Nacional.

31 Comisión Regional De Usos Del Borde Costero Región De Coquimbo, Memoria Explicativa de la Zonificación, Región de Coquimbo, pp. 19-25, Disponible en: http://www.bordecostero.cl/documentos/documento_final_zonificacion_iv_region.pdf, (30 de marzo de 2011).

suelo, cualquier actividad o proyecto debería respetar, y no interferir, en estos usos que son preferenciales en el lugar.

3.2. La Reserva Marina Isla Choros-Isla Damas.

La declaración de la Reserva Marina de Punta de Choros[32] se basa en la necesidad de conservar la estructura de las comunidades marinas costeras de las islas Choros y Damas por su valor ambiental, y las poblaciones de los recursos hidrobiológicos de interés para la pesca artesanal. De acuerdo con el decreto que la establece, el objeto de la reserva marina es conservar y proteger los ambientes representativos del sistema insular constituido por Isla Choros e Isla Damas, asegurando el equilibrio y la continuidad de los procesos bio-ecológicos a través del manejo y uso sustentable de la biodiversidad y el patrimonio natural. Las actividades que se realicen al interior de la reserva deberán sujetarse a las normas de la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), así como a las medidas específicas que se resuelvan por la Subsecretaría de Pesca.

4. La Zonificación del Borde Costero como instrumento de planificación territorial

La Asociación Americana de Planificación define "planificación" como un proceso comprehensivo, coordinado y continuo cuyo objetivo es ayudar a quienes toman las decisiones, ya sean públicas o privadas, a llegar a decisiones que promuevan el bien común de la sociedad.[33] Dentro de los principales objetivos de interés público que comprende la planificación se identifican, al menos, los siguientes: salud, seguridad, conservación de los recursos naturales, calidad ambiental y equidad social. La planificación del uso del suelo es un elemento esencial de la planificación, ya que se interrelaciona con todos los objetivos mencionados.

Es posible distinguir entre ordenamiento, planificación y gestión territorial.[34] El ordenamiento territorial se refiere "a los objetivos y directrices, o sea al desarrollo de las líneas principales de planificación y los instrumentos que

32 DS N° 151 de 2005 del Ministerio de Economía.

33 Arnold, C.A, "Land Use Regulation and Environmental Justice", en *ELR Environmental Law Reporter,* 30, 2000 p.104.

34 Andrade, B., Arenas, F. y Guijón, R., "Revisión crítica del marco institucional y legal chileno de ordenamiento territorial: el caso de la zona costera", en *Revista de Geografía Norte Grande*, 2008, p. 25.

sirven para ello".[35] La planificación territorial, por su parte, implica el desarrollo de planes y medidas para la implementación de aquellos objetivos y directrices; la gestión territorial apunta al rol que tiene la autoridad administrativa para dictar, modificar o revocar permisos específicos para el uso del suelo en un lugar determinado.[36]

En el ordenamiento jurídico chileno, la forma de hacer efectiva la planificación del uso del suelo es a través de los llamados "Instrumentos de Planificación Territorial (IPT)", establecidos en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) y su Ordenanza (OGUC)[37]. Existen diversos IPT, cada uno con diferentes ámbitos de extensión territorial: nacional, regional, intercomunal y comunal.[38] Se reconoce la planificación urbana en el ámbito nacional (aunque, en la práctica, nunca se ha aprobado), regional (planes regionales de desarrollo urbano), intercomunal (Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano) y comunal (Plan Regulador Comunal). Se establece la prevalencia de los instrumentos de mayor nivel, por lo que lo dispuesto en un plan intercomunal prima sobre el plan comunal.[39] Este punto tiene gran relevancia puesto que instrumentos tales como los planes reguladores comunales, que por su origen y por los actores que intervienen en su elaboración, tienen un marcado acento local –lo que genera expectativas de descentralización y mayor democracia–, pueden verse afectados por lo que se disponga a nivel central (a través de la OGUC) o incluso a nivel intercomunal. Esta primacía de lo central por sobre lo local es una característica clave del marco jurídico del ordenamiento territorial en Chile y constituye una de las causas de los conflictos socio-ambientales por el uso del territorio.

Asimismo, hay que destacar que el ordenamiento territorial en Chile ha obedecido principalmente a objetivos urbanísticos, es decir, busca establecer los diversos usos del suelo en una zona urbana. Excepcionalmente se aplican los IPT al suelo rural, ya sea a través de los planes reguladores intercomunales que incluyen zonas rurales (entre zonas urbanas incluidas en el plan) o

35 Ibíd.

36 Ibíd.

37 DFL N° 458 de 1976 (modificado por última vez mediante Ley N° 20.218 de 2007) y DS N° 47 de 1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (modificado por última vez mediante DS N° 143 de 2007).

38 Artículo 28, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

39 Al respecto ver: Cordero, E., "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, pp. 269-298.

a través del instrumento que permite el cambio de uso del suelo fuera de los límites urbanos.

Esta situación genera un vacío regulatorio en materia de uso del suelo que, en la práctica, se llena con las legislaciones sectoriales respectivas. Dicho de otra manera, debido a que el ordenamiento jurídico nacional reconoce, además de las competencias regulatorias sobre el uso del suelo, una serie de competencias sectoriales respecto del uso de determinados recursos, en aquellos casos donde no hay norma del uso del suelo se aplica la normativa sectorial del recurso respectivo. Además, esta situación produce que, incluso donde sí existe una norma de uso de suelo, se genere una superposición de competencias y normativas aplicables respecto de un mismo recurso. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, respecto al uso de las costas y de las playas, recursos cuyo uso implica definiciones en materia de uso del suelo. Habitualmente, esta situación ha generado que las decisiones sean adoptadas por la autoridad sectorial sin tener presente la multiplicidad de usos que compiten dentro de una misma zona. De ahí que se sostenga que el ordenamiento territorial nacional se ha visto afectado por "las tensiones derivadas de la presión concurrente sobre un mismo territorio de distintos usos y competencias de los órganos públicos".[40]

Debido a la ausencia de regulación en materia de planificación del uso de los recursos del borde costero, se dictó en 1994 la "Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC)".[41] De acuerdo con esta normativa, se entiende por borde costero "aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República, que se encuentran sujetos al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina". Los objetivos generales de la Política incluyen, entre otros, el propender a una adecuada consideración de la realidad geográfica de cada uno de los sectores o áreas del litoral, que en algunos casos condicionan en forma determinante usos específicos –como es el caso de las bahías naturales, proximidad a centros poblados, condiciones meteorológicas locales, accesos, etc.–; propender a una adecuada compatibilización de las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en el borde costero; posibilitar y orientar el desarrollo equilibrado de las diferentes actividades,

40 Ibíd, p. 271.

41 DS N° 475 de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional, publicado en el Diario Oficial con fecha 11 de enero de 1995.

desde una perspectiva nacional, acorde con los intereses regionales, locales y sectoriales; y contribuir a la identificación de las perspectivas y proyecciones futuras de cada una de las actividades que precisen ser ejecutadas en los espacios territoriales que conforman el borde costero, para evitar su uso inadecuado o inconveniente, tomando en consideración que éste constituye un recurso limitado.

Consecuente con lo anterior, constituyen objetivos específicos de la PNUBC los que a continuación se mencionan:[42]

> 1.- Determinar los diferentes objetivos y propósitos específicos posibles, para las diversas áreas del litoral.
> 2.- Identificar los planes y proyectos de los distintos organismos del Estado, que afecten al Borde Costero.
> 3.- Procurar la compatibilización de todos los usos posibles del Borde Costero, en las distintas áreas y zonas, promoviendo su desarrollo armónico, integral y equilibrado, maximizando su racional utilización, precaviendo posibles requerimientos futuros y tomando en cuenta la realidad actual del uso del mismo.
> 4.- Posibilitar la realización de inversiones, el desarrollo de proyectos públicos y privados, bajo reglas predeterminadas, que permitan su concreción.
> 5.- Proponer los usos preferentes del Borde Costero.
> Los usos preferentes específicos se determinarán teniendo en consideración factores geográficos, naturales, recursos existentes, planes de desarrollo, centros poblados próximos o aledaños, definiciones de usos ya establecidos por organismos competentes [...]

Por lo tanto, aun cuando la PNUBC no utiliza expresamente la palabra "planificación" dentro de sus objetivos, se puede afirmar que el objeto de la Política es incorporar, en la toma de decisiones respecto del uso del borde costero, todos aquellos antecedentes relevantes para abordar una gestión integrada y con proyección de largo plazo de este espacio del territorio.

Cabe señalar, sin embargo, que el ámbito territorial al que se aplica la PNUBC es bastante limitado, puesto que comprende por regla general solo

42 Artículo 1, IV del DS 475/94.

el territorio existente desde el mar territorial hasta la línea de más alta marea de la playa de mar, extendiéndose excepcionalmente, cuando se encuentra al lado de terrenos fiscales, 80 metros más allá. Cuando la playa de mar se encuentra frente a terrenos privados, no existe espacio para la planificación terrestre. De aquí que algunos autores distinguen entre dos conceptos: borde costero y zona costera. El borde costero es un concepto jurídico definido en la PNUBC y utilizado para la gestión del territorio costero. La zona costera, en cambio, "es un concepto científico-técnico, que sin establecer un área claramente delimitada se refiere a todo el ámbito de interacción física, biológica y también antrópica entre los ambientes terrestre y marino".[43] Para otros, consiste en "el territorio de las comunas costeras, limitada tierra adentro por el límite administrativo comunal y por las 12 millas náuticas mar afuera".[44]

La situación anterior genera una dificultad para lograr un ordenamiento y planificación territorial del ámbito costero. En efecto, se trata de un espacio territorial sujeto a diversas normativas y organismos sectoriales, que a su vez no reconocen la obligación de integrar el ordenamiento y planificación más allá de los límites de lo que se entiende por borde costero propiamente tal. Incluso se puede sostener que, respecto del espacio comprendido en el borde costero, tal obligación es jurídicamente cuestionable debido a que no existe una fuente legal expresa que así lo exija, tal como se requiere en la LGUC para los planes reguladores comunales e intercomunales respecto del uso del suelo urbano.

Por ello, se ha sostenido que el ordenamiento territorial de la zona costera plantea grandes desafíos ya que "corresponde a una entidad espacial con características propias vinculadas a la interacción de procesos situados en la interfase entre la geósfera, atmósfera e hidrósfera, condición que le otorga características ambientales de fragilidad y vulnerabilidad"[45]. A su vez, se trata de una zona que permite el desarrollo de diversas actividades humanas, generando una concurrencia de múltiples usos que se encuentran sometidos a diversas competencias y regulaciones sectoriales.[46]

En efecto, las leyes y reglamentos aplicables al ordenamiento territorial

43 Andrade, B., Arenas, F. y Guijón, R., op. cit., p. 26.

44 Salzwedel,H., N. Zapata R., M. Eilbrecht y A. M. Arzola T., *Zonificación del Borde Costero – Guía metodológica para el nivel comunal: La experiencia de la Región del Bío Bío,* Proyecto de Cooperación Técnica Chileno-Alemana Ordenamiento Territorial de la Zona Costera de la Región del Bío Bío, Concepción, Chile, 2002, p.5.

45 Andrade, B., Arenas, F. y Guijón, R., op. cit., p. 25.

46 Ibíd.

tanto del borde como de la zona costera son diversos (entre otros, la Ley de Concesiones Marítimas, la Ley de Pesca y Acuicultura, la Ley de Urbanismo y Construcciones, el Código Civil y el Código Minero) y su aplicación depende de autoridades y organismos públicos que no se coordinan necesariamente entre sí (MINVU, Intendencia, Subpesca y Gobernación Marítima).

Sin perjuicio de todo lo ya señalado, nuestro ordenamiento jurídico contempla un instrumento de planificación territorial aplicable al litoral. Se trata de la "Zonificación del Borde Costero", instrumento creado por la PNUBC y cuya elaboración está a cargo de la Comisión Nacional (CNUBC) y las Comisiones Regionales (CRUBC) del Uso del Borde Costero.[47]

La Comisión del Uso del Borde Costero –tanto en el ámbito nacional como regional– está integrada por representantes de diferentes organismos públicos, no solamente de aquellos relativos al territorio marítimo (Ministerio de Defensa y Armada de Chile), incluyendo también a ciertas autoridades sectoriales (Ministerios de Planificación, Bienes Nacionales, Transportes, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Medio Ambiente y Servicio Nacional de Turismo). Destaca, sin embargo, la ausencia de autoridades que tienen importantes funciones en la definición del uso del territorio costero, tales como los Ministerios de Agricultura, Minería y Energía.

La Zonificación del Borde Costero constituye el proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral y tiene por objetivo definir el territorio y establecer sus múltiples usos, expresados en usos preferentes y graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración. La Zonificación tiene por objeto generar condiciones favorables a la conservación, al equilibrio medioambiental y social, y a la inversión pública y privada, proporcionando estabilidad y certeza respecto del uso sustentable de los espacios contenidos en el borde costero regional.[48]

47 Para llevar a la práctica la zonificación que indica la PNUBC, resultaba esencial la participación de las regiones en esta tarea. Es por ello que el Gobierno, mediante el Instructivo Presidencial Of. (Gab.Pres) N°1 de fecha 31 de Enero de 1997, encomendó a los Intendentes Regionales para que acorde con sus propias realidades elaboraran un Estudio de Zonificación de los Sectores Costeros, sobre la base de una metodología orientadora; además, les impartió la instrucción de constituir las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero (CRUBC). Estas comisiones se constituyen en base al Reglamento de Funcionamiento Interno de las mismas y dependen funcional y administrativamente del Gobierno Regional (Oficio Presidencial N° 001, de 28 de febrero de 2005). Información obtenida de la página web de la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero.
http://www.bordecostero.cl/index.php/zonificacion/bases.html (28 de marzo de 2011).

48 Página Web de la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero http://www.bordecostero.cl/prontus_borde/site/artic/20090709/pags/20090709120920.html, (28 de marzo de 2011).

Otros han definido la zonificación como "la acción de asignar usos, funciones, valores u objetivos a diferentes partes o porciones del territorio, claramente delimitables, en el marco de un proceso de ordenamiento territorial".[49]

La zonificación tiene, por lo tanto, un ámbito de aplicación regional, es elaborada por representantes de organismos públicos a ese mismo nivel y concluye con un documento indicativo respecto a los usos preferentes que se le asignan al borde costero de la región.[50]

El proceso de zonificación regional del borde costero ha sido completado solo por las Regiones de Aysén y de Coquimbo,[51] sin perjuicio que la zonificación de la Región del Bio Bío se encuentra elaborada y aprobada por la CRUBC y por la CNUBC, aunque no se haya dictado el respectivo Decreto Supremo.[52]

Por lo tanto, la zonificación del borde costero, como instrumento de planificación territorial, en teoría vendría a complementar a los demás instrumentos de planificación territorial tales como, por ejemplo, los Planes Reguladores Comunales e Intercomunales, que debieran ajustarse a ella en las zonas correspondientes. Sin embargo, la zonificación del borde costero adolece de un defecto de nacimiento: su origen está dado por un Decreto Supremo (DS 474/94), a diferencia de los otros IPT que tienen su origen en la LGUC. Esta característica debilita y resta eficacia a este instrumento de planificación territorial.

5. Las Áreas Marinas Protegidas como instrumento de protección de la biodiversidad

En otro ámbito –pero complementario al del ordenamiento territorial– se encuentran las categorías jurídicas de protección de determinadas áreas y ecosistemas. Nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de haber ratificado la Convención de Diversidad Biológica[53], hasta la fecha no ha incorporado en la

49 Salzwedel, H., N. Zapata R., M. Eilbrecht y A. M. Arzola T., op. cit., p.3.

50 La zonificación del borde costero se traduce en tres productos, que son: (a) Una cartografía que muestra la situación actual; (b) un Mapa Semáforo que muestra las áreas de conflicto existentes y potenciales por el uso del *Borde Costero*; y (c) la carta de Zonificación de usos preferentes para el territorio costero y marítimo (Ibíd). Una vez aprobada la Zonificación, esta se traduce en una carta geográfica y una memoria explicativa, ambas parte integrante del Decreto Supremo que las aprueba.

51 DS N° 153/2004 del Ministerio de Defensa Nacional, Zonificación de Aysén, y DS N°518/2005 del Ministerio de Defensa Nacional, Zonificación de Coquimbo.

52 Página web de la Comisión Nacional del uso del Borde Costero http://www.bordecostero.cl/index.php/zonificacion/experiencia-bio-bio.html (28 de marzo de 2011).

53 Esta Convención, adoptada en 1992, define "área protegida" como un *área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación* (artículo 2).

legislación nacional una definición de "área protegida". Sin embargo el Reglamento del SEIA[54] señala en su artículo 2 letra a) que, para los efectos de ese Reglamento, se entenderá como "Área protegida: cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental".

La LGPA reconoce dos figuras específicas de protección de los ecosistemas marinos: los "parques marinos" y las "reservas marinas".

Los parques marinos son tratados por esta Ley como una de las medidas generales de administración de los recursos hidrobiológicos y son definidos como todas aquellas áreas específicas y delimitadas "destinadas a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat".[55]

En tanto, la figura de las reservas marinas se establece como una medida específica de administración de dichos recursos aplicable específicamente a la franja costera de cinco millas marinas.[56] Son definidas por la LGPA como las "áreas de resguardo de los recursos hidrobiológicos con el objeto de proteger zonas de reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo".[57]

El reglamento sobre parques y reservas marinas regula la creación, administración y fiscalización de los parques marinos y reservas marinas establecidos en virtud de la LGPA.[58] Si bien dicha Ley establece la facultad y procedimiento general para la declaración de un área en alguna de estas figuras, es el reglamento el que precisa el contenido de los informes requeridos para su establecimiento y regula la tuición y administración de dichas áreas, estableciendo la figura del "Plan General de Administración", instrumento con el que deberá contar todo parque o reserva, y que deberá, además, ser sometido al SEIA.[59] Cabe agregar

54 DS N° 95 de 2011 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

55 Artículo 3 letra d) LGPA.

56 Artículo 2 N° 43 y artículo 48 letra b), LGPA.

57 DS N° 430 de 1991, Ministerio de Economía, art. 2 N° 43.

58 El Reglamento Sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la LGPA fue promulgado por D.S. N° 238 del 16 de septiembre de 2004 del Ministerio de Economía, D.O. de 04.08.2005.

59 D.S. N° 238 de 2005, Ministerio de Economía, artículo 2 letra j) y artículo 8.

que estas figuras de protección corresponden a "destinaciones" que se otorgan específicamente al Servicio Nacional de Pesca con el objeto de que éste las administre.[60]

Otro de los aspectos normados en el Reglamento corresponde a la restricción de actividades en las áreas declaradas bajo estas figuras de protección. A este respecto, el inciso final del artículo 9 dispone que "En los parques y reservas solo se podrán realizar las actividades contempladas en los programas antes indicados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11". La referencia a los programas corresponde a aquellos integrantes del Plan General de Administración. El artículo 11, por su parte, se refiere a la facultad de la Subsecretaría de Pesca de autorizar la realización de actividades no contempladas en el programa respectivo, cuando estas no signifiquen alteraciones para la unidad ecológica y no se contrapongan con el mismo programa.

Son muchas las críticas que se formulan a la regulación de las áreas protegidas en Chile.[61] Entre las principales, se pueden mencionar la ausencia de un sistema integrado de áreas protegidas marinas y terrestres, el que las autoridades a cargo de su administración y control sean las mismas que deben velar por el fomento productivo de su respectivo sector –como CONAF, Sernapesca y Subpesca–, la existencia de incoherencias jurídicas y normativas, la falta de integración entre los mecanismos jurídicos de protección ambiental y los instrumentos de planificación territorial, y la ausencia de recursos financieros suficientes e instrumentos de gestión efectivos para las áreas protegidas. Sin duda, estas críticas apuntan a ciertos aspectos identificables en el caso de la evaluación ambiental del proyecto de la Central de Barrancones.

6. Conclusiones

La autorización del proyecto Barrancones tuvo lugar en el contexto del SEIA. Dentro del procedimiento de evaluación ambiental de la central, lo dispuesto tanto por la zonificación del borde costero como por las categorías de protección ambiental no constituyeron antecedentes ni elementos suficientes para fundamentar una decisión final coherente con los propios lineamientos de protección ambiental dados por las mismas autoridades. Llama la atención

60 Ibíd., artículo 6.

61 Ver, por ejemplo, Stutzin, M., Álvarez, D. y Flores, D. "Gobernabilidad de las Áreas Protegidas" y Fischman, E. "Áreas protegidas: tierra de nadie", ambos en *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, (Legal Publishing) pp. 151-165 y 227-241.

que, habiendo sido el emplazamiento del proyecto un tema controvertido desde un comienzo, los argumentos jurídicos disponibles no hayan tenido el peso o fuerza vinculante esperado.

Resulta de interés resaltar algunas de las apreciaciones desarrolladas por las autoridades en el contexto de la evaluación ambiental del proyecto Barrancones en torno al tema del emplazamiento de la central. En el primer ICSARA, se planteó, dentro de las solicitudes relacionadas con la línea de base, el problema de la localización del proyecto de la siguiente manera:

> Se hace presente al titular que el área propuesta para la instalación de las obras se encuentra próxima a una de las zonas que presenta una gran biodiversidad marina, la "Reserva Marina Protegida Isla Choros –-Damas. Dicha Reserva Marina es creada con el objeto de conservar y proteger los ambientes marinos representativos del sistema insular constituido por la Isla Choros e Isla Damas, asegurando el equilibrio y continuidad de los procesos bioecológicos, a través del manejo y uso sustentable de la biodiversidad y el patrimonio natural (D.S. N° 151, 28 de abril de 2005).

Es decir, se planteó por las autoridades el problema que se genera por la instalación de las obras del Proyecto Barrancones en un área ubicada al sur de la Reserva Marina Isla Choros-Damas (a 21 km), donde los regímenes de vientos y corrientes se desplazan principalmente hacia el norte, lo que sumado a la utilización de naves en un área considerada "corredor" para el desplazamiento de especies de mamíferos marinos, principalmente cetáceos, produciría un impacto grave sobre la biodiversidad marina que se encuentra dentro de un área protegida.

Por otro lado, también se indicó por las autoridades que:

> La estrategia para la implementación y desarrollo de Áreas Marinas Protegidas (AMP) plantea en algunos casos el desafío de complementar objetivos de protección de la biodiversidad con fines de ordenamiento y producción pesquera. Tal es el caso de la Reserva Marina Isla Choros-Isla Damas, la que es parte del sistema insular de Punta de Choros (L 29°13'S - G71°32'W), que está conformado por las Islas Choros, Damas y Gaviota, comuna de La Higuera, IV Región, es un sistema representativo de la región de transición templada del Sistema de la Corriente

de Humboldt (S.C.H.) y posee numerosas características que lo hacen único en la costa de Chile:

a) Físicamente se encuentra en una zona donde hasta ahora el impacto de la actividad antrópica es limitado, al no existir grandes centros urbanos en sus cercanías.

b) Es el hábitat de numerosas especies emblemáticas y objeto de conservación como el delfín nariz de botella *Tursiops trunca tus,* el chungungo *Lontra fefina,* el pingüino de Humboldt *Spheniscus humboldti* y el yunco *Pelecanoides gamotii*.

c) Es un área donde se produce permanente surgencia.

d) Es una zona con altas densidades, tasas de retención y reclutamientos de larvas de especies de gran importancia comercial y comunitaria como el loco *Concholepas concholepas,* lapas *Fissurella spp.,* erizo *Loxechinus albus,* las praderas de algas pardas constituidas por las especies del género *Lessonia spp*.

e) Es una de las zonas con mayores tasas de desembarque de pesquerías bentónicas de la región.

f) Es un área de interés turístico, con visitantes concentrados durante el período estival, y que posee gran potencial para el desarrollo de actividades eco-turísticas.

g) Existen comunidades de pescadores en el sector, que si bien dependen primeramente de las actividades pesqueras, durante el verano obtienen ingresos a partir de las turísticas. La porción terrestre de las islas Choros, Damas y Chañaral (en la III Región) constituye la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt.

Con base en estos argumentos, la autoridad marítima estimó que la zona o área de ubicación propuesta no era la mas recomendada para la ejecución del proyecto, "debiendo la empresa buscar alternativas viables, en las cuales sean consideradas las observaciones señaladas precedentemente."[62]

En el segundo ICSARA, la autoridad reiteró que la zona propuesta era ecológicamente inviable y que la empresa debía buscar otros sectores para desarrollar su proyecto. Este cuestionamiento fue reiterado en el tercer ICSARA, a solicitud de la Gobernación Marítima, que, mediante oficio de marzo de 2009, sostuvo que "esta autoridad marítima no se manifiesta conforme res-

62 Ver http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2614332 (30 de marzo de 2011).

pecto a los argumentos señalados en la Adenda II del proyecto en comento, debido a que el titular no se pronuncia respecto de buscar otros sectores para el emplazamiento [...]". Por último, al plantear su disconformidad final con el proyecto, la Gobernación Marítima recurrió expresamente a la zonificación del borde costero, en los siguientes términos: "el lugar escogido para emplazar el proyecto es considerado de "interés ecológico" de acuerdo a lo señalado en la Zonificación del Borde Costero de la Región de Coquimbo [...]" y más adelante continuaba "[...] la microzonificación relacionada con las áreas de interés ecológico [...] son herramientas legales que conllevan a la conservación de los ecosistemas [...]".[63]

En conclusión, a pesar de haberse invocado de manera reiterada, durante la evaluación ambiental del proyecto, tanto la calidad de área protegida de la zona como la definición de su uso preferente establecido por la zonificación del borde costero, no se logró impedir la autorización del proyecto por la autoridad ambiental. Una posible conclusión radica en la debilidad jurídica de ambos instrumentos, tal como se señaló en el cuerpo de este trabajo.

63 Ord. N°12.600 del 4 de agosto de 2010, Gobernación Marítima. Disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2614332 (30 de marzo de 2011).

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO PÚBLICO EN MATERIA FINANCIERA

Julio Pallavicini Magnère [1]

El presente trabajo busca reflexionar sobre dos de las vertientes más desconocidas del principio de legalidad: por una parte, el principio de legalidad financiera de los órganos que integran el sistema de administración financiera del Estado (SAF), que comprende no solo aquellos que integran la administración sino también a otros órganos del Estado; y, por otra, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República, a través del análisis de dos sentencias que, sobre la base de principios de derecho público, hacen aplicación del principio de legalidad del gasto público.

Introducción

La doctrina del derecho administrativo chileno ha tratado prácticamente todos los temas relacionados con la Administración del Estado, tanto desde el derecho administrativo general como el especial. Sin embargo, existen dos áreas que han sido olvidadas: el contexto financiero que regula la actuación contable de la Administración del Estado y la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas como organismo jurisdiccional encargado de hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios que tienen a su cargo fondos públicos.

Como es sabido, el principio de legalidad está previsto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). La mirada tradicional de este principio se traduce en que, en derecho privado, los parti-

1 Master of Laws, Cornell University (NY). Profesor asistente del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Jefe de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

culares pueden hacer *todo lo que la ley no prohíbe de manera expresa*, en tanto que, en derecho público, los órganos del Estado, y en particular los órganos de la Administración del Estado, solo pueden realizar aquello que les está *expresamente permitido* por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, de un análisis armónico de la Constitución Política se desprende que el principio de legalidad cubre todo el ámbito del derecho público y, por lo mismo, puede ser objeto de una visión más integral. En primer lugar, es materia de ley –de iniciativa exclusiva del Presidente de la República– la creación de nuevos servicios públicos, su modificación o su supresión (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, primera frase, de la Constitución). En efecto, los órganos administrativos no nacen de la voluntad de la propia Administración, sino que de un acto del legislador impulsado por el Presidente de la República. Así lo demuestra la existencia de las *comisiones asesoras*, ya sean presidenciales o ministeriales, siendo la más conocida la Comisión Rettig. La Contraloría General de la República ha dejado bien sentado que esas comisiones no solo no integran la Administración del Estado ni están capacitadas para ejercer funciones ejecutivas –propias de los órganos públicos–, sino que solo pueden, como su nombre lo indica, asesorar al Presidente de la República o a los ministros de Estado. El servicio público debe ser creado para la promoción del bien común –obligación común para todos los órganos del Estado, conforme al artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental– y para la satisfacción de una necesidad pública a la cual el legislador le ha reconocido ese carácter, labor propia de los órganos de la Administración del Estado, que deben atender estas necesidades de manera continua y permanente o regular y continua, según lo ordenan los artículos 3° y 28 de la ley LOCBGAE.

En segundo término, para la satisfacción de las necesidades públicas, los órganos de la Administración del Estado están dotados de un conjunto de potestades que no arrancan de la voluntad administrativa, sino que del legislador. Es así como, de acuerdo con el artículo 65, inciso cuarto, N° 2, segunda frase, de la Carta Fundamental, es materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República determinar las funciones y atribuciones de los servicios públicos. Tanto es así que la actuación *dentro de su competencia* es uno de los requisitos que, según exige el artículo 6° de la Constitución, condicionan la actuación válida de los órganos del Estado en términos tales que todo acto en contravención –entre otros– a esta exigencia "es nulo y genera las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

En tercer lugar, los órganos Administrativos tampoco actúan voluntariamente, sino que deben ceñirse a los procedimientos administrativos que pre-

vea la ley, esto es al "íter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración", el cauce formal a través del cual debe discurrir la voluntad administrativa, el cauce o vehículo del discurrir de la actividad de la Administración[2].

Es así como el N° 18 del artículo 63 de la Constitución Política dispone que son materias de ley "Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública". Una vez más, conforme al citado artículo 6°, solo en la medida que los órganos del Estado realicen sus funciones *en la forma que prescriba la ley* actuarán de manera válida. La normativa general sobre esta materia está contenida en la ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), la cual, en todo caso, tiene *carácter supletorio* respecto de los procedimientos especiales que hayan creado otros textos legales.

En cuarto término, resulta evidente que los órganos de la Administración del Estado no pueden actuar si no cuentan con personas físicas que lleven a cabo las tareas que el ordenamiento jurídico les encarga. Este elemento, como lo indica Sánchez Morón, está conformado por el factor humano de la organización pública. Pues bien, también conforme al artículo 65, inciso cuarto, N°s. 2 y 4, es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, por una parte, crear empleos rentados y, por la otra, fijar, modificar, conceder o aumentar las remuneraciones de la Administración Pública. En tal sentido, la carrera funcionaria también es propia de ley y, en particular, conforme al inciso primero del artículo 38, de rango orgánico constitucional.

Por último, para la satisfacción de las necesidades colectivas de manera regular y continua, la ley asigna a los órganos de la Administración del Estado recursos financieros que se obtienen fundamentalmente de dos vías: de la estimación de los ingresos y gastos de la Administración del Estado o por la fuente del endeudamiento. En este trabajo se exponen estas dos fuentes.

1. Fuentes de financiamiento de los "órganos sometidos al sistema de administración financiera del Estado"

1.1. Los recursos previstos en la Ley de Presupuestos

La primera forma de financiamiento de los órganos que integran la adminis-

2 González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, (Editorial Civitas) 2ffi Ed., 2002, p. 76.

tración financiera del Estado está dada por los recursos que les asigna la ley de presupuestos. El artículo 1° del Decreto Ley N° 1.263 de 1975 –Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado (LOAFE)– previene que el sistema de administración financiera del Estado comprende el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado. La administración financiera incluye, entre otros, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos. A continuación, su artículo 2° señala los órganos que conforman este "sistema de administración financiera del Estado", debiendo hacerse notar que lo integran no solo órganos de la Administración del Estado –con algunas pocas excepciones– sino también otros que cumplen las tradicionales funciones del Estado, tales como el Congreso Nacional y el Poder Judicial.

Por razones históricas conocidas, la Constitución Política de la República regula en detalle el proceso de formación de la ley de presupuestos. Para ello, las instituciones que integran el sistema deben preparar sus propias estimaciones presupuestarias (entradas y gastos) sobre la base de un marco presupuestario que define de modo previo la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. Esta unidad recopila la información de los órganos que integran el sistema de administración financiera del Estado, sobre la base de la cual prepara el proyecto de ley que el Jefe de Estado debe, por mandato constitucional, remitir al Congreso Nacional, proyecto que se tramita de acuerdo a las reglas especiales que para tal afecto la Constitución Política de la República previene en sus artículos 65, inciso cuarto, y 67.

Es interesante hacer notar que, en la estructura de la Administración del Estado, existen *órganos constitucionalmente autónomos* –tales como la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional de Televisión, el Banco Central y Ministerio Público– y servicios públicos descentralizados, en los términos estipulados en el artículo 29, inciso tercero, de la ley N° 18.575. La autonomía constitucional de los primeros se traduce en que no están sometidos a la jerarquía del Presidente de la República, pese a que a éste, conforme al artículo 24 de la Constitución Política, corresponde el gobierno y la administración del Estado. No obstante, en la medida que sus presupuestos dependen de los recursos que les asigne la ley de presupuestos, existe una dependencia financiera que atenúa e incide en la autonomía que la Carta Fundamental les reconoce.

Los *servicios descentralizados* se caracterizan por tener personalidad jurídica y patrimonio propio y por estar sometidos a la supervigilancia del Jefe de

Estado solo a través del ministerio respectivo. Uno de los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha previsto para ejercer esta supervigilancia es en la definición del presupuesto que se asigna al servicio. Si bien los servicios descentralizados tienen patrimonio propio, sus ingresos anuales son los que les entrega la ley de presupuestos de la Nación y, dado que es una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, éste ejerce un control indirecto con respecto de estos entes, a través de la cantidad de los recursos que aporte dicha ley a su presupuesto. Otra forma de ejercer esta supervigilancia viene dada por el hecho que, con mayor frecuencia, las leyes de presupuestos han comenzado a imponer, a través de las glosas que integran algunas partidas, la obligación de informar a la Dirección de Presupuestos, a otros órganos de la Administración del Estado o al Ministerio de Hacienda, sobre el desempeño y gasto de partidas específicas y la destinación de los fondos que se han colocado a su disposición o que administran o sobre el cumplimiento de los convenios que celebren. Es frecuente también que la ley de presupuestos exija a los órganos de la Administración del Estado descentralizados la obligación de remitir información de sus gastos a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos.

El artículo 15 del Decreto Ley N° 1.263 señala que la Dirección de Presupuestos es el organismo técnico encargado de proponer la asignación de los recursos financieros del Estado. Añade que le compete, además, solo a dicha Dirección, orientar y regular el proceso de formulación Presupuestaria, así como regular y supervisar la ejecución del gasto público, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden a la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 52 de este texto legal y, en general, conforme a las reglas contenidas en su Título V y en su ley orgánica constitucional. A continuación, el artículo 16 agrega que las clasificaciones presupuestarias que se establezcan deberán proporcionar información para la toma de decisiones y permitir vincular el proceso presupuestario con la planificación del Sector Público. Las clasificaciones utilizadas deben posibilitar el control de la eficiencia con que se manejan los recursos públicos a nivel nacional, regional y local. Me interesa destacar que este Decreto Ley previene que las clasificaciones del presupuesto se determinarán por decreto supremo.

Ahora bien, los gastos públicos son autorizados anualmente mediante la Ley de Presupuestos. Por tal razón, para los efectos de la Ley de Presupuestos del Sector Público, mediante el Decreto N° 854 de 2004 del Ministerio de Hacienda se definieron las clasificaciones presupuestarias. Este acto definió dos tipos de

clasificaciones: una clasificación institucional y otra por objeto o naturaleza.

> I. CLASIFICACIÓN INSTITUCIONAL
> Corresponde a la agrupación presupuestaria de los organismos que se incluyen en la Ley de Presupuestos del Sector Público, como sigue:
>
> PARTIDA : Nivel superior de agrupación asignada a la Presidencia de la República, al Congreso Nacional, al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República, Ministerio Público, a cada uno de los diversos Ministerios y a la Partida "Tesoro Público" que contiene la estimación de ingresos del Fisco y de los gastos y aportes de cargo fiscal.
> CAPITULO: Subdivisión de la Partida, que corresponde a cada uno de los organismos que se identifican con presupuestos aprobados en forma directa en la Ley de Presupuestos.
> PROGRAMA: División presupuestaria de los Capítulos, en relación a funciones u objetivos específicos identificados dentro de los presupuestos de los organismos públicos.
>
> II. CLASIFICACIÓN POR OBJETO O NATURALEZA
> Corresponde al ordenamiento de las transacciones presupuestarias de acuerdo con su origen, en lo referente a los ingresos, y a los motivos a que se destinen los recursos, en lo que respecta a los gastos. Contiene las siguientes divisiones:
>
> SUBTITULO: Agrupación de operaciones presupuestarias de características o naturaleza homogénea, que comprende un conjunto de ítem.
> ÍTEM: Representa un "motivo significativo" de ingreso o gasto.
> ASIGNACIÓN: Corresponde a un "motivo específico" del ingreso o gasto.
> SUB-ASIGNACIÓN: Subdivisión de la asignación en conceptos de "naturaleza más particularizada".

Así, por ejemplo, para el ejercicio presupuestario correspondiente, la extinta –o al menos en vías de extinción– Subsecretaría de Minería tiene asignada la partida 24, capítulo 01 y tiene un programa específico, el 03, denominado Apoyo al desarrollo de energías renovables no convencio-

nales. Esta individualización es propia de esa institución, al programa mencionado, en términos tales que esa individualización (24-01-03) no se repite respecto de ningún otro integrante del sistema de administración financiera del Estado. Sin embargo, en su presupuesto tiene contempladas adquisiciones de activos no financieros (subtítulo 29) al Gobierno Central (ítem 02). Esta división (29-02) sí puede estar presente en otros servicios públicos. También tiene una asignación (002) a la Corporación de Fomento de la Producción. A propósito de esta imputación, creo necesario indicar que contiene una glosa (02), conforme a la cual, para materializar esta transferencia (de la Subsecretaría de Minería a la Corporación de Fomento de la Producción), es necesario que estos organismos firmen previamente un convenio. Destaco este punto pues, quizás inspirado en el ejemplo de las leyes de acompañamiento de la legislación española, cada vez es más frecuente que, por la vía de la introducción de glosas, el legislador presupuestario establezca normas transitorias destinadas a excepcionar, para el ejercicio que regulan, las normas generales que la ley permanente establece. El ejemplo de la liberación del número máximo de la cantidad de funcionarios que se pueden nombrar a contrata que establece el Estatuto Administrativo es uno de los casos más emblemáticos de esta técnica, que se ha instaurado de manera progresiva y peligrosa en el ordenamiento jurídico presupuestario.

Asimismo, es necesario enfatizar que los fondos públicos que la ley de presupuestos pone a disposición de la Administración del Estado deben destinarse solo al logro de sus objetivos propios, fijados tanto en la Carta Fundamental como en sus leyes orgánicas –que, a fin de cuentas, no son sino la promoción del bien común, que es lo propio de todo órgano del Estado, y la satisfacción regular y continua de las necesidades públicas, la tarea fundamental de los órganos de la Administración del Estado–, y administrarse de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa que regula la administración financiera del Estado, contenida en el Decreto Ley N°1.263, de 1975, en las leyes anuales de presupuestos y en los demás textos legales que regulan materias financieras.

De este modo, de conformidad con el ordenamiento presupuestario, los servicios de la Administración del Estado solo pueden efectuar aquellos desembolsos que estén autorizados por la ley, de modo tal que los recursos asignados en sus respectivos presupuestos deben ser empleados con sujeción a las normas legales que regulan su inversión, destinándolos al cumplimiento y desarrollo de las fun-

ciones y actividades que el ordenamiento jurídico ha radicado en cada organismo. Por tal motivo, junto con asignar recursos para la satisfacción de las necesidades públicas, las leyes de presupuestos establecen restricciones a la forma en que deben ser invertidos los caudales públicos, disponiendo, en algunos casos, los requisitos que deben cumplir los órganos de la Administración del Estado para efectuar gastos con cargo al erario nacional.

Aparte de estas condiciones, la normativa administrativa establece otros requisitos para efectuar desembolsos. Conforme al artículo 100 de la Carta Fundamental, las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, *en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto*. Añade que los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y *previa refrendación presupuestaria* del documento que ordene el pago. A su vez, el inciso primero del artículo 56 de la ley N° 10.336 dispone que

> Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse.

Por otra parte, el artículo 17 de la Ley Orgánica de Ministerios, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 7.912 de 1927, luego de incluir el examen y anotación en la Contraloría General de la República del trámite de los decretos supremos, dispone en lo que interesa que "Ninguna oficina de Hacienda, Tesorería, Contaduría, etc., dará cumplimiento a decretos que no hayan pasado por el trámite [de toma de razón]. El funcionario público que no dé cumplimiento a esta disposición perderá por este solo hecho su empleo".

En el fondo, dado que la ley de presupuestos asigna un monto específico de recursos para cada ítem –sin perjuicio de los incrementos o disminuciones a los mismos que, en el ejercicio de la flexibilidad presupuestaria, defina mediante decreto supremo el Ministerio de Hacienda–, cada gasto va disminuyendo el saldo que para éste se contempla. Ello se traduce en que, bajo ningún respecto –salvo el caso de los denominados ítems excedibles definidos en el artículo 28 de la LOAFE–, los gastos pueden exceder el monto previsto

para tal efecto. La Contraloría General de la República ha señalado que, de conformidad con el principio de legalidad del gasto que inspira la gestión de los entes públicos y que consagra el artículo 100 de la Constitución Política de la República, los servicios de la Administración solo pueden efectuar aquellos desembolsos que estén autorizados por la ley. De este modo, los recursos asignados en su respectivo presupuesto deberán ser empleados con sujeción a las normas legales que regulan su inversión, destinándolos al cumplimiento y desarrollo de las funciones y actividades que el ordenamiento jurídico ha radicado en cada organismo.

Para ello, los servicios públicos deben efectuar la denominada *refrendación presupuestaria* –trámite distinto a la *refrendación de la deuda pública*, que condiciona la validez de la misma–, mediante la cual deben dejar constancia que existen recursos disponibles para efectuar el gasto y el ítem a cual se imputan. Un acto administrativo que implica un gasto que excede el saldo financiero disponible para ese servicio o que se realiza a un ítem incorrecto, adolece de un vicio de legalidad que, por lo mismo, debe ser representado por la Contraloría General de la República.

Pese a ello, se ha perdido la costumbre de las autoridades de hacer la refrendación en el acto administrativo, lo que quizás ha permitido el sobre endeudamiento –en particular del sector salud– y a la sobre ejecución financiera derivada principalmente de los contratos administrativos. Por tal motivo, desde hace algún tiempo, para cada operación que importa una transferencia de fondos, la Contraloría General exige un certificado de ejecución presupuestaria, mediante el cual el encargado de finanzas del organismo deja constancia que existen fondos disponibles para financiar el gasto en términos tales que la falta de veracidad de esta información compromete la responsabilidad administrativa y civil del funcionario que realizó la certificación.

Una norma especial que apunta en el mismo sentido se contiene en el artículo 3° del Decreto N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, que aprobó el reglamento de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, el cual dispone que "Las Entidades [esto es, cualquier organismo regido por la Ley de Compras, que llama o invita a un Proceso de Compras] deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento".

Por último, existen organismos que tienen mecanismos especiales de aprobación de sus presupuestos. Es así como, de conformidad con los artículos 56,

inciso segundo, y 65, letra a), de la ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), los alcaldes aprueban el presupuesto de las municipalidades –que conforme a los artículos 122 de la Constitución Política y 3° de la misma ley N° 18.695, gozan de autonomía para la administración de sus finanzas– con acuerdo del concejo.

De hecho, de acuerdo con el artículo 67, inciso segundo, letra a), de la LOCM, el alcalde debe dar cuenta al concejo municipal del balance de la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera de esa entidad, indicando la forma en que la previsión de ingresos y gastos se ha cumplido efectivamente, y el detalle de los pasivos del municipio y de las corporaciones municipales cuando corresponda.

2.2. Los recursos obtenidos por la vía del endeudamiento

2.2.1. La normativa constitucional sobre la deuda pública

Además de los recursos que el presupuesto asigna a los órganos de la Administración del Estado, el ordenamiento jurídico permite que, bajo ciertas condiciones, éstos puedan obtener recursos por la vía del endeudamiento. La Carta Fundamental coloca una serie de requisitos para este tipo de operaciones. Es así como el N° 7 de su artículo 63 indica que son materias de ley

> Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda. Sin embargo, se requerirá de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial.
>
> Añade que
>
> Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central.

El inciso tercero del artículo 39 de la LOAFE define el concepto de empréstito público indicando que "es un contrato especial de derecho público en virtud del cual el Estado obtiene recursos sujetos a reembolso de acuerdo con las condiciones que se establezcan". En tal sentido, mediante el dictamen N°17.810 de 1986, la Contraloría General precisó que el empréstito es una for-

ma de deuda pública, lo cual trae aparejadas una serie de consecuencias que se expondrán más adelante. Ejemplos de este tipo de operación son los contratos de préstamo otorgados al Estado de Chile, por el Banco Interamericano de Desarrollo, KFW, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, entre otros.

En segundo término, el N° 8 de este mismo artículo 63 indica que también son materias de ley "Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades". Una vez más, previene que "Esta disposición no se aplicará al Banco Central".

Según el citado artículo 39 de la LOAFE, estas deudas constituyen deuda pública en tanto que, en armonía con el texto constitucional, el artículo 43 del mismo Decreto ley señala que "Para constituir deuda pública será necesaria la autorización legal previa la que podrá ser de carácter permanente o transitorio", añadiendo que son transitorias aquellas limitadas en cuanto a la suma máxima permitida o por un plazo fijo para su utilización.

De manera similar, el artículo 140 de la LOCM indica que "Ninguna corporación, fundación o asociación municipal, creada o que se cree en virtud de ésta u otras leyes, podrá contratar empréstitos". Interpretando esta norma, mediante el dictamen N° 58.907 de 2009, la Contraloría General de la República sostuvo que, según lo establecido en la norma antes aludida y lo señalado por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en su dictamen N° 39.238 de 2003, la totalidad de las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales creadas o que se creen en virtud de la aludida ley N° 18.695 u otras leyes –como las constituidas con arreglo al Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, del año 1980, del Ministerio del Interior– se encuentran impedidas de contratar empréstitos. Agregó que, de acuerdo con los dictámenes N°s. 14.208, de 1984; 34.079, de 2006 y 7.301, de 2008, "las líneas de crédito en cuenta corriente bancaria constituyen una forma de empréstito, ya que suponen la obtención de recursos monetarios con la obligación de reembolsarlos, incluso con intereses", precisando que, en este contexto, "no cabe sino concluir que las corporaciones municipales [...] se encuentran impedidas de contratar líneas de crédito en cuentas corrientes, en razón de la prohibición contemplada en el citado artículo 140 de la ley N° 18.695".

Con ocasión de este dictamen, Gonzalo Navarrete Muñoz, Alcalde de la Municipalidad de Lo Prado y Presidente de la Asociación Gremial Corpora-

ciones Municipales de Chile, AGCM, interpuso un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República y en contra de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sosteniendo que ambos habían incurrido en acto ilegal y arbitrario pues, en virtud de sus decisiones, se había cambiado el régimen jurídico aplicable a los contratos de cuenta corriente vigentes de las Municipalidades, impidiendo a estas corporaciones asociadas acceder a los sobregiros ya otorgados o pactados, afectando con ello las garantías contempladas en el artículo 19 N° 3, inciso 4° y N° 24 de la Carta Fundamental. La Sexta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso, sosteniendo que

> esta Corte advierte que en la dictación del dictamen impugnado el organismo contralor ha actuado dentro del marco de las atribuciones que le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico, disposiciones legales citadas en su informe con arreglo a las cuales le corresponde interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, así como la fiscalización correspondiente del uso y destino de los aportes públicos recibidos, en este caso, por las corporaciones municipales.

La Corte indicó que debe considerarse que se trata de una reiterada doctrina a partir del dictamen N° 28.978 de 1998 y presente en los posteriores dictámenes N° 14.208 de 1984, N° 34.079 de 2006 y N° 7.301 de 2008, entre otros, "por lo que no puede en ningún caso estimarse que el dictamen actualmente impugnado sea expresión de una decisión abusiva; esto es, caprichosa, inmotivada y carente de razonabilidad". En efecto, en dichos dictámenes, el ente público contralor ha indicado la imposibilidad de contratación de empréstitos por parte de las corporaciones municipales que indica, concluyéndose que las líneas de crédito en cuenta corriente bancaria constituyen una forma de empréstito, ya que suponen la obtención de recursos monetarios con la obligación de reembolsarlos, incluso con intereses; que el sobregiro bancario constituye el otorgamiento de un crédito, el cual debe quedar comprendido dentro del concepto de "empréstito", desde el momento que importa obtener recursos monetarios con la obligación de reembolsarlos, incluso con intereses".

Por último, el N° 9 también contempla como materia propia de ley, "Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas".

A través de su dictamen N° 29.331 de 1983, reiterado en el oficio N° 12.720 de 1992, la Contraloría General de la República sostuvo que la norma constitucional "considera dentro de la prohibición, conjuntamente con las empresas públicas, a aquéllas de carácter privado en que el Estado tiene participación, sin distinguir si el ente estatal que participa en ellas es el Fisco u otro organismo". Ello porque "el vocablo 'Estado' en su primera acepción comprende a todas las autoridades y organismos públicos y, en lo que concierne al Poder Ejecutivo, incluye a todos los servicios que integran la Administración, sean fiscales o descentralizados, siendo del caso añadir que respecto de la disposición que se analiza no concurre ningún elemento que permita circunscribir el significado de esa palabra al Fisco". En consecuencia, "la prohibición de contratar empréstitos con el Estado, sus organismos o empresas, que se contempla [en este N°9], rige no solamente respecto de las empresas estatales y de las privadas en que tiene participación directa el Fisco, sino que también afecta a aquellas empresas de naturaleza privada en las que existe la misma participación a través de entes públicos dotados de personalidad jurídica propia".

2.2.2. La normativa de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado sobre la deuda pública

El Título IV de la LOAFE regula el crédito público y su artículo lo define como "la capacidad que tiene el Estado para contraer obligaciones internas o externas a través de operaciones tendientes a la obtención de recursos". Su inciso segundo añade que "La deuda pública estará constituida por aquellos compromisos monetarios adquiridos por el Estado derivados de obligaciones de pago a futuro o de empréstitos públicos internos o externos".

Conforme a los artículos 40 a 42, según el tipo de obligación que asume el Estado, la deuda se divide en deuda pública directa e indirecta. La primera es la constituida por la del Fisco y por la de los demás organismos del sector público comprometidos directamente a su pago, la que se subclasifica en interna (aquella que contrae el Estado con personas naturales o jurídicas de derecho público o privado residentes o domiciliadas en Chile, la cual es exigible dentro del territorio nacional) y externa (aquella en que se convienen obligaciones con otro Estado u organismo internacional o con cualquiera persona natural o jurídica sin residencia ni domicilio en Chile y cuyo cumplimiento puede ser exigible fuera del territorio de la República).

Por su parte, la deuda pública indirecta es la que cuenta con la garantía o aval del Estado o de algún organismo del sector público autorizado por ley

para otorgarlo y en la que el deudor principal es una persona natural o jurídica del sector privado.

Desde el punto de vista conceptual, es dable destacar el término financiero llamado *servicio de la deuda, constituido por el interés y la amortización. El primero es representativo del precio que paga el Estado por disponer de manera anticipada de recursos y el segundo, como medio de restituir la cantidad prestada, ya sea periódicamente o al final de un plazo de una sola vez*.

De lo expuesto es posible sostener que existen tres grandes fuentes de endeudamiento estatal: la contratación de deuda pública o empréstito público, la emisión de bonos y la garantía estatal.

La ley N° 20.481 de Presupuestos para el Sector Público para el año 2011, autorizó al Presidente de la República para contraer obligaciones, en el país o en el exterior, en moneda nacional o en monedas extranjeras, hasta por la cantidad de US$ 6.000.000, que, por concepto de endeudamiento, se incluye en los Ingresos Generales de la Nación, y para contraer obligaciones, en el país o en el exterior, hasta por la cantidad de US$ 1.800.000 o su equivalente en otras monedas extranjeras o en moneda nacional. Agregó que "Para los fines de este artículo podrán emitirse y colocarse bonos y otros documentos en moneda nacional o extranjera, los cuales podrán llevar impresa la firma del Tesorero General de la República". En su inciso tercero, se previó que "La parte de las obligaciones contraídas en virtud de esta autorización que sea amortizada dentro del ejercicio presupuestario 2011 y aquellas que se contraigan para efectuar pago anticipado de deudas constituidas en ejercicios anteriores, deducidas las amortizaciones incluidas en esta ley para el año 2011, no serán consideradas en el cómputo del margen de endeudamiento fijado en los incisos anteriores".

En lo formal, el inciso final añadió que

> La autorización que se otorga al Presidente de la República será ejercida mediante decretos supremos expedidos a través del Ministerio de Hacienda, en los cuales se identificará el destino específico de las obligaciones que se contraigan, indicando las fuentes de recursos con cargo a los cuales debe hacerse el servicio de la deuda. Copia de estos decretos serán enviados a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados dentro de los quince días siguientes al de su total tramitación.

Este tipo de norma es frecuente en las leyes de presupuestos aprobadas para cada período, siendo un precepto de quórum calificado, según lo exige el artículo 66 de la Constitución Política de la República.

2.2.3. El trámite de la refrendación de la deuda pública

Conviene recordar que el artículo 98 de la Constitución Política encarga a la Contraloría General de la República cuatro funciones esenciales: (1) ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración; (2) fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; (3) examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, y (4) llevar la contabilidad general de la Nación. Asimismo, le encarga desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva, lo que da a entender que las funciones de ese organismo son propias de una ley de esa categoría.

De este modo, en materia financiera, el control que practica ese órgano se realiza, al menos, de cuatro formas distintas: la fiscalización del ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; el examen de las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades –actuaciones eminentemente administrativas–, el juzgamiento de las cuentas de estas personas que hayan causado perjuicio al patrimonio de las instituciones aludidas –actuación de orden jurisdiccional– y la refrendación de la deuda pública, que se comprende en su Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 (LOCCGR) dentro de las demás funciones a que alude la Constitución Política.

El artículo 13 de la LOCCGR previene que "El Contralor refrendará todos los bonos y otros documentos de deuda pública directa o indirecta que se emitan. Ningún bono u otro documento de deuda pública será válido sin la refrendación del Contralor o de otro funcionario o institución que, a propuesta de él, designe el Presidente de la República" [3]. Esta disposición se encuentra reproducida en el artículo 46 de la LOAFE.

De tal forma, estos dos preceptos imponen al Contralor General de la República la facultad y deber de refrendar todos los bonos y otros documentos de deuda pública a que aluden. Ello constituye el ejercicio de una potestad pública, que otorga validez jurídica a los documentos representativos de deuda

3 Este es un curioso caso en el derecho administrativo nacional en que la delegación puede recaer en un funcionario que *no es de la dependencia* del delegante.

pública en términos tales que, si el legislador desea sustraer a alguna entidad de tal trámite, debe disponerlo expresamente, tal como acontece con el artículo 22 del Decreto Ley N° 3.529 de 1980 sobre normas complementarias de administración financiera y de incidencia presupuestaria, con respecto a las empresas estatales y las empresas, sociedades o instituciones en las que el Estado o sus empresas tengan aportes de capital, excepción que debe interpretarse de manera restringida y, por tratarse de normas de derecho público, no puede extenderse por analogía (dictamen N° 69.738 de 2010).

No está demás anotar que la refrendación de la deuda pública es distinta de la refrendación presupuestaria a que aludí en el acápite 1. La primera es un trámite que realiza el Contralor General, o su delegado, que tiene como finalidad validar la deuda pública, mientras que la segunda se lleva a cabo por cada órgano que dispone un gasto con cargo a su presupuesto y cuya finalidad es dejar constancia que cuenta con recursos suficientes para materializar el gasto que el acto administrativo dispone.

Así, por ejemplo, durante 2010, el Contralor General refrendó 45 documentos de universidades estatales por un monto de $53.909.148.388; 26 documentos del Instituto de Previsión Social por $ 275.431.249, 2.365 documentos de la Tesorería General de la República por $2.868.958.973.699 y 29 instrumentos del Ministerio de Hacienda por $27.533.879.520.

3. El juzgamiento de las cuentas

3.1. El principio de legalidad del gasto público

De las funciones que el artículo 98 de la Constitución Política de la República asigna a la Contraloría General de la República, una de las más desconocidas es la de juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes. Ella se relaciona –como todas las prerrogativas de este Organismo– con el control de juridicidad de los actos de la Administración del Estado.

En este apartado quiero analizar dos temáticas que ha debido resolver el Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República y que se relacionan con el ingreso e inversión de los fondos públicos y con el control jerárquico que corresponde a las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado.

Hasta el momento hemos insistido en que la correcta inversión de los fondos de estos organismos implica que ella debe efectuarse con estricta sujeción

al principio de legalidad del gasto público, el cual no es sino una particularización del principio de legalidad.

El artículo 98 de la Constitución obliga a las autoridades y funcionarios públicos –en cuanto agentes a través de los cuales se lleva a cabo la función administrativa– a velar por el ingreso de los recursos que deben incorporarse a sus entidades. Existen diversos dictámenes y sentencias del Tribunal de Cuentas que reiteran esta obligación de la Administración del Estado. En esta materia, la responsabilidad civil extracontractual aparece de manifiesto: ella nace cada vez que se autoriza un desembolso o no se cobra un crédito con perjuicio al patrimonio de un órgano público y, como es obvio, se presentan los demás requisitos necesarios que configuran la responsabilidad civil extracontractual.

Un segundo orden de materias dice relación con el control jerárquico que los artículos 11 y 52, inciso segundo, de la ley N° 18.575, imponen a las autoridades y jefaturas de los servicios públicos y que aparece reiterado en otros textos legales, como los artículos 64, letra a) del Estatuto Administrativo y 61, letra a) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

3.2. La aplicación del principio de legalidad del gasto público por el Tribunal de Cuentas

El principio de legalidad del gasto ha sido utilizado con frecuencia por el Tribunal de Cuentas para hacer efectiva la responsabilidad civil de funcionarios públicos por el mal manejo de los recursos financieros o de los bienes públicos a su cargo.

Tal como ocurre con las materias financieras, la actividad del Tribunal de Cuentas ha sido una materia poco estudiada por la doctrina administrativa nacional, pese a ser un tema ampliamente tratado en el ámbito internacional por organismos como la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Normalmente, el estudio de este Tribunal es abordado desde un punto de vista orgánico, es decir, reproduciendo las normas constitucionales y legales que lo regulan, pero no estudiando sus sentencias, ni menos la aplicación que ellas han hecho de los principios de derecho público, de la normativa administrativa o de la legalidad del gasto público.

Solo quiero señalar que, en este tipo de juicios, interviene, además del cuentadante –esto es, el funcionario demandado– ,la Fiscalía y de los Tribunales de Cuentas de Primera y Segunda Instancia. La primera instancia está a cargo del Juzgado de Cuentas, cuyo juez es el Subcontralor, mientras que

la segunda instancia se tramita ante el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, compuesto por el Contralor General, quien lo preside, y por dos abogados designados por el Presidente de la República. A este último Tribunal le corresponde conocer de los recursos de apelación y especial de revisión que se interpongan durante la tramitación de un juicio de cuentas. A la Fiscalía de la Contraloría General de la República le corresponde actuar como parte en defensa de los intereses patrimoniales del Estado.

Quiero comentar dos sentencias de este órgano jurisdiccional que espero puedan servir como una motivación para los tratadistas a investigar sobre esta materia.[4]

3.2.1. La inactividad administrativa para el ingreso de recursos

Como se indicó, una de las obligaciones constitucionales de la Contraloría General es fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.

En la sentencia N° 221 de 2010, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia analizó el caso de incumplimiento contractual por parte de dos particulares –Comercial El Matico Limitada y Emilio de la Cuesta Larios–, incumplimiento que, conforme a lo establecido en las bases y el convenio respectivo, los hacía incurrir en multas. El cuentadante, debiendo haber exigido el pago de estas multas que ceden a beneficio fiscal, condonó parcialmente su cobro, lo que, con ocasión del examen de cuentas pertinente, dio lugar al reparo: la demanda en el juicio de cuentas.

En el considerando 15°, el Tribunal indicó que el examen de cuentas, entre otras finalidades, tiene por objeto "fiscalizar esa percepción de las rentas del Fisco o de las demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General debiendo comprobarse si se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen el ingreso". En su considerando 17°, el pronunciamiento judicial añadió que "en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, la Contraloría General puede verificar el cumplimiento de los procedimientos de control interno que incidan en una adecuada ejecución de las normas presupuestarias y, en el caso materia de autos, y dentro de ese ámbito, en cuanto se refiere al ingreso fiscal que dejó de percibirse por negligencia del funcionario a cargo de un presupuesto".

4 Los últimos pronunciamientos de este organismo se pueden revisar en el sitio web de la Contraloría General (www.contraloría.cl).

En el considerando 19° precisó que "el asunto sometido a la consideración de este Tribunal incide en el perjuicio patrimonial que se causó al haberse adoptado una decisión sin contar con las atribuciones legales para realizarla y por la inobservancia de procedimientos administrativos previamente implementados para una adecuada ejecución de un contrato". Sostuvo más adelante (considerando 30°) que "La condonación fue efectuada al margen de las bases administrativas del contrato y sin que para ella hubiera, además, atribución legal alguna".

Este mismo finalizó sosteniendo, en el considerando 32°, que la obligación de cobrar las multas,

> contemplada en las bases administrativas transgredió el principio de juridicidad de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, en tanto su acción fue contraria a la normativa que exige el desarrollo de la función pública conforme al texto constitucional y a las normas dictadas en su conformidad, dentro de la competencia fijada y en la forma que prescriba la ley. Ello, habida cuenta que, conforme lo prescribe el artículo 11 de la ley N° 18.928, hace aplicable a Carabineros de Chile el artículo 1° del mismo cuerpo normativo, que prevé que las adquisiciones de bienes corporales e incorporales muebles y la contratación de servicios, a título oneroso, deberá hacerse conforme a lo establecido en la Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. En razón de lo anterior, al no contemplarse, de modo expreso en dicha normativa la facultad de condonar multas, y al haberse verificado dicha conducta reconocida por el propio demandado como una práctica usual del servicio a su cargo, estos sentenciadores estiman que la acción de condonación ha generado un perjuicio resarcible por la vía del presente juicio de cuentas.

Este fallo es interesante por cuanto está construido sobre la base de dos conceptos de derecho público. En primer lugar, en función del principio de legalidad: los órganos de la Administración del Estado, que actúan a través de sus agentes, no tienen más atribuciones que aquellas que el ordenamiento jurídico les ha conferido. El fallo recalca e insiste que el cuentadante carecía de *facultades expresas para realizar esta condonación (a diferencia de otros órganos, que si cuentan con este tipo de habilitaciones), aunque ello fuera una práctica habitual del organismo, lo que no hace sino agravar la responsabilidad del funcionario a cargo de la administración de estos fondos.*

En segundo lugar, el cuentadante, al abstenerse de cobrar las multas, causó un perjuicio fiscal pues, con su conducta, impidió que dineros a los que tenía derecho la Administración ingresaran a su patrimonio. En palabras simples, ello significa que los servidores públicos no pueden hacer caridad con los fondos de las entidades que dirigen.

3.2.2. La falta del control jerárquico como causal de perjuicio patrimonial

Otro fallo que reconoce principios del derecho público es la sentencia N° 177 de 2009, que se originó en la pérdida habitual de bienes de la institución a cargo del cuentadante, los que estaban destinados al cumplimiento de los fines propios del órgano. Se reprochó que, pese a la habitualidad en los extravíos, el demandado no adoptara las medidas preventivas destinadas a que las pérdidas no se siguieran sucediendo, como lo exige el estándar medio y razonable a que se ha hecho mención en los considerandos anteriores.

La sentencia –adoptada por la mayoría del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia– recordó que, conforme al artículo 11 de la ley N° 18.575, es deber de las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercer un control jerárquico *permanente* del funcionamiento de los organismos y actuación del personal de su dependencia. Este control se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones, lo que se complementa por lo prescrito en el inciso segundo del artículo 52 del mismo texto legal, conforme al cual la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Remarca que ese precepto señala que el "interés general" importa el uso de "medios idóneos de control" para concretar una gestión eficiente y eficaz. Es así como el "interés general" exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz, expresándose en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

Cita además otros preceptos legales que reproducen esta exigencia que la ley orgánica constitucional en comento impone a autoridades y jefaturas. Es así como el control jerárquico también está reconocido en el artículo 64, letra a), del Estatuto Administrativo, el cual señala que serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas "Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones". También está reconocido en el artículo 61 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, el cual previene, de manera análoga, que serán obligaciones especiales del alcalde y jefes de unidades "a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones" (considerando 3°).

A continuación, el considerando 4° expone las características que de los preceptos aludidos integran el deber del control jerárquico: "en primer lugar, es permanente, lo que se traduce en que debe ser realizado por la autoridad antes, durante y después de la actuación, de modo que no existen actuaciones ajenas o exentas de control. En segundo lugar, el control jerárquico comprende de la legalidad y la oportunidad de la actuación del inferior, pero también se extiende a la eficiencia y a la eficacia. Además comprende no solo actos específicos de los subordinados, sino que se extiende a toda la actividad de éstos. En tercer lugar, el control jerárquico tiene dos límites. Por una parte, el superior debe actuar siempre en el ámbito de sus competencias y de aquellas del inferior. Por la otra, se debe ejercer en los niveles que corresponda. Por último, el control jerárquico es sin perjuicio de las obligaciones propias del personal. El control jerárquico no implica subrogarse en las tareas de los subordinados ni releva a estos últimos del cumplimiento de sus tareas. El subordinado cumple su deber haciendo su labor y su jefe controlando dicha tarea".

Es interesante notar que este pronunciamiento indicó que la observancia del principio del control jerárquico en materia de custodia de bienes destinados a la satisfacción de necesidades colectivas "implica imponer un estándar de conducta medio y razonable por parte de las autoridades y jefaturas en el cuidado de los bienes que son colocados a su disposición por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de la función administrativa, que es, en último término, la promoción del bien común, como lo indica la Carta Fundamental,

y la satisfacción continua y permanente de las necesidades colectivas, como lo exige la ley N° 18.575" (considerando 5°), estándar medio y razonable que

> debe apreciarse caso a caso, pero siempre debe tender a asegurar la eficiencia y eficacia que se extiende tanto respecto de la supervisión de las funciones del personal a cargo, como en la utilización de los recursos y demás bienes asignados a una determinada unidad. Esta conducta propia en el desarrollo de la función obliga al servidor público a desplegar acciones concretas que propendan al adecuado funcionamiento de la unidad a su cargo, como asimismo y derivado de lo anterior, a resguardar convenientemente los bienes públicos que allí se encuentren (considerando 6°).

Por tales motivos, la sentencia sostuvo que los bienes cuyo valor se reparó "se encontraban efectivamente dentro de la unidad administrativa que estaba bajo la dependencia del demandado, debiendo por lo tanto haberse implementado medidas de seguridad razonablemente efectivas para su resguardo, situación que, como se ha expuesto, no consta que haya ocurrido, toda vez que no existen instrucciones ni medidas de seguridad que facilitan e hicieran posible el ejercicio del deber de control jerárquico permanente de eficiencia en la administración de recursos" (considerando 9°) y que la conducta omisiva del demandado que facilitó la pérdida de bienes públicos, al no arbitrar las medidas razonables para evitar el perjuicio sufrido por el patrimonio de la institución, produjo un daño civil que lo hace responsable de esos detrimentos.

El considerando 11° sostuvo, por último, que la inobservancia de los deberes funcionarios de supervigilancia y control permanente sobre la unidad integral, incluyendo por cierto sus bienes, "genera responsabilidad civil, en la medida que ésta se configure a partir de una negligencia directa, sea por vía de acción o de omisión, en el cumplimiento del deber administrativo descrito, en términos de no adoptarse las medidas de seguridad" necesarias para que las pérdidas no se produjeran.

4. Conclusiones

En suma, el principio de legalidad, como piedra angular del derecho público, condiciona toda la acción de los órganos de la Administración del Estado; en su vertiente financiera, se traduce en que quienes administran bienes y recursos públicos deben gestionarlos con estricta sujeción a la normativa que regula la materia.

NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL: HACIA UNA REGULACIÓN DELIBERATIVA

Matías Guiloff[1]

El presente artículo analiza las modificaciones introducidas a la institucionalidad ambiental, en materia de regulación, por la Ley N° 20.417. Para esos propósitos, el autor realiza, en primer lugar, un análisis critico del tratamiento de la regulación en la institucionalidad establecida por la Ley N° 19.300. Luego dedica unos párrafos al nuevo Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, destacando su naturaleza de órgano de deliberación de política pública. Posteriormente, se centra en una de sus atribuciones, la de pronunciarse previamente respecto de proyectos de ley y de actos administrativos que contengan normas de carácter ambiental, entregando criterios para acotar el elenco de normas que revisten ese carácter y, de manera preliminar, analiza las consecuencias de la falta de este pronunciamiento.

Introducción

El 26 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Contrario a lo que se podría pensar, con la dictación de la misma no se agota la reforma a la institucionalidad ambiental, en la medida en que (1) vincula la entrada en vigencia de la Superintendencia a la aprobación de el (los) tribunal(es) ambiental(es)[2] y (2) obliga al Presidente de la República a presentar un proyecto de ley para el es-

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, LL.M. Columbia University 2007. Profesor de Derecho Administrativo e Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

2 Ver artículo 9 transitorio de la Ley N° 20.417.

tablecimiento del servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas[3]. Sin perjuicio de ello, como se demostrará a lo largo de este artículo, la aludida ley establece una serie de modificaciones relevantes ahí donde más se necesitaban: en la dimensión de la institucionalidad relativa a la regulación ambiental[4].

En efecto, la Ley N° 20.417 amplía la potestad normativa de la autoridad ambiental, haciéndola extensiva ahora a la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos[5]. A su vez, si bien mantiene el modelo de comisión interministerial, lo hace de una manera bien precisa: para los efectos de pronunciarse o efectuar proposiciones sobre una serie de materias de especial relevancia . El nuevo escenario significa una mejoría significativa respecto a la situación anterior a la reforma.

Se trata de un mejor escenario, en primer lugar, porque termina con un sesgo presente en la institucionalidad establecida por la Ley N° 19.300 (1994), que determinaba que solo aquellos proyectos de actos administrativos cuyo proceso de elaboración era coordinado por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante, CONAMA) requerían pronunciamiento previo por parte del Consejo de Ministros. Por contraste, los proyectos de actos administrativos elaborados por las autoridades sectoriales con competencias ambientales no requerían del pronunciamiento previo del mismo Consejo. De esta manera, en lo concerniente a la adopción de regulación y políticas, la antigua institucionalidad solo era coordinadora y transversal para los efectos de los actos administrativos y políticas cuyo proceso de elaboración era coordinado por la CONAMA, pero no respecto de aquellos cuya dictación fuera de competencia de un organismo sectorial con atribuciones en materia ambiental. Se trataba de un diseño más preocupado de establecer vetos sobre la regulación ambiental que de integrarla con la competencia de los organismos sectoriales. La Ley N° 20.417, como veremos en detalle, corrige esa situación.

---

3 Ver artículo 8 transitorio de la Ley N° 20.417. De acuerdo a esa disposición, los deberes del Presidente de la República no se agotan con la presentación de ese proyecto de ley por cuanto, además, se le ordena, ya sea en el mismo proyecto de ley anterior o en otro distinto, hacerse cargo de la anómala situación de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), disponiendo su transformación en un servicio público descentralizado. Finalmente, lo dispuesto por ese artículo transitorio se cumplió el 26 de enero de 2011, a través de proyectos de ley separados.

4 En este punto y varios otros del artículo, cuando se habla de dimensiones de la institucionalidad ambiental, se sigue de cerca la distinción trazada en Sierra, Lucas, "Reforma de la Institucionalidad Ambiental: Problemas y Oportunidades", en *Estudios Públicos*, 111, (Centro de Estudios Públicos) 2008, p. 58. Disponible en: <http://issuu.com/david.parra/docs/rev111_lsierra_medioambiente?mode=embed&documentId=081217204543-50fd2a4909b94cc892f75bd35ba55cae&layout=white>

5 Ver artículo 69 de la Ley N° 20.417.

Es un mejor escenario, en segundo término, porque no solo exige coordinación y transversalidad para la elaboración de regulaciones y políticas, sino también para una serie de ámbitos adicionales relevantes. Dentro de estos, se puede nombrar el conflictivo tema de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, la determinación de las políticas sectoriales que habrán de someterse a Evaluación Ambiental Estratégica y la creación de Áreas Protegidas del Estado. Esa transversalidad también se exige para proponer al Presidente las políticas sobre manejo, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables, y para los criterios de sustentabilidad que los organismos sectoriales, incluyendo sus servicios dependientes y relacionados, habrán de considerar en sus procesos de planificación[6].

El presente artículo pretende explicar en detalle y analizar críticamente algunas consecuencias de las modificaciones sustanciales que la Ley N° 20.417 ha introducido en materia de regulación . Para ello (1) desarrolla el tratamiento en la Ley N° 19.300 de la regulación y política ambiental, exponiendo las principales críticas que a éste se le formularon, y la contrasta con el modo en que se aborda en la nueva Ley N° 20.417; (2) analiza la atribución del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad relativa a la regulación ambiental, proponiendo criterios que permiten darle una interpretación coherente con los objetivos de este cuerpo normativo; y (3) plantea, por último, una serie de conclusiones.

1. La regulación y política ambiental en la Ley Nffl 19.300[7]

1.1. La Ley N° 19.300: Insuficiencia de mecanismos para resguardar la transversalidad en materia de regulación

En 1994, la Ley N° 19.300 estableció un mecanismo para posibilitar la integración entre la regulación y política ambiental con la sectorial. En efecto, el artículo 72 letra d) disponía:

> Corresponderá al Consejo Directivo:
> d) Proponer al Presidente de la República proyectos de ley y actos administrativos relativos a materias ambientales, sin perjuicio de las funciones propias de otros organismos públicos.

6 Ver artículo 71 de la Ley N° 20.417.

7 En esta sección se sigue de cerca lo desarrollado en Guiloff, Matías, "Coordinación sin sesgos: La regulación en la nueva institucionalidad ambiental", en Durán, V., Montenegro, S., Moraga, et al (eds.), *Derecho Ambiental en tiempos de reformas*, (Abeledo Perrot Legal Publishing) 2010, pp.3-8.

> Postergando por el momento la cuestión relativa a si el lenguaje utilizado tenía la fuerza suficiente para incentivar un cambio en los procesos de generación de los actos administrativos por parte de los organismos sectoriales, cabe señalar que, en la práctica, la aludida disposición fue interpretada exigiendo integración para la dictación de la regulación ambiental, cuyo proceso de elaboración era coordinado por la Comisión Nacional de Medio Ambiente. Solo esta regulación se sometió a la aprobación del Consejo de Ministros. Por el contrario, la regulación ambiental emanada de los organismos sectoriales competentes en la materia fue aprobada sin presentarse ante el aludido Consejo.

Lo anterior tiene consecuencias perniciosas sobre la institucionalidad ambiental, por cuanto el control de la regulación constituye un aspecto fundamental de ese marco institucional[8]. Este aspecto no escapó de la evaluación de desempeño ambiental realizada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la cual recalcó la subsistencia de importantes desafíos en relación a la integración de las consideraciones ambientales en las políticas sectoriales[9]. La persistencia de esos desafíos o, puesto en términos menos generosos, las deficiencias de la Ley N° 19.300 en la estructuración de los incentivos para posibilitar una regulación y política ambiental integrada, repercutió severamente sobre la gestión y la fiscalización. Estas dos dimensiones de la institucionalidad ambiental suponen la aplicación de normas a hechos concretos; en la medida en que faltaban normas y las existentes carecían de una visión integradora, se ejercían con excesiva discrecionalidad[10].

Más allá de las deficiencias desde la perspectiva del control de la regulación ambiental, esta falta de integración socavaba uno de los cimientos de la institucionalidad ambiental establecida por la Ley N° 19.300: la transversalidad. En el ámbito de la regulación, esta se expresa en la idea de que toda norma o política ambiental que finalmente se apruebe impli-

8 En el mismo sentido, Cordero, Luis, "Las paradojas de la institucionalidad ambiental o cómo debemos diseñar nuestras instituciones", en *Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para el Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 346.

9 Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina, Evaluaciones de desempeño ambiental: Chile, 2005, p. 16., disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/21252/lcl2305e_indice.pdf [fecha de visita 20 de abril de 2011]

10 Sierra, Lucas, op. cit., p. 61.

ca un balance de intereses y objetivos diversos, razón que justifica que la decisión de su aprobación se entregue a un cuerpo colegiado donde estén representados todos esos intereses. La necesidad, en materia de regulación y política ambiental, de equilibrar objetivos e intereses que pueden ser contradictorios[11], hace imprescindible la creación de un espacio para la deliberación.

Sin embargo, un espacio de esa naturaleza es una ilusión si la deliberación se aplica únicamente para las normas y políticas propuestas por una de las varias autoridades con competencia en la materia. En tal caso, el rol de las autoridades sectoriales, en vez de deliberar, se centra en vetar y, si se llega a aprobar una regulación o política, nunca la van a considerar como una propia. Prauss ofrece un ejemplo para ilustrar el punto anterior: la política ambiental de 1998, conocida como *la política de CONAMA*[12], no obstante haber sido aprobada, jamás se implementó. De ahí que sea absolutamente necesario que la regulación de cada una de estas autoridades deba ser sometida al pronunciamiento del órgano transversal; solo así se garantiza el interés de las autoridades sectoriales puedan tener . Un espacio como ese es el que ofrece el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad creado por la Ley N° 20.417.

1.2. El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad: un órgano de deliberación de política pública

Este Consejo de Ministros se establece en el artículo 71 de la Ley N° 20.417, que determina su integración y atribuciones. El artículo 72 le otorga un marcado carácter deliberativo, por cuanto regula exhaustivamente las ocasiones en las cuales celebrará sus sesiones, el quórum para llevarlas a cabo y para adoptar acuerdos –incluyendo una regla para definir eventuales empates– y el número mínimo de sesiones anuales. Así, la Ley N° 20.417 no solo crea y establece las atribuciones de este organismo, sino que –al regular la realización de sus sesiones y votaciones– lo establece como un órgano, por sobre todas las cosas, deliberativo.

Ahora bien, en el contexto de una institucionalidad ambiental transversal, solo puede hablarse, en rigor, de un espacio de deliberación de regulación y política ambiental en la medida que ahí se delibere sobre ambas dimensiones:

11 Sierra, Lucas, op. cit., p. 59.

12 Prauss, Sergio, "Algunos principios y criterios para armonizar la gestión ambiental" en *Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para el Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 325.

las regulaciones y políticas de la autoridad ambiental, y aquellas que emanan de las autoridades sectoriales con competencia en materia ambiental. El punto no solo es relevante en lo referente a la deliberación, sino también desde la óptica del comportamiento de los actores políticos. Desde esa perspectiva, si la exigencia de deliberación en el Consejo de Ministros para la sustentabilidad no se aplica a ambas regulaciones, se genera un peligroso incentivo: obtener mediante la regulación sectorial todo lo que no se puede a través de la ambiental. De esta manera, en un modelo donde la aprobación de la regulación sectorial no se encuentra sometida a las mismas exigencias establecidas para la ambiental, es posible que el regulador sectorial: (1) dicte aquellas regulaciones que no cuentan con el suficiente respaldo dentro del Consejo de Ministros y (2) dicte normas contradictorias con aquellas aprobadas por el Consejo de Ministros.

Así parece haberlo entendido el legislador de la Ley N° 20.417, al establecer la atribución del Consejo relativa a pronunciarse sobre los proyectos de ley o de actos administrativos que se propongan al Presidente de la República referidos a normas de carácter ambiental, "cualquiera que sea su Ministerio de origen". La disposición, además, es plenamente concordante con el Mensaje de la citada ley, el cual constata que "[actualmente] cada sector puede dictar actos administrativos generales o específicos, referidos a materias ambientales, sin contar con la participación de la autoridad ambiental, [...] lo que genera ineficiencias regulatorias, falta de certeza e inadecuada fiscalización de las mismas y, en ocasiones, interpretaciones normativas contradictorias"[13].

En este punto, es conveniente aclarar que, a diferencia del Consejo Directivo de la CONAMA establecido por la Ley N° 19.300, el Consejo de Ministros para la sustentabilidad no es un órgano de dirección superior de un servicio público. Por el contrario, tal como hemos afirmado, su naturaleza es la de un órgano de deliberación de política pública[14]. Ello es sumamente relevante por cuanto, si un cuerpo colegiado no se estructura expresamente como un órgano de deliberación y, además, no se establecen los incentivos para que esta sea posible, cada autoridad que integra ese Consejo termina defendiendo su agenda sectorial.

13 Historia de la Ley N° 20.417, Mensaje, p. 12. <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>

14 La revisión de la historia legislativa de la Ley N° 20417 no deja dudas al respecto. De acuerdo a esta, el "Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, está destinado a cumplir funciones y atribuciones en materia de regulación y definición de política pública ambiental y, en definitiva, actuar como un órgano de deliberación de política pública y no como dirección superior del Ministerio, además de que concentra aquellos aspectos de la política ambiental que son transversales". Ver, Historia de la Ley N° 20.417, Informe Comisión de Recursos Naturales, pp. 193-194.

Así, esa agenda sectorial, que en el caso de muchos de los ministerios que integraban el Consejo Directivo de la CONAMA se refiere al fomento productivo, termina actuando como veto sobre la ambiental. Resulta imposible articular políticas y regulaciones en materia de sustentabilidad,en la medida que todo se reduce al sordo diálogo fomento-protección del medio ambiente; diálogo que, para peor, no se da en condiciones simétricas: los intereses de fomento pueden bloquear la adopción de normas y políticas ambientales, pero los intereses ambientales no pueden hacer lo propio con aquellos de fomento.

En suma, la Ley N° 20.417 genera un espacio transversal para discutir y acordar temas de sustentabilidad a través de un órgano marcadamente deliberativo como el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Ese órgano tiene la facultad de pronunciarse sobre los proyectos de ley y de actos administrativos que deriven tanto de la autoridad ambiental como de los organismos sectoriales con competencia en la materia. Aún es necesario, sin embargo, desentrañar qué se entiende por normas de carácter ambiental, por cuanto es esa categoría de normas la que, sin importar su Ministerio de origen, requiere del aludido pronunciamiento. Al análisis de esta cuestión dedicamos la próxima sección.

2. El significado de la expresión *normas de carácter ambiental*: Algunos criterios para su interpretación[15]

El hecho que el legislador haya requerido que las normas ambientales de los ministerios sectoriales también deban someterse al pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad constituye sin duda alguna un avance. La aplicación de este mandato, con todo, implica un gran desafío por cuanto el lenguaje de la Ley N° 20.417 es amplio y requiere de criterios que delimiten su aplicación. De lo contrario, se pone en riesgo su operatividad.

Como se ha visto, el artículo 71 letra f) establece la atribución del Consejo de pronunciarse respecto de los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República –independientemente de cual sea el Ministerio de origen– que contengan normas de carácter ambiental. Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *normas de carácter ambiental*? La propia dis-

15 Justamente porque la mayor parte de la regulación legal en materia ambiental es reglamentaria, limitaremos nuestro análisis únicamente a lo que respecta al pronunciamiento previo tratándose de proyectos de actos administrativos, dejando afuera, consiguientemente, los proyectos de ley. Es a la regulación administrativa, por lo demás, a la que resulta aplicable el análisis contenido en la sección precedente.

posición en análisis responde a esta interrogante, aunque de manera no del todo precisa.

Desde un punto de vista sustantivo, el artículo 71 letra f) atribuye carácter ambiental a aquellas normas que digan relación con atribuciones sobre las materias establecidas en el artículo 70. Esta opción es lógica, en la medida en que el objetivo es evitar que autoridades sectoriales puedan dictar regulaciones incoherentes con aquellas que dicte el Ministerio del Medio Ambiente. No obstante, dada la cantidad de materias y la consecuente diversidad de organismos competentes e instrumentos normativos pertinentes, se hace difícil aplicar esta disposición sin previamente delimitar un elenco más o menos determinado de normas que requieran de este pronunciamiento.

Existe, además, otro hecho digno de atención. El listado de atribuciones establecido en el artículo 70 establece la posibilidad de dictar normas en relación a determinadas materias, en tanto que para otras autoriza el establecimiento de políticas[16]. La distinción relativa a si la atribución se refiere a la posibilidad de dictar normas o políticas sobre una determinada materia es relevante, no porque de ella se siga la falta de necesidad de un pronunciamiento previo por parte del Consejo, sino porque implica distintas atribuciones para cada organismo. Así, como hemos visto, si se trata de normas, aplica el artículo 71 letra f) y el Consejo debe *pronunciarse* de manera previa a la entrada en vigencia del acto administrativo correspondiente; en cambio, si se trata de las segundas, en virtud de los establecido en el artículo 71 letra a), el rol de este organismo es el de *proponer* la respectiva política.

2.1. Primer criterio: el acto administrativo debe ser de carácter regulatorio

Con el objeto de acotar el elenco de actos administrativos de los organismos sectoriales con competencia en la materia que requerirán del pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, se proponen dos criterios: (1) debe tratarse de un acto administrativo de carácter regulatorio y (2) debe referirse a materias que deban ser objeto de normas ambientales, entendiéndose por estas las señaladas en el artículo 70 de la Ley N° 20.417.

Entendemos por actos de carácter regulatorio aquellos cuyo objeto es establecer una normativa o política para una materia ambiental determinada. En otras palabras, los actos que nos interesan son aquellos en los cuales el respectivo operador jurídico hace un ejercicio de creación, mediante el cual incorpo-

16 Esta es una distinción que no formulo en Guiloff, 2010, y que es absolutamente necesaria para una correcta inteligencia de la norma en análisis. Ver, Guiloff, Matías, op. cit., pp. 16-19.

ra al ordenamiento jurídico normas hasta entonces inexistentes, regulando de esta manera, por primera vez, determinadas situaciones o conductas[17].

Por el contrario, quedan fuera de la categoría de actos administrativos de regulación aquellos dictados para los propósitos de las otras dimensiones de la institucionalidad ambiental. Así, por ejemplo, un permiso sectorial no requerirá de pronunciamiento por cuanto es un acto de gestión. Esto porque, a diferencia de lo que ocurre en la dimensión de la regulación, el ejercicio que aquí realiza el operador jurídico no es de creación sino más bien de aplicación de normas preexistentes.

En esta misma lógica, quedan eximidos también del pronunciamiento previo del Consejo, aquellos actos administrativos dictados en el marco de la dimensión de fiscalización. De esta manera, el acto administrativo mediante el cual una autoridad sectorial sanciona el incumplimiento de su normativa tampoco requerirá de pronunciamiento, por cuanto se trata de un acto de fiscalización. Tal como sucede tratándose de los actos de gestión, el operador jurídico realiza un acto de aplicación de normas jurídicas preexistentes.

2.2. Segundo criterio: El acto administrativo regulatorio debe decir relación con las materias contenidas en el artículo 70[18]

Una lectura cuidadosa del artículo 70 permite afirmar que, tras la aprobación de la Ley N° 20.417, las competencias de la regulación ambiental en Chile exceden el discreto conjunto de los Instrumentos de Gestión Ambiental de carácter regulatorio establecidos por la Ley N° 19.300 en 1994 (Normas de Calidad, de Emisión, Planes de Prevención y/o Descontaminación). En efecto, de la revisión de los literales del artículo 70 fluye como una primera materia comprendida dentro del concepto de normas ambientales la regulación (a través de políticas, planes, programas y normas), de las Áreas Protegidas del Estado. Cabe también dentro de este concepto la regulación de las Áreas Marinas Costeras de Múltiples Usos. Es, por último, una materia de normas de carácter ambiental, la regulación en materia de residuos y suelos contaminados, como asimismo la evaluación de riesgo de los productos químicos, de organismos genéticamente modificados y de cualquier otra sustancia que

17 En esta explicación, nuevamente, se sigue a Sierra, Lucas, op. cit., pp. 97 y 98. Disponible en: <http://issuu.com/david.parra/docs/revIII_lsierra_medioambiente?mode=embed&documentId=081217204543-50fd2a4909b94cc892f75bd35ba55cae&layout=white>

18 En esta sección, como consecuencia de incorporar la distinción entre atribuciones del Consejo relativas a actos administrativos de aquellas relativas a políticas, se modifica, en varios aspectos, el análisis realizado en Guiloff, 2010. Ver, Guiloff, Matías, op. cit, pp. 16-19.

tenga la aptitud para afectar el medio ambiente.

Cinco son las categorías que, en conformidad al artículo 70, quedan comprendidas dentro del concepto de norma ambiental: (1) Áreas Protegidas, (2) Áreas Marinas Costeras de Múltiples Usos, (3) residuos contaminados, (4) suelos contaminados y (5) evaluaciones de riesgo; categoría, esta última, que comprende productos químicos, organismos genéticamente modificados y cualquier otra sustancia que tenga la aptitud para afectar el medio ambiente. Solo una de estas categorías resulta problemática por su indeterminación: la evaluación de riesgo de cualquier otra sustancia que pueda afectar al medio ambiente. Esa indeterminación es razonable, considerando que aquello que tiene la aptitud de afectar el medio ambiente no es una cuestión que pueda ser predeterminada; la evidencia científica puede demostrar que algo que siempre se ha considerado como ambientalmente inocuo no lo es. Si eso sucede y no existe una habilitación amplia, como la que estamos analizando, la administración no podrá evaluar el riesgo de esa sustancia. De ahí que pueda afirmarse que es una buena técnica legislativa dejar abierta esta categoría; ello asegura que no se frustre el objetivo de que estas evaluaciones de riesgo efectivamente se lleven a cabo[19].

El universo regulatorio susceptible de ser comprendido por el concepto de normas ambientales puede ser acotado por referencia al artículo 70 de la Ley N° 20.417; sin embargo, ello no asegura que esta disposición se cumpla. Como se ha explicado, la Ley N° 20.417 transforma lo que antes era un Consejo de dirección superior de un servicio público, en un cuerpo de deliberación de política pública. En la medida que, no obstante cambiar su diseño y atribuciones, se mantiene un cuerpo colegiado , es probable que se dé cierta inercia al ejercer sus nuevas atribuciones. Es por ello que resulta necesario preguntarse: ¿qué ocurrirá si un acto administrativo que se refiere a una materia propia de norma de carácter ambiental es dictado sin haberse sometido a la aprobación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad?

2.3. Las consecuencias del incumplimiento del artículo 71 letra f)

Respecto a esta cuestión específica, el texto de la Ley no es claro. Si se utiliza un criterio sistemático de interpretación, pareciera que no corresponde aplicar sanción alguna al incumplimiento de esta exigencia. En efecto, cuando el legislador de la Ley N° 20.417 ha querido establecer la procedencia de una

19 Para un precedente jurisprudencial del derecho comparado que aborda esta discusión, véase Corte Suprema de Estados Unidos, Industrial Union Department v. American Petroleum Institute, 448 U.S. 607 (1980).

sanción, lo ha hecho con lenguaje expreso, como en el artículo 9 bis. La aludida disposición establece:

> La Comisión [de calificación de proyectos] a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En todo caso, dicho informe deberá contener, los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.
> El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior *se considerará vicio esencial* del procedimiento de calificación ambiental.

Hay una disposición de la Ley N° 20.417 que se refiere al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad: el artículo 73 inciso tercero, de cuyo lenguaje se deduce que no son irrelevantes los acuerdos adoptados por este organismo. La citada disposición señala:

> Los acuerdos del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad serán obligatorios para los organismos de la Administración del Estado al cual estén dirigidos, incurriendo en responsabilidad administrativa los funcionarios que no den cumplimiento a los mismos.

Así, como se puede apreciar, tan relevante es para el legislador la función deliberativa de este Consejo que ha optado por: (1) que sus acuerdos sean obligatorios para el organismo de la administración del Estado al cual estén dirigidos y (2) que el incumplimiento de éstos por parte de los funcionarios de ese órgano da lugar a responsabilidad administrativa.

La aludida disposición, con todo, no se refiere a la situación de que una cuestión que requiera acuerdo del Consejo no sea presentada al mismo. Sin embargo, es razonable pensar que, si el legislador ha querido hacer vinculante el resultado de la deliberación del Consejo, éste debe siempre contar con los medios para realizar esa deliberación. Puesto en otros términos, si los proyectos de actos administrativos que la ley ordena se someten al pronunciamiento

previo de este órgano no se presentan al mismo, no puede cumplir el Consejo la función que el legislador le ha asignado, cual es deliberar y materializar esta actividad en Acuerdos. Por lo mismo, parece lógico que aquel funcionario de un organismo de la Administración del Estado que, debiendo enviar un proyecto de acto administrativo al pronunciamiento previo del Consejo, no lo hace, incurra en responsabilidad administrativa.

3. Conclusión

Se ha señalado que es necesario, para efectos de contar con una regulación ambiental auténticamente transversal, que el nuevo Consejo de Ministros para la Sustentabilidad asuma con seriedad su rol de pronunciarse sobre los proyectos de ley y de actos administrativos de carácter ambiental que se presenten al Presidente de la República. Ello propendería a la existencia de una regulación ambiental consistente e integrada y anularía una serie de incentivos perversos que se generan si se acepta la aprobación unilateral de normas de carácter ambiental.

No obstante los contornos aparentemente difusos del concepto de norma ambiental, se ha argumentado que cumplir con el artículo 71 letra f) de la Ley N° 20.417 sometiendo los proyectos de actos administrativos al pronunciamiento del Consejo de Ministros para la sustentabilidad es absolutamente posible. Para ese propósito basta con diferenciar bien las distintas dimensiones de la institucionalidad ambiental y guiarse por los elementos sustantivos establecidos en el artículo 70.

Terminamos reafirmando lo que señalamos al inicio: la regulación es la dimensión más importante de la institucionalidad ambiental. Ella fija los contornos donde se pueden desenvolver las restantes dimensiones de gestión y de fiscalización. Por lo mismo, si se pretende que estas últimas funcionen de manera predecible, es necesario contar con normas adecuadas. La Ley N° 20.417 establece un mecanismo para que la regulación administrativa exprese un consenso intersectorial. Este consenso es relevante por cuanto permite que, tras la aprobación de esa regulación, los operadores sectoriales apliquen, para fines de gestión y fiscalización, su regulación y no la que ha sido impuesta por otro órgano desde afuera. Es de esperar, entonces, que la práctica reconozca y respete esa dignidad de la que potencialmente puede estar revestida la regulación ambiental.

EL DECAIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DEL AÑO 2010

Luis Cordero Vega[1]

El presente texto tiene por finalidad analizar la manera en que la Corte Suprema resolvió la tardanza injustificada en la resolución de procedimientos administrativos sancionatorios, mediante la aplicación del denominado "decaimiento" del procedimiento administrativo. Aunque esta es una institución aplicada tradicionalmente al acto administrativo, la Corte decidió extenderla como remedio para estos casos. El autor señala que, si bien reconoce la necesidad de resolver este problema, existían otros medios a los cuales recurrir aplicando la Ley de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, plantea que este caso sirve para demostrar que la Corte Suprema está utilizando categorías de Derecho Administrativo que los operadores legales no pueden obviar.

1. El contexto

La Excma. Corte Suprema ha sostenido, desde diciembre de 2009, que cuando un organismo administrativo que instruye un procedimiento administrativo sancionador demora la formulación de los cargos, la notificación de los mismos o la resolución de la sanción administrativa –incluida la resolución del recurso–, más allá de los plazos establecidos en la Ley N° 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo, pero sin alcanzar el plazo de prescripción, da origen a lo que la jurisprudencia del máximo tribunal ha denominado "el decaimiento del procedimiento administrativo"[2].

1 Profesor de Derecho Administrativo e investigador *senior* del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2 Corte Suprema, sentencias roles 7284-09, 28 de enero de 2010; 7502-09, 28 de enero de 2010; 4923-10, 16 de septiembre de 2010; 4922-10, 15 de septiembre de 2010; 5228-10, 20 de octubre de 2010.

Ha sostenido la Corte sistemáticamente que:

> **Primero**: Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles **dejó transcurrir cuatro años, dos meses y veintiocho días sin resolver los descargos formulados por la empresa reclamante**, plazo que excede todo límite de razonabilidad, contrariando diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa.
> Así, en efecto, **la tardanza inexcusable de la Superintendencia** de Electricidad y Combustibles **afectó en primer término el principio del debido proceso**, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna.
> **Cuarto**: Que lo anterior significa que no obstante que el plazo de 30 días establecido en el artículo 17 de la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el plazo de seis meses mencionado en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos **no son plazos fatales**, y que en principio su incumplimiento **sólo genera las responsabilidades administrativas** correspondientes, la vulneración abierta de los principios señalados en los considerandos anteriores ha de tener un efecto jurídico en el procedimiento administrativo.
> **Quinto**: Que el efecto jurídico aludido precedentemente, no puede ser otro que **una especie de "decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio", esto es su extinción y pérdida de eficacia**.
> El elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos, **es el tiempo excesivo transcurrido desde la evacuación oportuna de los descargos** [...][3].

Y para justificar la relación con los plazos de la invalidación, ha indicado que:

> **Sexto**: **Que en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, habrá de estarse a los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse**. De acuerdo a lo dispuesto en el **artículo 53 inciso primero** de la ley de Bases de los

3 Corte Suprema, sentencias roles 8682/09, 28 de diciembre de 2009; SCS 7284/09, 28 de enero de 2010, C. 1, 4, 5; SCS 7502/09, 28 de enero de 2010, C 1, 4; SCS 7284/09, 28 de enero de 2010, C 1, 4, 5; SCS 4923/10, 16 de septiembre de 2010, C. 1,4, 5; SCS 4922/10, 15 de septiembre de 2010, C. 1, 4, 5; SCS 5228/10, 20 de octubre de 2010, C. 2, 5, 6. (Destacado del autor).

> Procedimientos Administrativos **el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años**, y si bien la invalidación procede únicamente por razones de legalidad, y la reposición, en cambio, por razones de legalidad y de oportunidad, resulta lógico sostener que pasado el plazo de dos años la Administración no pueda reponer sus actos en que aplica sanciones, ya que de lo contrario resultaría que la autoridad administrativa, transcurrido dicho plazo, no podría invalidar, pero si podría reponer. Debe de establecerse, entonces, **que el abandono del procedimiento administrativo sancionador por parte de la Administración, sin resolver una reposición dentro de dos años de haberse presentado, produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia**.[4]

¿Era procedente aplicar la teoría del decaimiento del acto administrativo cuando el retraso se produce en un procedimiento administrativo sancionador? La respuesta a tal interrogante, en mi opinión, es negativa, pues la figura del decaimiento se aplica a un acto dictado y legítimo que, por causas ajenas a su contenido, dejará de producir efectos; por tal motivo, según mi parecer, la Corte se ha equivocado.

En esto se encuentra en juego el origen y naturaleza de la teoría del decaimiento, la naturaleza del procedimiento sancionador como procedimiento administrativo y los remedios que la ley establece por el transcurso del tiempo, todas cuestiones que exigen una interpretación sistemática que trataremos de desarrollar a continuación.

2. ¿Qué es el decaimiento del acto administrativo?

La literatura clásica ha señalado que el acto administrativo decae cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o de derecho que movieron a la Administración a emitirlo o porque se hace inutilizable. En sus efectos, el decaimiento producirá una inexistencia sobreviniente, pero solo de los efectos del acto, pues éste, a lo menos desde el punto de vista formal, continuaría vigente, aunque estéril[5].

4 Corte Suprema, sentencias roles 7284/09, 28 de enero de 2010; SCS 7502/09, 28 de enero de 2010, C 6; SCS 7284/09, 28 de enero de 2010, C 6; SCS 5228/10, 20 de octubre de 2010, C. 7; SCS 7284/09, 28 de enero de 2010, C. 6. (Destacado del autor).

5 Ver Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 1995, pp. 160-161.

La doctrina, especialmente la latinoamericana, ha seguido una explicación canónica expresada de antiguo por el profesor Uruguayo Sayagués Laso, quien sostenía que los actos administrativos pueden perder su eficacia jurídica independientemente de la voluntad de la Administración por circunstancias supervivientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para su existencia. Así las cosas, el decaimiento de un acto administrativo puede producirse en diversas circunstancias: (a) desaparición de un presupuesto de hecho indispensable para la validez del acto; (b) derogación de la regla legal en que se funda el acto, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; (c) modificación del régimen legal que constituya un impedimento para el mantenimiento del acto[6].

Este criterio ha sido ampliamente seguido en Chile, en términos casi idénticos[7].

En la literatura comparada, el decaimiento es explicado pura y simplemente en la cesación definitiva de la eficacia del acto administrativo, cuando, por ejemplo, desparece el objeto sobre el cual el acto proyecta sus efectos[8] o los supuestos fácticos que le servían de soporte[9], de manera tal que se produce la extinción del acto administrativo por razones objetivas, en la medida en que desaparece definitiva e irreversiblemente el objeto sobre el cual recae o la personalidad de su destinatario[10].

De este modo, para que sea posible la figura del decaimiento como extinción del acto administrativo o sus efectos, es necesario que se den los siguientes presupuestos:

(a) Que exista un acto administrativo esencialmente terminal, pues lo que trata de resolver el decaimiento son los efectos que ocurren tras la dictación

6 Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Fundación Cultura Universitaria) 8ffi edición, 2002, p. 520.

7 Ver Olguín Juárez, Hugo, *Extinción de los Actos Administrativos.*, (Editorial Jurídica de Chile) 1961, pp. 267-277; Caldera Delgado, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1982, pp. 192-193; Madariaga, Mónica, *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, (Editorial Jurídica de Chile) 1993, p. 106; Boloña, Germán, *El acto administrativo*, (Lexis Nexis) 2005, p. 267; Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General* (Abeledo Perrot - Legal Publishing) 2010, p. 104.

8 Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, (Thomson - Civitas) 3ffi edición, 2003, pp. 133-134.

9 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Thomson - Civitas) décimo tercera edición, 2006, p. 592.

10 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, (Iustel) 2004, p. 155; Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo*, (Tecnos) 2005, p. 538.

de un acto que produce efectos ininterrumpidos o permanentes[11];

(b) Que concurra una circunstancia sobreviniente[12], que puede ser de tres tipos:

(i) de carácter fáctico que afecta la existencia del supuesto de hecho que habilita para la dictación del acto;

(ii) que afecte el objeto sobre el cual produce sus efectos el acto administrativo;

(iii) de carácter jurídico, es decir, una alteración sobrevenida a la regulación de los efectos del acto, sea que la derogue o que lo modifique sustantivamente.

El decaimiento se hace cargo de ilegitimidades sobrevinientes que pueden afectar la legalidad de un acto administrativo, pero, dado que en su origen éste es ajustado a derecho (porque es en ese momento en donde se deben analizar los vicios del acto)[13], el sistema legal ocupa el decaimiento para –sin cuestionar la legalidad ex post– considerar que los efectos del acto no se pueden sostener porque los presupuestos reglados del acto administrativo (supuesto de hecho, objeto y obligaciones) han desaparecido o se han alterado sustancialmente por una regulación posterior.

Así las cosas, la figura del decaimiento solo se puede presentar en la eficacia y vigencia del acto administrativo, pero no respecto de su procedimiento, pues este último solo cumple la finalidad de ser el vehículo para dictación del mismo. Los remedios establecidos por la ley en materia de procedimiento son de otro tipo, como se verá a continuación.

3. El procedimiento administrativo sancionador es un procedimiento administrativo

Todas las sentencias de la Exma. Corte Suprema sobre este asunto en 2010 se han referido a procedimientos administrativos sancionadores instruidos por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) que, en diversas

11 Caldera, Hugo, nota 7, p. 192.

12 Olguín, Hugo, nota 7, pp. 269- 272.

13 Existe amplio acuerdo en la literatura en torno a que los vicios del acto administrativo, para que tengan efectos invalidantes, deben ser coetáneos a su dictación , es decir, se debe cumplir el denominado principio de *contemporaneidad del acto y la invalidez*, lo que supone que la evaluación de la legitimidad del acto se circunscribe únicamente al momento del nacimiento o perfeccionamiento del acto, una vez que ingresa a la realidad jurídica, y no en una fase posterior. En este sentido, ver Jara Schnettler, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia* (Editorial Libromar) 2004, p. 111; Cano Campos, Tomás, *La Invalidación sobrevenida de los actos administrativos* (Thomson-Civitas) 2004, p. 71.

etapas del procedimiento, ha demorado la dictación de actos trámite. Por tal motivo, es necesario realizar algunas precisiones sobre el ejercicio de los poderes sancionadores en manos de la Administración.

Los casos presentados ante la Corte buscaban resolver un genuino problema de política pública en la Administración: lo intolerable que resulta para un administrado estar sujeto indefinidamente en el tiempo a la ausencia de resolución de un procedimiento administrativo que le puede imponer un acto de gravamen como la sanción. En mi opinión, aun compartiendo la inquietud que le da origen, la solución de la Corte es equivocada.

En efecto, más allá de cierta vertiente doctrinal que pretende negar el ejercicio de las potestades administrativas sancionadoras en la Administración[14-15], existe consenso en que el derecho administrativo sancionador constituye una dimensión esencial del proceso de ejecución y aplicación de la ley, particularmente de su cumplimiento efectivo en la realidad. Las leyes y reglamentos tienen la pretensión de modificar la realidad social, encauzando la conducta privada conforme a los estándares previstos en las normas jurídicas adoptadas. Aunque resulte obvio señalarlo, las leyes y reglamentos se dictan para ser aplicados. Esta pretensión se vería completamente frustrada si la autoridad administrativa no contara con la capacidad de imponer sanciones directas a los ciudadanos (esto es, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia)[16].

Sin embargo, para que dicha potestad sancionatoria pueda ser ejercida, es necesario que sea el resultado de "procedimientos justos y racionales" en

14 En lo que sigue expongo ideas que he compartido y trabajado en conjunto con el profesor Santiago Montt.

15 Ver Alcalde Rodríguez, Enrique, "Relaciones entre la pena administrativa y la sanción penal", en Revista de *Derecho Administrativo Económico*, 14, (2005, p. 29 (quien califica la facultad administrativa de imponer sanciones como "en sí misma discutible"), Soto Kloss, Eduardo, "Sanciones Administrativas: ¿Camino de servidumbre?", en *Gaceta Jurídica*, 296, 2005, p. 76 (quien argumenta que sancionar "es propio de un *juez*", por lo que las sanciones administrativas "*son* abiertamente inconstitucionales", id. 83), Aróstica Maldonado, Iván, "Un lustro de sanciones administrativas", en *Revista de Derecho Público*, 50, 1991, e Aróstica Maldonado, Iván, "Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 182, 1987, p. 71 (quien califica la facultad administrativa de imponer sanciones como algo "totalmente inconstitucional"). Debe notarse que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sistemáticamente en contra de esta posición académica. Ver sentencias roles 755, 766, 1184, 1203, 1205, 1221, 1223, 1229, 1233 y 1245.

16 Según Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho administrativo especial* (Civitas) 1999, p. 87, "si tal facultad [de imponer sanciones administrativas] no existiese no podría garantizarse el cumplimiento de tales obligaciones o prohibiciones". Igualmente, Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ffi ed. (Tecnos) 2005, p. 95, afirma que "*quien tiene la potestad de ordenar, de mandar y prohibir, ha de tener también la potestad de sancionar, como potestad aneja e inseparable de la anterior, dado que sin la segunda parece que la primera ha de resultar inoperante*. Este es un sentimiento firmemente asentado en la conciencia jurídica y que la experiencia abona puesto que sin sanción la orden se convierte en letra muerta". (Énfasis,as, dministrativas: ¿ce ep with participants in first pilot course, Durban, South Africa, 10 participants.nfasis en el original).

los términos exigidos por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR), entre otras garantías.

Con ello, el sistema *pre-beccariano*, en el que la Administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos, está hoy constitucionalmente proscrito[17]. En la actualidad, ocurre lo opuesto: no solo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para la imposición de sanciones administrativas, sino que en esos procedimientos rigen variadas garantías, especialmente los derechos de defensa y otros derechos formales caracterizados por su elevado nivel garantista.[18]-[19]

Así las cosas, el procedimiento administrativo sancionador corresponde a la existencia de un procedimiento administrativo, que es legalmente (Ley N° 19.880) definido como:

> Artículo 18. Definición. El procedimiento administrativo es u**na sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal**.
>
> El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización.
>
> Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de

17 Ver García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, op. cit., p. 157, quienes sostenían que "frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico [...] Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionador es un derecho represivo prebeccariano".

18 Ver Alarcón Sotomayor, Lucía, *El procedimiento administrativo y los derechos fundamentales* (Thomson Civitas) 2007, p. 29.

19 El Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol 376, considerando 30, sostuvo que el art. 19 N° 3: "[c]onsagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, **ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa**. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos".
Del mismo modo, en la sentencia Rol 389, considerando 36, afirmó que: "[N]o subsana el hecho de que antes de la aplicación de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el artículo 19, N° 3°, inciso segundo, en armonía con el inciso primero del mismo precepto de la Carta Fundamental, le reconocen. **Este derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles**". Énfasis del autor.

ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

Además, deberá llevarse un registro actualizado, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío.

De este modo, mientras no exista sanción ejecutoriada, no se ha producido el acto terminal y, por lo tanto, no hay acto administrativo sobre los cuales se estén produciendo efectos permanentes que puedan ser afectados por el decaimiento. Surge, entonces, el problema de qué sucede si, durante la tramitación de un procedimiento sancionatorio, se produce una demora o bien transcurren los plazos más allá de los establecidos en la ley sectorial o en la Ley de Procedimiento Administrativo, en el evento de que se aplique supletoriamente. Analizaremos este tema a continuación.

4. Los plazos en el procedimiento administrativo no son fatales. El remedio es el silencio administrativo

Como se ha podido apreciar en las sentencias señaladas, la tesis de la Corte Suprema es que los plazos de referencia para resolver las etapas intermedias del procedimiento sancionador son el artículo 53 de la Ley de Procedimiento, asociando el plazo que tiene la Administración para invalidar un acto administrativo a uno equivalente en virtud del cual, si no avanza el procedimiento, este debe entenderse abandonado por parte de la Administración, produciéndose "el decaimiento del procedimiento administrativo y la extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo su eficacia" [20]. La Corte ha agregado un argumento de mérito, al señalar que el plazo excesivo torna inútil la sanción, afirmando que[21]:

20 Ver Corte Suprema, sentencias roles Nro. 8692-2010, 28 de diciembre de 2009, C. 4; 7284-09, 28 de enero de 2010, C. 1, 4, 5; 7502-09, 28 de enero de 2010, C 1, 4; 7284-09, 28 de enero de 2010, C 1, 4, 5; 4923-10, 16 de septiembre de 2010, C. 1,4, 5; 4922-10, 15 de septiembre de 2010, C. 1, 4, 5; 5228/10, 20 de octubre de 2010, C. 2, 5, 6.

21 Rol N° 8692 – 2010, 28 de diciembre de 2009, C 6.

> Desde otro punto de vista, ha de considerarse que el objeto jurídico del acto administrativo, que es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, ya que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. Después de más de cuatro años sin actuación administrativa alguna, carece de eficacia la sanción, siendo inútil para el fin señalado, quedando vacía de contenido y sin fundamento jurídico que la legitime.

En mi opinión, dicho razonamiento no es correcto. En efecto, la Ley de Procedimiento Administrativo estableció un régimen jurídico ausente en nuestro país hasta 2003 y que tenía por objeto establecer la existencia de un sistema jurídico común aplicable a todos los procedimientos y actos dictados por la Administración, de manera tal que los ciudadanos dispusieran de garantías comunes frente a ella[22].

Además de dicha finalidad, la Ley de Procedimiento puso énfasis en la gestión eficiente de los procedimientos administrativos, que era la pretensión original del proyecto de ley, para lo cual estableció plazos precisos por etapa de procedimiento[23], así como remedios concretos para el retraso de los mismos, dependiendo de si los procedimientos eran instruidos a solicitud de interesado o de oficio[24].

Para el caso de los procedimientos iniciados a solicitud de interesado (por ejemplo, la solicitud de un permiso o autorización), el peso de la impulsión

22 Para la explicación de este objeto ver Luis Cordero Vega, "La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos", en VV.AA., *Acto y procedimiento administrativo*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2007, p. 61 y ss.

23 Artículo 24. El funcionario del organismo al que corresponda resolver, que reciba una solicitud, documento o expediente, deberá hacerlo llegar a la oficina correspondiente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción.
Las providencias de mero trámite deberán dictarse por quien deba hacerlo, dentro del plazo de 48 horas contado desde la recepción de la solicitud, documento o expediente.
Los informes, dictámenes u otras actuaciones similares, deberán evacuarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la petición de la diligencia.
Las decisiones definitivas deberán expedirse dentro de los 20 días siguientes, contados desde que, a petición del interesado, se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse. La prolongación injustificada de la certificación dará origen a responsabilidad administrativa.
Artículo 27. Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.

24 Ver Cordero Vega, Luis, *El Procedimiento Administrativo*, (Lexis Nexis) 2003.

del procedimiento corresponde esencialmente al interesado, sin perjuicio de las obligaciones de la Administración, para lo cual la Ley de Procedimiento reguló un apercibimiento específico denominado "abandono", que en el Derecho comparado se denomina "caducidad del procedimiento"[25].

El otro remedio que dispone la Ley de Procedimiento Administrativo es el denominado silencio administrativo. Este constituye una garantía para los ciudadanos (pues son ellos quienes deben solicitarlo) de que, si han transcurrido los plazos legales sin que la administración resuelva el procedimiento, este puede tener efectos estimatorio (positivo) o desestimatorio (negativos)[26]. En síntesis, al interior del procedimiento administrativo, el incumplimiento de los plazos por parte de la Administración se castiga con la presunción de los efectos del acto administrativo[27].

Este modelo descansa sobre la base de que los plazos no son fatales, que corresponde a la antigua doctrina que en la materia había tenido la Contralo-

25 Artículo 43. Abandono. **Cuando por la inactividad de un interesado se produzca por más de treinta días la paralización del procedimiento iniciado por él**, la Administración le advertirá que si no efectúa las diligencias de su cargo en el plazo de siete días, declarará el abandono de ese procedimiento.
Transcurrido el plazo señalado precedentemente, sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración declarará abandonado el procedimiento y ordenará su archivo, notificándoselo al interesado.
El abandono no producirá por sí solo la prescripción de las acciones del particular o de la Administración. En todo caso, los procedimientos abandonados no interrumpirán el plazo de prescripción. (Destacado del autor)

26 Artículo 64. **Silencio Positivo**. **Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento** de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas.
Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.
En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite. (Destacado del autor)
Artículo 65. **Silencio Negativo**. **Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal**. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política.
En los casos del inciso precedente, **el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro de plazo legal**. El certificado se otorgará sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan.
Artículo 66. **Efectos del silencio administrativo**. Los actos administrativos que concluyan por aplicación de las disposiciones de los artículos precedentes, **tendrán los mismos efectos que aquéllos que culminaren con una resolución expresa de la Administración**, desde la fecha de la certificación respectiva. (Destacado del autor)

27 Ver Cordero Vega, nota 24.

ría General de la República[28], y que, una vez dictada la Ley de Procedimiento Administrativo, se ha mantenido, pues los efectos tras el vencimiento de los plazos no operan automáticamente sino que requieren de impulso.

Así las cosas, al interior del procedimiento administrativo, la ley dispone de remedios específicos para la resolución del retraso en el tiempo, toda vez que no existe acto terminal ejecutoriado.

Estos remedios quedan reducidos a lo que la literatura conoce como *terminación anormal de los procedimientos*[29], que se traduce, en los casos de incumplimiento de plazos, en caducidad o abandono, y silencio administrativo.

5. ¿Por qué la Corte Suprema se equivoca?

El razonamiento de la Corte para utilizar el plazo de referencia de dos años de la Ley de Procedimiento para efectos de la invalidación también es errado pues dicho plazo solo caduca la potestad para dejar sin efectos unilateralmente el acto por razones de legalidad, pero no convalida por dicha vía el acto administrativo. La Administración, antes del plazo de prescripción, pero excedidos los dos años desde su dictación, todavía puede dejar sin efecto el acto, pero a través del juez competente[30].

En otros términos, el plazo que de verdad extingue la hipótesis de nulidad del acto será el de prescripción para el ejercicio de la acción y no el de dos años para invalidar de oficio.

De este modo, considerar que la ausencia de resolución o actividad dentro de los plazos legales de actos trámite al interior de un procedimiento administrativo sancionatorio, que no son fatales y solo acarrean responsabilidad administrativa, tiene un efecto semejante al *decaimiento* del acto administrativo es improcedente: el decaimiento procede en casos tasados específicamente, que generan una ilegitimidad jurídicamente sobreviniente al acto administrativo terminal que está produciendo sus efectos ininterrumpidos. Además, esas causales responden habitualmente a los aspectos reglados del acto original, por lo que hay decaimiento cuando se pierde el objeto, se afectan los supuestos de hecho o existen cambios normativos significativos que afectan los efectos del acto.

28 Ver Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) cuarta edición, 1992, pp. 67-68.

29 Por todos en la denominación ver González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo* (Civitas) 2002, p. 357 y sgts.

30 Jara, nota 14, y Cordero, nota 24.

Así las cosas, el procedimiento administrativo sancionatorio es ante todo un procedimiento administrativo que se instruye precisamente para la dictación de un acto terminal sujeto a los plazos que establece la ley. Dichos plazos no son fatales, de manera tal que, si existe incumplimiento de esos plazos al interior del procedimiento, operan los remedios propios de la terminación anormal del procedimiento. Es importante destacar que tanto la caducidad o abandono como en el silencio administrativo deben ser provocados, es decir, debe existir un interesado que busque expresamente tales declaraciones.

En esas condiciones, entonces, no es asimilable la situación del decaimiento en los casos de procedimientos sancionatorio instruidos, esencialmente porque: (a) es un problema que se da al interior del procedimiento administrativo sancionador, al no existir un acto administrativo terminal ejecutoriado que esté produciendo sus efectos ininterrumpidos; y (b) no se ha suscitado ninguna circunstancia sobreviniente que acarree ilegitimidad jurídica: no hay pérdida de objeto, no se han alterado los supuestos de hecho ni se han producido modificaciones legales sustantivas que afecten los efectos del acto.

De este modo, el único remedio aplicable en estos casos será el plazo que extingue el ejercicio de la potestad, que corresponderá al de prescripción. Esa es precisamente la lógica presente en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento respecto del abandono[31].

6. Las enseñanzas de este caso

La aplicación por parte de la Corte Suprema del *decaimiento del procedimiento administrativo* demuestra como los jueces resuelven casos concretos tratando de utilizar argumentos de teoría general. Aunque no comparto el razonamiento de la Corte, sí estoy de acuerdo con resolver la indeterminación de la resolución de un procedimiento sancionador por la vía de un mecanismo de extinción de la potestad sancionatoria adicional a la prescripción. En eso la decisión de la Corte es sensata y lógica, aunque utiliza una vía inadecuada.

Además, este caso demuestra cómo en la Corte se ha ido instalando un nuevo actor: el denominado *factor Pierry*. Es este Ministro, reconocido profesor de Derecho Administrativo, quien ha llevado a la Corte ha dialogar con categorías de Derecho público. Antes lo había hecho otro Ministro: Urbano Marín, a quien en su oportunidad denominé el *factor Marín*[32].

31 Ver nota 21.

32 Sobre estas categorías ver Cordero Vega, Luis, *Responsabilidad de la Administración del Estado* (Legal Publishing) 2010.

Estas consideraciones no son triviales pues ellos han cambiado la jurisprudencia de la Corte en materias como el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, la prescripción de dicha acción, la nulidad de derecho público; la legitimación de dichas acciones; la prescripción en materia de Derecho administrativo sancionador; así como el lenguaje de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En síntesis, la Corte ha decidido utilizar las categorías del procedimiento y del acto administrativo. Esa decisión y los alcances de la Ley de Procedimiento, son y serán determinantes en la jurisprudencia, especialmente de la tercera sala de nuestra Corte. La experiencia en torno a la aplicación del *decaimiento del procedimiento* señala que se trata de un cambio de ese lenguaje al que los operadores legales deberán acostumbrarse.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

KAREN ATALA VS. LA HETERONORMATIVIDAD: REFLEXIONES MÁS ALLÁ DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

Alma Beltrán y Puga [1]

Este ensayo analiza la importancia del caso "Karen Atala vs. Chile": el primer caso de discriminación por orientación sexual enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su resolución. En primer lugar, se contextualiza el caso en el debate cultural contemporáneo en Latinoamérica y en Chile sobre la diversidad sexual y los modelos tradicionales de familia. Después de abordar los hechos del caso que dieron origen a la demanda, se analizan los principales derechos humanos implicados (los derechos a la igualdad y no discriminación, privacidad, protección judicial y derechos de las niñas), comprendidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el incumplimiento del Estado chileno de sus obligaciones internacionales para respetarlos. Finalmente, se exploran los posibles desenlaces del caso: la condena o absolución por la Corte Interamericana al Estado de Chile y sus consecuencias en el ámbito interno. Asimismo, se apuntan algunas conclusiones respecto de la relevancia que este caso tiene para los derechos de las personas que se encuentran *más allá de la heteronormatividad* y sus potenciales contribuciones para fijar estándares internacionales de derechos humanas en el camino a la construcción de una jurisprudencia de género en las Américas.

1. Introducción

El 17 de septiembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o Comisión) presentó ante la Corte Interamericana

1 Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM, 2006); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (LLM, 2009). Investigadora visitante y profesora en el Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (UDP), en estudios de género y derechos humanos. La autora agradece la invitación de Javier Couso a participar en esta edición del Anuario, a Judith Schönsteiner, Verónica Undurraga y Juan Pablo González por sus comentarios al artículo, y a Lidia Casas el acercamiento de fuentes bibliográficas sobre discriminación y derecho de familia en Chile.

de Derechos Humanos (en adelante la Corte) una demanda por el caso Karen Atala e hijas, en contra del Estado de Chile, en virtud del trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la Sra. Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en la pérdida de custodia y cuidado de sus dos hijas.[2] Asimismo, la Comisión consideró que el Estado de Chile también incurrió en responsabilidad internacional por la falta de observancia del interés superior de las niñas, en virtud de los prejuicios discriminatorios que menoscabaron la protección especial de las hijas de la Sra. Atala.

El *caso Atala* es particularmente relevante ya que es la primera ocasión en que la Comisión decide un caso sobre discriminación por orientación sexual, considerando que cualquier diferencia de trato basada en la identidad sexual de una persona es "sospechosa" y está en principio prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH o Convención). El caso se inscribe en el debate internacional y nacional sobre el respeto a la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las personas lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales y *queer* (LGTBQ) como derechos humanos *vs*. la heteronormatividad defendida por los grupos políticos conservadores y la Iglesia (principalmente la católica). Este debate, que actualmente se lleva a cabo en los congresos y tribunales de las sociedades democráticas Latinoamericanas, implica reconocer que hay personas cuya orientación sexual es diversa a la heterosexual y que tienen derecho a elegir su identidad sexual y manifestarla, sin ser *sujetos de discriminación*, sino más bien por ser *sujetos de derechos*.

La discriminación es endémica en las sociedades americanas. En Latinoamerica, la influencia de la Iglesia católica, y los resabios de la colonización y de las dictaduras, han hecho particularmente difícil el desarrollo de sociedades igualitarias, plurales e incluyentes. En Chile, como en otros países de Latinoamérica, la discriminación por razones de raza, etnia, sexo, clase y orientación sexual continúa latente en el derecho, en la cultura y, como se verá, en las sentencias judiciales.

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Intermericana de Derechos contra el Estado de Chile (en adelante "Demanda de la Comisión"), Caso 12.502, Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010, párrafo 1. La autora agradece la invitación de Javier Couso a participar en esta edición del Anuario, a Judith Schönsteiner, Verónica Undurraga y Juan Pablo González por sus comentarios al artículo y a Lidia Casas el acercamiento de fuentes bibliográficas sobre discriminación y derecho de familia en Chile.

Además de visibilizar la discriminación persistente en Chile en contra de las personas con orientación sexual distinta (a la heterosexual), el caso de Karen Atala dará oportunidad a la Corte de pronunciarse por primera vez sobre si este tipo de discriminación es incompatible con la CADH y si debe ser sometida a un "escrutinio estricto" por los tribunales internacionales cuando se haga este tipo de diferenciaciones en las leyes de un país o en su aplicación por las autoridades estatales. De igual forma, puede constituir un precedente regional importante en la jurisprudencia internacional de derechos humanos respecto del reconocimiento de derechos de las personas LGTBQ a su identidad sexual como un componente esencial de su vida privada, y sin menoscabo de su vida familiar.

En su Informe de Fondo sobre el caso,[3] la Comisión concluyó que el Estado de Chile es responsable por la violación a los derechos a la igualdad y no discriminación, privacidad y vida familiar, garantías y protección judicial de la Sra. Karen Atala, así como por la falta de protección especial de las niñas, como lo exige la CADH[4], ratificada por el Estado de Chile. Por lo tanto, la Comisión recomendó al Estado reparar el daño a la Sra. Atala y adoptar las medidas para garantizar que los hechos no se repitan, incluidas medidas legislativas, políticas públicas y programas para eliminar la discriminación por orientación sexual en el ejercicio del poder público. El caso se envió posteriormente a la Corte por el incumplimiento del Estado de las recomendaciones realizadas por la CIDH en su Informe de Fondo.

Este ensayo narra el recorrido del caso desde que se presentó la demanda por la Sra. Atala y sus abogadas (en adelante las peticionarias) ante la Comisión, hasta su envío a la Corte. En primer lugar, se contextualiza el caso en el debate cultural contemoporáneo en Latinoamérica y en Chile sobre la diversidad sexual y los modelos tradicionales de familia. Después de abordar los hechos del caso que dieron origen a la demanda, se analizan los derechos humanos implicados en el caso (principalmente los derechos a la igualdad y la no discriminación, privacidad, y protección judicial) comprendidos en la CADH y el incumplimiento del Estado chileno de sus obligaciones internacionales para respetarlos. Finalmente, se exploran los posibles desenlaces del caso: la condena o absolución por la Corte Interamericana al Estado de Chile

3 Veáse, CIDH, Caso Karen Atala e hijas, Informe de Fondo No. 139/09, 18 de diciembre de 2009, citado en la Demanda de la CIDH ante la Corte, op. cit.

4 Véase artículos 11, 17, 19, 8 y 25 en relación con el 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

y sus consecuencias en el ámbito interno. Asimismo, el ensayo examina la relevancia que este caso tiene para los derechos de las personas que se encuentran *más allá de la heteronormatividad* y sus potenciales contribuciones en el desarrollo de una jurisprudencia de género en las Américas.

2. Chile y el debate cultural contemporáneo: ¿Familias heterónomas o familias diversas?

Las olas demócraticas de las últimas decádas (1980s y 1990s) no han significado solo dejar atrás las dictaduras, sino también salidas del *closet* de la heteronormatividad,[5] entendida como la tendencia de las sociedades a organizar las relaciones sociales y el diseño normativo con base en un ideal de sexualidad y reproducción heterosexual. En las sociedades heteronormativas (se identifican típicamente con aquellas que solo legitiman modelos tradicionales de familia), la heterosexualidad se constituye en la norma bajo la cual se regulan las conductas sexuales, morales y legales.[6]

La heteronormatividad solo reconoce las categorías binarias tradicionales de sexualidad (masculina/femenina) y la "complementariedad natural" de los sexos (hombre + mujer) como núcleos legítimos de familias, dignos de reconocimiento y protección estatal. En este esquema, como lo anota Juan Marco Vaggionne: "a las personas LGBTQ se les ubica en los márgenes de la definición de familia y son 'toleradas' siempre y cuando mantengan sus vínculos familiares en la invisibiliad e ilegalidad".[7]

Además de la intolerencia a la diversidad sexual, otro elemento común de este tipo de sociedades es que la sexualidad está entendida en función de su vínculo con la reproducción. Las mujeres son definidas en virtud de su capacidad de reproducción, sujetas al control masculino, y asignándoseles primordialmente roles asociados a la maternidad y al cuidado de los hijos/as. Por lo mismo, las parejas del mismo sexo se ven como la "negación de estas capacidades"[8].

El derecho, en todas sus ramas (como la civil, constitucional y penal) ha

5 Véase, Corrales, Javier y Pecheny, Mario (eds.), *The Politics of Sexuality in Latin America*, (University of Pittsburg Press) 2010.

6 Véase, Vaggione, Juan Marco, "Las familias más allá de la heteronormatividad" en Motta, Cristina y Macarena Sáez (eds.), *La Mirada de los Jueces*, Tomo 2, (Siglo del Hombre Editores) 2008, explicando cómo la concepción tradicional de familia es heteronormativa y cómo las personas LGBT se ubican al margen de la misma, cuestionando dichas concepciones tradicionales.

7 Véase, Vaggione, op.cit, p. 16.

8 Ibíd.

sido influenciado por la heteronormatividad y las categorías dicotómicas de masculino/femenino, excluyendo a la personas con orientación sexual distinta del ámbito jurídico.[9] Como lo señala Nancy Fraser, las sexualidades diversas son sexualidades *menospreciadas* por el derecho.[10] La construcción y aplicación de las normas privilegian la heterosexualidad y fomentan la homofobia, entendida como "la devaluación cultural de la homosexualidad."[11]

La heteronormatividad, en el fondo, es un esquema de dominación (moral, legal, cultural y simbólico) donde las personas y familias que se encuandran en el modelo tradicional heterosexual son privilegiadas y reconocidas por el derecho y el Estado, y las que no, son excluidas. A la heteronormatividad le incomoda la diversidad porque cuestiona la heterosexualidad como requisito indispensable para la formación de parejas y la procreación y, por ello, discrimina y margina a las personas con orientación sexual diferente.

En este sentido, la heteronormatividad pone en situaciones de riesgo a las personas que no cumplen con modelos tradicionales de familia, promoviendo la discriminación, la violencia, la exclusión, la migración forzada, la criminalización y, consecuentemente, la negación de sus derechos humanos, por el hecho de tener una orientación sexual diferente y manifestarla públicamente.

Por lo tanto, en el ámbito internacional, varias organizaciones y organismos de derechos humanos han enfatizado que la discriminación por orientación sexual es una violación a los derechos humanos comprendidos en los tratados internacionales y se han emitido declaraciones internacionales que establecen el derecho a manifestar/expresar la orientación sexual como un derecho humano, entre el ámbito de derechos sexuales protegidos.[12] La Organización de Estados Americanos (OEA) ha emitido recientemente dos resoluciones manifestando la preocupación "por los actos de violencia y las

9 Para una explicación de cómo el derecho se ha estructurado con base a dicotomías que asumen la inferioridad femenina y la superioridad masculina, adoptándose el modelo heteronormativo, ver Olsen, Frances, *El Sexo del Derecho*.

10 Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta, Reflexiones críticas desde la posición "post-socialista"*, Bogotá (Siglo del Hombre Editores) 1997.

11 Ibíd., p. 29.

12 Entre las declaraciones e iniciativas internacionales contemporáneas con impacto global destacan: los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a la Identidad Sexual y de Género ("Principios de Yogyakarta"), la Declaración de International Planned Parenthood Federation (Declaración de IPPF), la Campaña para crear una Convención sobre Derechos Sexuales y Reproductivos en América Latina y la Iniciativa de Derechos Sexuales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estas iniciativas, si bien denotan la cada vez más estrecha relación de la sexualidad y los derechos humanos, tienen cada una una aproximación diferente al tema central de la identidad sexual y el género. Para una revisión crítica de estas iniciativas, véase, International Council on Human Rights Policy, *Sexuality and Human Rights*, 2009, pp. 8-11.

violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género."[13] Asimismo, la violencia y discriminación contra las personas LGBT han sido denunciadas tanto por los movimientos feministas como por los movimientos por la diversidad sexual.[14]

En el ámbito nacional, las transiciones democráticas han abierto nuevos espacios para el diálogo sobre la diversidad cultural y la identidad sexual, cuestionando los cánones de la heteronormatividad de los antiguos regímenes autoritarios. Recientemente, gracias al fuerte impulso de los movimientos sociales que abogan por al diversidad sexual, varios países de la región han emitido legislación y políticas públicas reconociendo los derechos de las personas LGTB a la no discriminación, a contraer matrimonio y a acceder a pensiones, herencias y beneficios de salud. Entre ellos: Uruguay, Argentina, México y Colombia. En los dos últimos casos, los tribunales constitucionales han avalado el matrimonio o las familias formadas por parejas del mismo sexo.[15]

Sin embargo, los progresos en la región hacia el reconocimiento de la diversidad sexual no han sido uniformes, persistiendo la homofobia y la discriminación hacia las personas LGTB, como lo demuestran las encuestas del Barómetro de las Américas[16] y los altos índices de violencia contra las minorías sexuales en varios países documentados por la Comisión Interamericana.[17]

---

13 OEA, Resoluciones AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) y AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, Aprobadas el 3 de junio de 2008 y 4 de junio de 2009, respectivamente.

14 Vaggione, op. cit.

15 Véase, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, México, 16 de agosto de 2010; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029, 28 de enenero de 2009, Juez Rodrigo Escobar Gil.

16 Los resultados de la encuestas de opinión pública del Barómetro de las Américas indican, por ejemplo, que en la mayoría de los países de América Latina, excepto México, Brasil y Uruguay, el 60% de la población no está de acuerdo en que las personas homosexuales sean candidatos/as en elecciones políticas. Véase la encuesta realizada por la Universidad de Nashville, Tennesse, en toda América (2006-2007), citada en Corrales, Javier y Pecheny, Mario, op. cit., p. 11.

17 En los últimos años, las audiencias concedidas por la CIDH para escuchar la situación de sobre discriminación y violencia contra las personas y minorías sexuales en Latinoamérica han proliferado. Véase, CIDH, audiencias sobre Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en Haití, 141° periodo de sesiones, 25 de marzo de 2011; Discriminación contra la población transexual, transgénero y travesti en Brasil , Crímenes de odio contra miembros de la comunidad LGBTQ e impunidad en Centroamérica, Medidas punitivas y discriminación en razón de la identidad sexual en países del Caribe, 140° periodo de sesiones, 25 y 26 de octubre de 2010; Situación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en Colombia y Ausencia de regulación de uniones civiles homosexuales, 137° periodo de sesiones, 5 y 6 de noviembre de 2009. Audios disponibles en: <http://www.cidh.oas.org/prensa/publichearings/Advanced.aspx?Lang=ES>. Véa-

En Latinoamérica, la heteronormatividad ha sido el modelo clásico de familia adoptado por la ley. Varias legislaciones civiles de la región establecen que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer con fines de procreación y ayuda mutua.[18] Asimismo, la mayoría de los países del Caribe sancionan las relaciones homosexuales consensuadas entre adultos o tienen criminalizada la sodomía; Costa Rica y Nicaragua prohíben la "sodomía escandalosa."[19] En Chile, hasta 1999, la sodomía era criminalizada.[20]

La heteronormatividad ha sido defendida históricamente en Latinoamérica por la Iglesia católica y los grupos conservadores. La Iglesia se ha opuesto constantemente al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la región (a la distribución de métodos de planificación familiar, la educación sexual de las personas adolescentes, la despenalización del aborto y la regulación de la reproducción asistida).[21] En virtud de su concepción heterónoma de familia, la Iglesia también ha sido una de las principales opositoras de la legalización de los matrimonios entre las parejas del mismo sexo en Argentina, México y Colombia, argumentando que "la homosexualidad viola la ley moral natural, el designio de Dios, daña a la sociedad y perjudica la institución del matrimonio."[22]

En Chile, la Iglesia se ha opuesto a la distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia y la despenalización del aborto, inclusive cuando el embarazo es producto de una violación o por razones de salud

---

se, por ejemplo, Códigos Civiles de Guatemala (artículo 11.a), Honduras (artículo 45, respecto de la unión civil de hecho) y Nicaragua (artículo 94).

18 Véase, por ejemplo, Códigos Civiles de Guatemala (artículo 11.a); Honduras (artículo 45, respecto de la unión civil de hecho) y Nicaragua (artículo 94).

19 Véase, Ottonson, Daniel (comp.), *With the Government in Our Bedrooms, A survery on the laws over the world prohibiting consenting adult sexual same sex acts*, International Lesbian and Gay Association (ILGA) 2006, disponible en: http://typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Homosexualitaet/With_the_government_in_our_bedrooms_-_November_2006.pdf

20 El 4 de enero de 2011, el Tribunal Constitucional de Chile rechazó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal que sanciona las relaciones homosexuales sin consentimiento entre personas menores de 18 años . Sin embargo, este fallo "histórico" que consideró constitucional la legislación actual sobre la sodomía, ha sido considerado como discriminatorio por el movimiento por la diversidad sexual en Chile, ya que validó la edad de consentimiento de las relaciones homosexuales entre hombres de 18 años, mientras que para las mujeres homosexuales y parejas heterosexuales, la edad permitida es de 14 años. Véase, MOVILH, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Sodomía, disponible en: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=492&Itemid=12#estudios. La sentencia del Tribunal Constitucional puede consultarse en la misma página.

21 Véase, Lemaitre Ripoll, Julieta "Anticlericales de nuevo. La Iglesia católica como un actor político en materia de sexualidad y reproducción en América Latina", en *Derecho y Sexualidades*, (SELA) 2009.

22 Ibíd., p. 287.

de las mujeres.[23] Asimismo, en 2004, cuando se reformó el artículo 102 del Código Civil que definía el matrimonio "como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente," la Iglesia rechazó las reformas civiles que permitieron el divorcio bajo argumentos religiosos que negaban el pluralismo de modelos de familia.[24]

No obstante el fuerte peso que todavía tiene la Iglesia católica en Chile en el debate cultural y jurídico en materia de sexualidad y reproducción, en los últimos años se han producido importantes reformas legislativas en el derecho familiar en el país que denotan un avance hacia la igualdad y la democratización de las relaciones familiares. Como apunta Lidia Casas[25], si bien las reformas recientes a la ley de filiación, violencia familiar y adopción han significado mayor igualdad en las responsabilidades entre hombres y mujeres, el orden legal chileno ha legitimado un modelo heterosexual de familia. En este sentido, "esa familia parecía representar solo aquellas uniones que se dan en torno al matrimonio, las otras uniones eran irregulares. Para algunos reconocer a todos los hijos con iguales derechos que los 'legítimos', se traduciría en una desproteccion o menoscabo a la familia-matrimonio, la familia legítima." [26]

En Chile, como en otros países de Latinoamérica, el derecho también se ha visto influenciado por la heteronormatividad y continúan las resistencias jurídicas y culturales para imaginar modelos diversos de familias. En los libros de derecho constitucional, se define la familia como "el tipo de sociedad más primigenia y connantural al hombre", siendo el "conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, sometidas a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Al hablar de familia es fácil imaginar a un hombre y una

23 Véase, "Iglesia fustiga aborto terapeútico", La Nación, 13 de abril de 2009, disponible en: http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090412/pags/20090412173643.html; "Cardenal Medina: la Píldora puede causar la muerte de una persona", El Mostrador, 6 de septiembre de 2006, disponible en: http://www.emol.com/noticias/Nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=230418 "Iglesia Católica acusó decepción por entrega de anticonceptivos a menores", Cooperativa.cl, 18 de abril de 2011, disponible en: http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20060907/pags/20060907141233.html

24 Véase, "Iglesia: Hemos quedado en un desacuerdo profundo con el gobierno en el tema del divorcio", La Crónica, 18 de marzo de 2004, disponible en: http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id_cat=302&id_reg=360699

25 Véase, Casas, Lidia, "Reformas de Género en Familia", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Temas de Derecho Civil*, Año XIII, 13, 2009, donde explica la promulgación de la nueva ley.

26 Ibíd., pp. 104-105.

mujer unidos por sentimientos mutuos. Probablemente de esta unión nacerán los hijos." [27]

El caso de Karen Atala se inserta en el debate cultural de heteronormatividad vs. diversidad contemporánea, cuestionando justamente si el único modelo legítimo de familia que debe reconocer el sistema jurídico, y el chileno en particular, es el de la familia heterosexual. ¿Es legítimo que a una mujer que ha reconocido públicamente su homosexualidad se le niegue la custodia de sus tres hijas? ¿Bajo qué parámetros las autoridades judiciales de un país pueden decidir si una persona está mejor capacitada que otra para ser padre o madre? ¿Es válido que la orientación sexual de un padre o una madre se considere como elemento fundamental por los jueces en las decisiones de custodia, adopción y tutela de los niños/as? ¿Cómo operan los prejuicios y los estereotipos sobre la identidad sexual en la aplicación de la ley? ¿Qué modelo de familia privilegian?

3. Los hechos del caso

La Sra. Atala, abogada y jueza chilena, contrajo matrimonio con el Sr. López en 1993 y producto de esa unión tuvo tres hijas. En 2002 se divorciaron y la custodia de las niñas, por mutuo acuerdo de ambos, quedó a cargo de la Sra. Atala, con visitas semanales de las niñas a la casa del Sr. López. Después de su divorcio, la Sra. Atala inició una relación con una persona de su mismo sexo quien se mudó a vivir con ella y sus hijas. En 2003, el Sr. López interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica, Chile, por considerar que la Sra. Atala no se encontraba capacitada para cuidar de sus hijas por su "nueva opción de vida sexual y convivencia lésbica con otra mujer"[28], lo cual en su opinión, constituía un serio peligro emocional y físico para las niñas, incluyendo el riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual. La Sra. Atala argumentó que los alegatos hechos sobre su identidad sexual "nada tienen que ver con mi rol y función de madre"[29], debiendo quedar fuera de la litis del juicio.

El Código Civil de Chile, en el caso de separación de los padres, otorga a la madre el cuidado personal de los hijos/as y, solo para proteger los intereses de

27 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, (Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile) p. 78.

28 Véase, CIDH, Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menors de Villarica, citada en Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 41.

29 Ibíd, párrafo 42.

los niños/as (por malos tratos, descuido u otra causas calificadas), el juez deberá entregar su cuidado al padre.[30] Sin embargo, el Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional de las niñas al padre. No obstante el reconocimiento expreso de dicho juez de que no había elementos para presumir causas calificadas para inhabilitar a la Sra. Atala de la tuición de sus hijas, consideró que: "el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia."[31] El juicio de tuición recibió gran cobertura en periódicos de circulación nacional como *El Mercurio* y *La Nación*.[32]

El 13 de mayo de 2003, Karen Atala solicitó la inhibición de dicho juez para seguir conociendo del caso, considerando que su resolución estaba fundada en prejuicios discriminatorios y en un modelo de sociedad que no valora el pluralismo y la diversidad. En virtud de la inhabilitación del juez, la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Menores de Villarrica dictó sentencia en el caso, estableciendo que "la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad resposable"[33], pues no se acreditaron hechos que perjudicaran el bienestar de las niñas ni pruebas de malos tratos u otras causas de inhabilidad justificadas. Consecuentemente, el Tribunal ordenó la entrega de las niñas a la Sra. Atala el 18 de diciembre de 2003.

El 11 de noviembre de 2003, el Sr. López apeló la sentencia y argumentó que el cumplimiento de la misma implicaría "un cambio radical y violento del status quo actual de las menores"[34]. La Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia apelada, avalando las consideraciones de la Jueza de

30 Véase, artículo 225 del Código Civil de Chile que dispone: Si los padres viven separados, a la madre le toca el cuidado personal de los hijos. [...] En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres [...]."

31 Véase Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titutar del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003, citado en CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 48.

32 Véase, "Jueza lesbiana pierde custodia de sus hijas," El Mercurio, 31 de mayo de 2004, disponible en: http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=149113; "Pareja de jueza Atala anuncia demanda contra el Estado", La Nación, 8 de septiembre de 2004, disponible en: http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/site/artic/20040907/pags/20040907193323.html

33 Véase, Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltran, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003, citada en CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, Caso 12.502, Karen Atala e Hijas (Chile), 23 de julio de 2008, párrafo 17.

34 El Sr. López interpuso tanto un recurso de apelación como una orden provisional de no innovar con estos argumentos. Véase, CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, op. cit., párrafo 18.

primera instancia. Ante esto, el Sr. López interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, argumentando que los jueces habían incurrido en un grave error al otorgar la tuición a la madre ya que su decisión "de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico y en el ambiente social de las niñas."[35] Solicitó asimismo que se le concediera el cuidado provisional de sus hijas.

La Corte Suprema de Justicia falló la sentencia definitiva del caso el 31 de mayo de 2004. En un voto dividido de tres contra dos, concedió la tuición definitiva al padre. La sentencia de la Corte Suprema concluyó que:

> Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicólogico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de juicio definitivo como del cuaderno de tuición provisorio, que se ha tenido a la vista, respecto del deterioro experimentado por el entorno social, familiar y eduacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido.
> [...]
>
> Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género fémenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto del cual deben ser protegidas.[36]

La Corte estimó que las niñas se encontraban en una "situación de riesgo", situación que las ponía en un estado de vulnerabilidad en su medio social, ex-

35 Véase, CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, op. cit., párrafo 19.

36 Véase, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, citada en CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, op. cit., párrafos 20-21.

poniéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación y afectando su desarrollo personal. En consencuencia, la Corte Suprema concluyó que los jueces inferiores incurrieron en una falta grave al no apreciar "el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio." [37]

La Sra. Karen Atala y sus abogados presentaron el 24 de noviembre de 2004 una petición ante la Comisión Interamericana alegando principalmente que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la custodia de sus tres hijas, violaba sus derechos humanos a la igualdad y privacidad por fundarse en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual.[38]

4. Apelando a la justicia internacional

Karen Atala no es la primera mujer chilena que toca las puertas de la Comisión Interamericana alegando discriminación e invasión de la privacidad por el Estado. La Comisión admitió en el 2003 el caso de Sonia Arce Esparza, quien argumentó que la legislación civil de Chile era discriminatoria porque le negaba la posibilidad de administrar los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento de su marido.[39] La Comisión declaró admisible el caso por posibles violaciones a los derechos a la igualdad, vida familiar y garantías judiciales protegidos en la Convención Americana, y reiteró que "la existencia de una legislación que incluya distinciones basadas en la condición personal puede de por sí caracterizar una posible violación" [40] de dicha Convención.

Posteriormente, la Comisión recibió el caso de una mujer lesbiana denominada "X" (se guardó la identidad de la víctima a su solicitud) por abuso policial e injerencias arbitrarias en la acusación e investigación penal en virtud de su relación homosexual con la Sra. Y.[41] Ambos casos se resolvieron por acuerdos de solución amistosa,[42] por lo que la Comisión no emitió un

37 Véase, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, citada en CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 63.

38 La petición ante la CIDH alega de igual forma la violación a los derechos de Karen Atala a la integridad personal, honra y dignidad, privacidad, vida familiar y garantías judiciales, protegidos en la Convención Americana, así como la violación a los derechos de los niñas protegidos en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños. Véase, CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, op. cit.

39 CIDH, Informe No. 59/03, Sonia Arce Esparza (Chile), 10 de octubre de 2003.

40 Veáse, CIDH, Sonia Arce, op. cit. párrafo 33.

41 CIDH, Informe 81/09, Solución Amistosa X (Chile), 16 de agosto de 2009.

42 La Solución Amistosa es una de las posibles alternativas de resolución de casos ante la Comisión In-

Informe de Fondo. En el caso de "X", el Estado emitió disculpas formales a la peticionaria "por los hechos denunciados y las consecuencias que estos tuvieron en su vida e intimidad personal y familiar" y se comprometió a adoptar medidas administrativas concretas para garantizar que dichos hechos no se volvieran a repetir.[43]

El caso de Karen Atala toca de nuevo, y de forma contundente, dos temas trascendentales para los derechos de las mujeres y de las personas con orientación sexual diferente: la no discriminación y el derecho a la privacidad. En su petición a la Comisión,[44] Karen Atala argumentó que el fallo de la Suprema Corte de Justicia fue discriminatorio por haberse fundado exclusivamente en su orientación sexual, basándose en prejuicios y estereotipos estigmatizantes de la homosexualidad y no en otros elementos de inhabilidad legal para revocar la tuición de sus hijas. Asimismo, alegó que el Estado invadió injustificadamente su vida privada y familiar, ya que la Corte Suprema optó por la medida más restrictiva (la total separación de las niñas de su madre) en lugar de adoptar otras medidas proporcionales y razonables, sin tomar tampoco en cuenta el interés superior de sus hijas en contravención de los parámetros internacionales.

Por su parte, el Estado argumentó que la Comisión no tenía competencia para revisar el caso por ser una "cuarta instancia" y que la sentencia de la Corte Suprema cumplió con las normas internacionales ya que se basó en la protección del interés superior de las niñas, pues, de acuerdo con las pruebas del juicio, "el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja de su mismo sexo con quien pretendía criar a sus hijas, se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de los menores en el actual contexto de la sociedad chilena."[45] El Estado adujo, además, que, en estos casos, los derechos de las niñas prevalecen sobre los de la madre, por lo que no hubo una denegación de justicia para la Sra. Atala.

A diferencia de los casos de Sonia Arce y X, que se resolvieron por la vía de la solución amistosa, la Comisión realizó un análisis de fondo en el caso de Karen Atala, examinando si el proceso de custodia por las autoridades ju-

teramericana. Las peticionarias y el Estado realizan una negociación y firman un acuerdo "amistoso" ante la Comisión, quien da seguimiento al cumplimiento del mismo. Ver artículos 48.f, 49 y 50 de la Convención Americana, donde se establece esta figura.

43 Véase, CIDH, Solución Amistosa X, op. cit., párrafo 21.

44 Véase, CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, op. cit, párrafos. 26-28.

45 Ibíd., párrafo 35.

diciales se llevó a cabo de conformidad con los estándares internacionales en derechos humanos, respetándose los principios de igualdad y no discriminación, privacidad, vida familiar, debido proceso y protección especial de las niñas establecidos en los artículos 8.1, 11.2, 17, 19, 24 y 25, en conexión con el 1.1 y 2 de la CADH.

La relevancia del caso también subyace en que la Comisión consideró que, en los procesos de custodia, si bien es razonable que las autoridades judiciales analicen diversos factores relativos a la capacidad de la madre o del padre de ejercer la custodia de sus hijos/as para proteger el interés superior de las niñas, como, por ejemplo, la vida privada, sexual y afectiva de las personas involucradas, estos factores deben realizarse de conformidad con los parámetros internacionales. En este escenario, la orientación sexual del padre o madre no puede ser un factor decisivo para determinar la custodia de sus hijos/as. En el caso concreto, la Comisión enfatizó que "la orientación sexual de una persona, no es un criterio relevante para determinar la capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni ella constituye un riesgo para los mismos."[46]

En su Informe de Fondo, la Comisión "concluyó que el Estado de Chile violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 8(1), 11(2), 17 (1), 19, 24 y 25, en conexión con el 1(1) Convención Americana"[47], por las razones que se analizarán a continuación.

5. La discriminación por orientación sexual como "categoría sospechosa"

Históricamente, al igual que las mujeres y las personas afrodescendientes, las personas con orientación sexual diferente han sido discriminadas y objeto de persecución, utilizándose diversas razones morales, sociales, religiosas y científicas, entre otras, para justificar la exclusión social y la falta de igualdad de trato. Diversas teorías jurídicas contemporáneas sobre la igualdad, especialmente las que se han ocupado de analizar los dilemas sobre la identidad y la diferencia sexual, debaten actualmente cuáles serían las mejores formas de abordar la discriminación que ocurre "más allá de las formas deliberadas de exclusión".[48] Los grupos históricamente

46 Véase, CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 114.

47 Ibíd, párrafo 23.

48 Véase, Goldberg, Suzanne, *Discrimination by Comparison*, Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper 10-231, 2010, quien explica cómo la metodología de la comparación utlizada por el Poder Judicial en Estados Unidos no es un buen parámetro para abordar la amplia

marginados enfrentan una discriminación estructural o sistémica, profundamente arraigada en patrones, estereotipos y prejuicios en el contexto social que habitan.[49] Esta discriminación usualmente es tolerada (y refrendada) por los sistemas de justicia nacionales, por lo que los grupos marginados, como las minorías sexuales, enfrentan la discriminación no solo en sus efectos sociales, sino también estatales.

Ante esta problemática, la jurisprudencia del sistema interamericano se ha ocupado cada vez más de atender las demandas de igualdad realizadas por grupos y minorías marginadas, afectadas por patrones institucionales de discriminación y violencia.[50] La Corte Interamericana ha establecido como incompatible con la igualdad "toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos."[51] Así, el principio de igualdad y no discriminación constituye un eje fundamental de los instrumentos y del sistema interamericano.

La CADH establece tanto el derecho de igualdad ante la ley de todas las personas (artículo 24) como la obligación de los Estados de no discriminar en el ejercicio y aplicación de los derechos humanos (artículo 1.1). Particularmente, el artículo 1.1. de la Convención establece que se debe garantizar que las personas no sean discriminadas "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social."

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana, con base en *las categorías*[52] establecidas por el artículo 1.1., define la discriminación como:

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en diversos motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la reli-

gama de discriminaciones estructurales, sistémicas y por identidad en el ámbito laboral, especialmente las que se dan por razón de orientación sexual y sexo.

49 Véase, Cook Rebeca y Simone Cusack, *Estereotipos de género y perspectivas transnacionales* (Profamilia) 2010.

50 Váese, Abramovich, Víctor, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", en *Sur,* 2009, pp. 7-37.

51 Corte IDH, *Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con al Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, 1984, párrafo 55.

52 Cabe anotar que la Corte Interamericana no se ha pronunciado en ningún momento respecto de que estas "categorías" sean "sospechosas."

> gión, la opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[53]

Sin embargo, la Corte ha considerado que no todas las diferencias de trato están vedadas. Si se realizan sin contar con bases "objetivas y razonables", es decir, bajo parámetros arbitrarios, entonces constituyen discriminación.[54] El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado en el mismo sentido.[55]

Partiendo de estos principios, la Comisión estableció en el caso de Karen Atala que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación del artículo 1.1 de la CADH, incluida dentro de la frase "otra condición social".[56] Resulta relevante que, a pesar de no estar *expresamente* mencionada en los tratados internacionales de derechos humanos, la Comisión haya considerado que la orientación sexual es una "categoría sospechosa" prohibida por la Convención:

> En ese sentido, toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen o el test estricto establecido anteriormente.[57]

La doctrina de las "categorías sospechosas" sostiene que hay clasificaciones en la ley que ponen en desventaja a los grupos que históricamente han sufrido

53 Véase, Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18, 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párrafo 92. La definición de la Corte está basada también en la definición de discriminación de la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

54 Véase, Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op. cit., párrafo 84.

55 Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, "No discriminación", 37° periodo de sesiones, 1989, párrafo 13.

56 CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 91.

57 Ibíd., párrafo 95.

discriminación, exclusión social y política, que, por lo tanto, deben ser examinadas bajo un *escrutinio estricto* por los tribunales.[58] Se aplica un escrutinio estricto porque se presume que las diferenciaciones legales están creadas con base en intenciones o prejuicios discriminatorios que soslayan los intereses de ciertas minorías. Las categorías consideradas por antonomasia como "sospechosas" son la raza y el sexo. Como lo apunta John Hart Ely, el próposito de esta doctrina es identificar los casos en los que el proceso demócratico ha fracasado en proteger los derechos e intereses de las minorías desaventajadas sometiéndolas al maltrato de la mayoría.[59]

Bajo esta lupa, el principio de no discriminación significa entonces que el "gobierno no debe clasificar a las personas de forma abierta o subterfugia con base en alguna categoría prohibida."[60] Para ello se aplica un *test* cualitivo y se exige que el Estado dé argumentos, objetivos y razonables, si realiza diferencias de trato por los motivos presuntamente sospechosos. En otras palabras, el Estado tiene la carga de la prueba.

En este sentido, la Comisión estableció que los Estados deben dar "razones de mucho peso"[61] cuando realicen diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas, probando que no hubo intención de discriminar. Por lo tanto, no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo sino que a) el objetivo que se persigue debe ser importante o cumplir una necesidad social imperiosa; b) la medida debe ser idónea o existir una relación de causalidad con el objetivo perseguido, resultando estrictamente necesaria, y c) ser proporcional, según un balance de intereses.[62]

Bajo estos parámetros, la Comisión determinó que la sentencia de la Su-

58 Véase, Margaret Bichler, "Note: Suspicious Closets: Strenghtening the Claim to Suspect Classification and Same Sex Marriage Rights", en *Boston Third World Journal*, 2008.

59 Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*, (Harvard University Press) 1980, pp.152-153.

60 Balkin M., Jack y Siegel, Reva, "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?", en *Public Law & Legal Theory Research Papers*, Research Paper 34, p.2. La teoría de las clasificaciones sospechosas (o anticlasificación) fue desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos en los años 1950s con base en el texto de la Enmienda Constitutional 14 (claúsula de igualdad), en virtud de la segregación racial que experimentaba el país. Casos emblemáticos de la Suprema Corte de Justicia de los años 1950s - 1960s contienen lenguaje condenando las clasificaciones raciales. Véase, Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, Brown v. Board of Education, 347 U.S., 483 (1954), que consideró inconstitucional la segregación racial en las escuelas, argumentando que la separación de los niños por su raza era injustificada y generaba sentimientos de inferioridad en los niños de color; y Loving v. Virginia, 388 U.S. 1. (1967), sosteniendo que la prohibición estatal de matrimonios interraciales demostraba que las clasifaciones raciales eran medidas para mantener la supremacía blanca.

61 Véase, CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 88.

62 Ibíd., párrafo 89.

prema Corte de Justicia de Chile que negó la custodia de sus hijas a Karen Atala estuvo basada en su orientación sexual y no en criterios objetivos sobre su desempeño como madre, por lo que no cumplió con los requisitos del *test* impuesto por las normas internacionales. Al respecto señaló que:

> el lenguaje discriminatorio utilizado por las autoridades judiciales es una evidencia clara de que el tratamiento otorgado a la señora Karen Atala estuvo sustentado en una expresión de su orientación sexual, aspecto que como fue explicado en las secciones anteriores constituye una categoría sospechosa lo cual es incompatible con la Convención Americana y debe ser sometida a un escrutinio estricto.[63]

Los estereotipos y prejuicios sobre la identidad sexual de las personas homosexuales constituyen una fuente primigenia de la discriminación de la que son objeto. Por ello, entre las razones para aplicar un escrutinio estricto en estos casos, se han propuesto: el proceso histórico que ha construido socialmente la identidad homosexual basándola en estereotipos que devalúan su sexualidad por considerarla "desviada" o "pervertida", la inevitable influencia de dichos estereotipos en las leyes, y en la represión social que mantiene a muchas personas homosexuales en el clóset y los convierte en una minoría insular.[64]

Por lo tanto, es importante que se analice el lenguaje de las sentencias judiciales que contengan estereotipos discriminatorios y se impongan criterios rigurosos para los Estados que, tanto en la creación como en la aplicación de leyes, hagan diferencias de trato basadas en la identidad sexual.

Al imponer el *test* de escrutinio estricto a la actuación del Estado, la Comisión observó que la decisión de la Corte Suprema de Chile en el caso no fue idónea puesto que:

a) no se presentó información alguna que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala y su manifestación en su proyecto de vida constituyera un riesgo para sus hijas, ya que existió prueba de que las niñas querían continuar viviendo con su madre y el ambiente familiar era adecuado para ellas;

b) las actuaciones y decisiones de las autoridades juidiciales se basaron en prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características de un grupo

63 Ibíd, párrafo 100.

64 Véase, Margaret Bichler, op. cit.

social determinado (léase las personas homosexuales); y

c) en la pretensión del Estado de proteger el interés superior de las niñas, no existió una relación lógica de causalidad o medio justificado entre dicha finalidad y el retiro de la custodia.

Las consideraciones de la Comisión respecto de la aplicación del escrutinio estricto en el caso de Karen Atala se encuentran en sintonía con los desarrollos jurisprudenciales nacionales e internacionales que sujetan toda diferenciación con base en la orientación sexual a un *test* riguroso. En los últimos años, las Cortes Constitucionales de Colombia, Sudáfrica y México han considerado que la orientación sexual es una categoría sospechosa, aplicando un escrutinio estricto al analizar leyes que diferencian parejas heterosexuales de homosexuales o que niegan los derechos de éstas últimas.[65] Las cortes estatales estadounidenses, en años recientes, también han aplicado un examen estricto a diferenciaciones por orientación sexual.[66]

Aunque la orientación sexual no ha sido considerada expresamente como *categoría sospechosa*, la evolución de la jurisprudencia internacional de derechos humanos también ilustra un consenso en la aplicación del escrutinio estricto a los Estados cuando la distinción se basa en la orientación sexual. En sus últimas observaciones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció que la "orientación sexual" es una prohibición de discriminación ímplicita en la categoría de "cualquier otra condición social" del Pacto.[67] De igual forma, en el análisis de casos de denegación de pensiones a personas homosexuales, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que la prohibición de discriminación protegida en los tratados internacionales de derechos humanos incluye la "orientación sexual."[68]

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, en un caso de cus-

65 Veáse, Corte Constitucional de Colombia, op. cit., Suprema Corte de Justicia de México, op. cit. y Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 11/98, the National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others (1998).

66 Corte Suprema de Iowa, Katherine Varnum and Others v. Thomas Brien, 763 N.W. 2d 862 (2009) y Suprema Corte de Connecticut, Elizabeth Keerigan v. Commissioner of Public Health et Al., 289 Conn. 135 (2008).

67 Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, La No Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009).

68 Véase, Comité de Derechos Humanos, Caso Edward Young v. Australia, Comunicación No. 941/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, considerando que el Estado violó el artículo 26 del Pacto por negar la pension con base en el sexo o la orientación sexual; Caso X v. Colombia, Comunicación No1361/2005, UN Doc. CCPR/C/89/D/13261/2005, 14 de mayo de 2007, considerando que la prohibición del artículo 26 del Pacto también comprende la discriminación basada en la orientación sexual.

todia de un padre homosexual, consideró que el trato diferenciado que sufrió el peticionario por razón de su orientación sexual es un concepto cubierto por la prohibición de discriminar del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la frase "cualquier otro motivo."[69] Asimismo, concluyó que la negación de la custodia al padre fue discriminatoria por haberse realizado con base en su orientación sexual y no guardaba relación con la protección de los menores. Citando este caso, la Comisión resaltó que, a pesar del fin legítimo del Estado para proteger el interés superior de las niñas, "el actuar de las autoridades judiciales en el presente caso no fue idóneo para lograr el fin perseguido, sino que pudo causar efectos nocivos en las niñas." [70]

Cabe destacar que, a través de conceptualizar la discriminación por orientación sexual como una *categoría sospechosa*, la Comisión ha establecido criterios más rigurosos de los que la Corte Interamericana contempla en su jurisprudencia, estableciendo requisitos específicos en términos de la legitimidad, proporcionalidad y objetividad de las justificaciones estatales. Una de las desventajas de conceptualizar así este tipo de discriminación es que exige a las víctimas probar que pertenecen a grupos históricamente desaventajados y podría suponer una mayor carga de prueba en la argumentación de sus peticiones y casos ante el sistema interamericano. En casos donde encuentran violaciones al principio de no discriminación, la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos tradicionalmente aplican un test de escrutinio riguroso –equiparable al escrutinio estricto de las clasificaciones sospechosas– pero sin establecer que son categorías de esta naturaleza.

La Comisión presenta fuertes argumentos a la Corte para que declare al Estado responsable de la violación del principio de igualdad y no discriminación establecido en los artículos 24 y 1.1. de la CADH, en perjuicio de la Sra. Atala y sus hijas. Sin embargo, pareciera que el análisis que realiza la Comisión de estas violaciones está centrado más que nada en la prohibición de no discriminar del artículo 1.1. (conocida como *claúsula subordinada de igualdad*) y no en las violaciones al artículo 24 (*claúsula autónoma*). La Comisión distingue entre ambas cláusulas, aludiendo que la primera está relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria y la segunda con la obligación de crear condiciones de igualdad real entre los grupos históricamente excluidos.[71] No obstante, no se establece claramente cuáles fueron las violaciones del Estado en el segundo caso.

69 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Salgueiro de Silva Mouta v. Portugal, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párrafo 28.

70 CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 107.

71 Ibíd., párrafo 80.

6. El derecho a la privacidad y la identidad sexual

El derecho a la vida privada es un derecho fundamental relacionado con tres aspectos esenciales de la persona: sus decisiones íntimas, el desarrollo de su personalidad y su identidad, y la esfera de relaciones en su familia y su casa. Es una zona donde nadie puede entrometerse, una zona de actividad personal[72] protegida por los instrumentos internacionales de derechos humanos[73]. La jurisprudencia internacional ha señalado que la noción de privacidad incluye aspectos de la identidad física y social de la persona, tales como su orientación sexual y vida sexual, así como el derecho a manifestar libremente su identidad.[74]

Uno de los aspectos más destacables de las consideraciones de la Comisión en el caso Karen Atala es que establece la orientación como un elemento esencial del derecho a la vida privada:

> la orientación sexual es un componente fundamental de la vida privada de un individuo, debiendo estar libre de injerencias arbitrarias y abusivas estatales, a menos de que los Estados justifiquen su intervención con razones de peso y convincentes.[75]

Asimismo, la Comisión resalta el nexo que existe entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y proyecto de vida de una persona.

En tal sentido, destaca que el objetivo principal del artículo 11.2 de la CADH es "proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que interfieran en su vida privada",[76] garantizando esferas de intimidad que nadie puede invadir. como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y determinar su propia identidad, lo

72 Cabe señalar que la relación entre el derecho a la privacidad y la esfera de intervención estatal ha sido tensa. Por la dicotomía de lo público/privado que se ha asumido en casos de violencia doméstica por el derecho, la concepción de la privacidad como una zona vetada de injerencia estatal ha traído consecuencias desfavorables para los derechos de las mujeres afectadas por la violencia. Ver Hanna , Cheryl, "Behind the Castle Walls: Balancing Privacy and Secuirty in Domestic Abuse Cases", en *Thomas Jefferson Law Review*, 2009.

73 Véase CIDH, Informe No. 38/96, Caso X y Y (Argentina), 1996, párrafo 91 estableciendo que la Convención Americana protege a la persona y garantiza zonas de privacidad exentas de injerencia estatal.

74 Véase Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Pretty v. The United Kingdom, Aplicación No. 13710/88, 29 de abril de 2002, y Comité de Derechos Humanos, Caso de A.R. Coeriel y M.A.R. Aurik v. The Netherlands, Communicación No. 453/1991, 31 de octubre de 1994.

75 Véase, CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit. párrafo 111.

76 Ibíd, párrafo 110.

que incluye las decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares.

Esta interpretación de la Comisión se encuentra en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Europea que, en el ámbito de las interferencias con base a la orientación sexual, ha requerido que los Estados presenten razones convincentes y de mucho peso para intervenir.[77] A la luz de estas consideraciones, la Comisión concluyó que la interferencia del Estado en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria porque se basó "en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual, y no en una evaluación objetiva de la capacidad de ambos padres de ejercer la tuición de sus hijas."[78] Por lo tanto, el Estado vulneró el derecho a la privacidad de Karen Atala establecido en el artículo 11.2 en relación con el 1.1. de la CADH.

7. Más allá de la heteronormatividad judicial

El caso de Karen Atala demuestra cómo la heteronormatividad permea el razonamiento judicial fortaleciendo el modelo clásico de familia heterosexual en las decisiones de los tribunales. El argumento de la defensa de los menores o de la familia es usualmente utilizado por los jueces en perjuicio de las personas con orientación sexual diversa, con lo cual "las decisiones judiciales contribuyen en muy buen grado a institucionalizar el sistema cultural que construye y naturaliza la heterosexualidad como posibilidad única."[79]

Sin embargo, la Comisión dejó claro que, si bien los Estados tienen una obligación de protección especial hacia los niños y niñas de acuerdo con el principio de interés superior del niño/a establecido en el artículo 19 de la CADH, estos también deben garantizar los derechos de los cónyuges de forma *no discriminatoria* en la crianza de sus hijos después de la disolución del vínculo matrimonial, como se establece en el artículo 17.4 del mismo instrumento. Mediante el análisis conjuntos de estos derechos –que resulta novedoso– la Comisión concluyó que los Estados tienen una obligación de balancear adecuadamente las responsabilidades y los derechos respectivos (de los cónyuges). Esta obligación

77 Entre estas razones se encuentran el interés público, y fines legítimos y necesarios en las sociedades demócraticas. Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Campebel and Fell v. The United Kingdom, Resolución del 29 de abril de 2002; Caso Kamer v. Austria, Aplicación No. 40016/98, 24 de julio de 2003; E.B. v. Francia, Apliación No. 43546/02, 22 de enero de 2008.

78 Véase, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 115.

79 Véase, Vaggione, op. cit., p. 22.

fue incumplida por el Estado de Chile al fundar su decisión en prejuicios y estereotipos sobre las personas homosexuales.[80]

Asimismo, la Comisión reiteró que:

> la sentencia de tuición de la Corte Suprema de Justicia de Chile no persiguió ni resultó en proteger el interés superior de M.V. y R, al separarlas de forma arbitraria, permanente e irreparable de su madre, sin existir evidencia cierta de daños en su bienestar. El fallo asimismo, estigmatizó a las niñas por tener una madre homosexual y vivir en una familia no aceptada en el entorno social chileno, cobijando y legitimando los prejuicios y estereotipos presentados en la demanda de tuición de su padre hacia las parejas homosexuales, y los niños que se crían con dichas parejas.

Respecto de los derechos de las niñas y niños, cabe destacar la obligación de los Estados de garantizar que los niños y las niñas sean debidamente escuchados por las autoridades judiciales en casos de custodia. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, fundándose en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar que los niños expresen sus opiniones y que sean escuchados en juicio, presumiendo su capacidad para manifestar su opinión.[81] De igual forma, los niños y las niñas deben poder expresar sus opiniones libres de violencia y de presión por parte de las autoridades.

En este sentido, el Estado de Chile no garantizó los derechos de las hijas de la Sra. Atala ya que no fueron debidamente escuchadas en el proceso seguido ante la Corte Suprema de Justicia, puesto que los jueces basaron su decisión en prejuicios discriminatorios sobre la orientación sexual de la madre, pasando por alto la opinión y voluntad de las niñas que sí habían manifestado en el juicio de tuición querer permanecer con su madre. Por lo tanto, la Comisión consideró "particularmente grave"[82] y contrario a los intereses de la niñas el que no se hayan tomado en cuenta sus preferencias y necesidades por la Corte Suprema de Justicia.

---

80 Véase, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 128.

81 Véase, Comité sobre Derechos del Niño, Observación General 12, "El Derecho del Niño a ser Escuchado", 20 de julio de 2009, párrafos. 28 y 32.

82 Véase, CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit., párrafo 132.

En suma, los estándares internacionales dictan que las autoridades judiciales deben escuchar las opiniones de los niños y niñas en juicios de custodia y no fundar sus decisiones en ciertos modelos de familia o prejuicios discriminatorios sobre la identidad sexual de los cónyuges. Asimismo, los estándares internacionales dictan que, si bien el interés superior de los niños/as es un fin legítimo que deben proteger las autoridades judiciales en casos de custodia, tiene que ser valorado y balanceado con los derechos de ambos cónyuges de forma *imparcial*.

La imparcialidad judicial es un elemento fundamental para asegurar la efectividad de los procesos judiciales. El derecho a ser oído por autoridades judiciales imparciales y a contar con los recursos efectivos ante tribunales competentes son las principales garantías del debido proceso, como se establece en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH y ha refrendado la jurisprudencia de la Corte Interamericana.[83]

El caso de Karen Atala ejemplifica el nexo que existe entre la garantía de imparcialidad que debe primar en todos los procesos judiciales (artículo 8.1) y la garantía de igualdad ante la ley (artículo 24) que exige que la tutela judicial efectiva sea otorgada de manera no discriminatoria. En este sentido, los jueces de un país deben aplicar la ley con base en criterios objetivos[84] y no basándose en prejuicios o estereotipos discriminatorios sobre la orientación sexual o el sexo de las personas.

La utilización de prejuicios discriminatorios por las autoridades judiciales representa un fuerte obstáculo en el acceso a la justicia, y vulnera las garantías de debido proceso y protección judicial consagradas en la CADH, como lo consideró la Comisión en el caso de Karen Atala.[85] Como ha sido observado anteriormente por la Comisión en casos de violencia contra las mujeres, la apropiación de prejuicios discriminatorios por parte del Poder Judicial fo-

83 Véase, Corte IDH, Garantías Judicales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A. No. 9, y Caso *Caso Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de los Contensioso Administrativo") *Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 agosto de 2008. Serie C No. 182.

84 Véase, Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros*, op. cit., párrafo 56 que establece que la imparcialidad de la autoridad judicial supone que se aproxime a los hechos "de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda de que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad."

85 Véase, Demanada de la Comisión, op. cit., párrafo 149.

menta la cultura de discriminación e impunidad en la sociedad.[86] Asimismo, la Corte Interamericana ha determinado que las condiciones de subordinación se agravan cuando los estereotipos discriminatorios se reflejan, implícita o explícitamente, en las políticas y prácticas estatales, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades judiciales.[87] Por lo tanto, ha encontrado violaciones a las obligaciones de garantizar la igualdad y el acceso a la justicia de las mujeres cuando las actitudes judiciales están basadas en estereotipos de género discriminatorios.[88]

Consecuentemente, la jurisprudencia del sistema interamericano es cada vez más enfática en la obligación de los Estados de erradicar estereotipos discriminatorios basados en la identidad sexual o el género en las esferas de los poderes públicos, particularmente de las instancias de justicia. Los jueces tienen un papel fundamental en el reconocimiento de la discriminación, violencia y marginación que han vivido las personas con orientación sexual diferente. Las resoluciones que dictan pueden legitimar distintos modelos de familia y manifestaciones de la sexualidad de las sociedades democráticas actuales. En este sentido, el caso Atala representa una muy valiosa oportunidad para la Corte Interamericana de establecer criterios internacionales que ayuden a superar la heteronormatividad judicial que impera actualmente en los tribunales de familia Latinoamericanos.

8. Posibles desenlaces

Si la Corte absuelve al Estado de Chile en el presente caso, habrá dejado pasar una oportunidad significativa para examinar las prácticas de los estados relacionadas con la identidad sexual de las personas y su compatibilidad con la CADH. Sin embargo, las probabilidades de que esto ocurra son muy bajas, tomando en cuenta las tendencias jurisprudenciales, los hechos del caso y el carácter emblemático del mismo.

Por otro lado, si la Corte Interamericana, al igual que la Comisión, concluye que el Estado de Chile ha violado sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en el caso examinado, el Estado tendría la obli-

86 Véase, CIDH, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V.II. Doc. 68, 2007, que documenta cómo la falta de investigación e ineficiencia de los sistemas de justicia para procesar y sancionar los casos de violencia contra las mujeres se ve afectada por patrones socioculturales discriminatorios.

87 Véase, Corte IDH, *Caso Gónzalez* ("Campo Algodonero") *y otras vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 401.

88 Ibíd, párrafo 402.

gación de reparar dichos hechos ilícitos. De acuerdo con los principios de derecho internacional,[89] esta obligación supone que el Estado debe adoptar las medidas de reparación necesarias tanto para remediar los daños a la Sra. Atala y sus hijas, como para evitar la repetición de violaciones futuras en casos similares ("garantías de no repetición").

El artículo 63 de la CADH faculta a la Corte Interamericana para exigir que se reparen las consecuencias de la violación de derechos humanos y se otorgue una justa indemnización a las víctimas. La Corte ha entendido que la obligación de reparación de los Estados debe estar orientada a la restitución plena de los derechos humanos, es decir, al restablecimiento de la situación anterior.[90] De no ser posible, los Estados tienen el deber de implementar medidas adecuadas y efectivas para resarcir los daños producidos por dichas violaciones.

Si la Corte Interamericana encuentra al Estado responsable, es posible que ordene la implementación de medidas integrales para la reparación del daño, entre las cuales se encuentran: medidas ecónomicas compensatorias para reparar los daños materiales e inmateriales a las víctimas, el reconocimiento público de su responsabilidad internacional, investigación y sanción a la actuación de las autoridades estatales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida de Karen Atala y no protegieron debidamente a sus hijas, así como la adopción de legislación, políticas públicas y programas para garantizar que estos hechos no vuelvan a ocurrir.[91]

Cabe destacar que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculatorias para los Estados, definitivas e inapelables.[92] Aunque el cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano no se puede exigir mediante medidas coactivas por la Corte en el ámbito doméstico, la Corte dispone de un procedimiento de seguimiento de casos, cuando un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.[93] Asimismo, la Corte en su jurispru-

89 Véase, Naciones Unidas, Informe definitivo presentado por Theo Van Boven, Relator Especial para la Restitución, Compensación y Rehabilitación de las Víctimas de Graves Violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario, UN.Doc. E/CN.4/Sub2/1990/10, 26 de julio de 1990.

90 Véase, Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4.

91 La Comisión ha solicitado a la Corte que ordene al Estado la implementación de las medidas necesarias para reparar de forma integral el daño. Véase, CIDH, Demanda de la Comisión, op. cit. párrafos 162-168.

92 Véase artículo 67 de la Convención Americana.

93 Véase, artículo 65 de la Conveción Americana.

dencia ha señalado que las resoluciones deben acatarse de forma inmediata e integral.[94]

Quizá dos de las principales problemáticas para implementar la sentencia de la Corte en el caso Atala serán el amplio margen de discrecionalidad que, en la práctica, tienen los Estados para dar cumplimiento a las sentencias internacionales de derechos humanos y la falta de un procedimiento interno establecido en la legislación de Chile para la ejecución de las mismas.[95] Por lo tanto, la Corte Interamericana tendrá que dar lineamientos específicos para la implementación del fallo y establecer plazos para el cumplimiento del mismo, como lo ha hecho en sus últimas sentencias sobre casos de violencia contra las mujeres en México.[96]

En virtud de la amplia facultad de la Corte Interamericana para determinar medidas de reparación, una de las implicaciones más importantes de la sentencia en el caso Atala es que puede ordenar al Estado la adopción de legislación, políticas públicas y programas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en las esferas del poder público, incluidos los órganos de justicia, como se lo ha solicitado la Comisión.

Además de la relevancia del fallo para la reparación adecuada de discriminación que sufrió Karen Atala por su orientación sexual durante el juicio de tuición, la implementación de estas medidas por parte del Estado serán cruciales para promover la eliminación de prejuicios históricos que han marginado a las personas con orientación sexual diferente, excluyendo modelos de familia encabezados por madres o padres homosexuales. Este sería uno de los desenlaces más favorables del caso.

9. Conclusiones

Con la recepción del caso de Karen Atala, la Corte Intearmericana tiene en sus manos la posibilidad de fijar estándares interncionales a los Estados en un tema de fundamental importancia en el continente americano: la discriminación por orientación sexual. La Corte puede pronunciarse sobre la incom-

94 Véase, Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del 17 de noviembre de 1999. Serie C. No. 5, párrafo 4.g; Corte IDH Caso Penal Miguel Castro Castro. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C. No. 160, párrafo 414.

95 Véase, Santelices, Tábata y Feddersen, Mayra, "Ejecución de Sentencias Internacionales sobre Derechos Humanos en Chile", en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2010, donde analizan cómo la falta de este procedimiento ha traido demoras y falta de certeza en el cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana en el país.

96 Véase, Corte IDH, Caso Gonzáles y otras ("Campo Algodonero"), Reparaciones, op. cit.

patibilidad de las diferencias de trato y prácticas de los Estados basadas en la orientación sexual respecto de la CADH. Siguiendo las tendencias de la jurisprudencia internacional y del derecho comparado, la Corte puede determinar que la orientación sexual no es un criterio relevante en la creación y aplicación de las leyes por parte de los poderes públicos de un Estado y ponderar si es un criterio *sospechoso* de albergar discriminación contra un grupo de personas históricamente marginadas por su (homo)sexualidad, con las ventajas y desventajas que conceptualizar así esta forma de discriminación conlleva. Asimismo, la Corte puede establecer los límites de la intervención estatal en la vida privada de las personas, considerando que la identidad sexual y sus manifestaciones representan una esfera íntima protegida de las injerencias arbitrarias por la CADH.

En virtud de la oportunidad invaluable que la Corte tiene con este caso para pronunciarse sobre el contenido y alcance de los derechos a la igualdad y no discriminación comprendidos en la Convención Americana, sería lamentable que la resolución se basará en el interés superior de la infancia y los derechos de las hijas de la Sra. Atala, sin discutir a profundidad los vínculos entre los derechos humanos a la no discriminación, la identidad sexual y la vida privada en el ámbito familiar y los procesos judiciales.

Más allá de establecer si las diferencias de trato basadas en la orientación sexual por parte de los Estados son prácticas presumiblemente discriminatorias e invasivas de la privacidad de las personas (e incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos), la Corte Interamericana, con este pronunciamiento, estará fijando un criterio internacional sobre si el modelo clásico de familia heterosexual que las autoridades judiciales de los Estados suelen legitimar con su fallos debe prevalecer sobre los principios de pluralismo y tolerancia de la democracia. En otras palabras, ¿deben ser las madres homosexuales, como Karen Atala, aceptadas por las sociedades democráticas y plurales del siglo XXI? ¿O los jueces que consideran que la identidad (homo)sexual de una persona es un criterio suficiente para negar custodias actúan conforme a los parámetros internacionales de igualdad e impartición de justicia?

El debate sobre la diversidad sexual y su regulación por el Estado es cultural y jurídico, nacional e internacional. Este caso sin duda ha visibilizado y seguirá visibilizando la discriminación que viven las personas homosexuales en Chile, análoga a la de muchas personas con sexualidades diversas en toda América Latina. Si la Corte declara al Estado de Chile responsable de violacio-

nes a los derechos humanos de Karen Atala y sus hijas, además de reparar el daño particular, tendrá la oportunidad de implementar legislación y políticas públicas encaminadas a erradicar la discriminación por orientación sexual en el país. Por supuesto, esto presentará grandes desafíos para el Estado y para la sociedad chilena. El primero será pensar *más allá* de la heteronormatividad instalada en los clósets culturales y jurídicos del país.

PATRONES DE CONDUCTA EN LOS INTENTOS DE DESESTABILIZACIÓN DEMOCRÁTICA EN ECUADOR: EL LEVANTAMIENTO POLICIAL DE 2010

Jaime Baeza Freer [1] *y Miguel Ángel López Varas* [2]

El levantamiento policial de septiembre de 2010 impactó a la sociedad ecuatoriana. Este artículo sostiene que, sin embargo, ese evento forma parte de una debilidad estructural de la democracia ecuatoriana, que va más allá de este hecho puntual y es producto de un fenómeno de creciente des-institucionalización de los canales para la negociación democrática. En ese marco, la Constitución es violada por actores que buscan alternativas para-institucionales para la resolución de conflictos, incluyendo el derrocamiento constante de Presidentes democráticamente electos en las últimas dos décadas. Lo anterior se ve acentuado por un proceso de *path dependency* (sendero de dependencia), en virtud del cual una creciente incompetencia, altos niveles de corrupción y bajo nivel de agregación de preferencias en los partidos políticos generan los incentivos para que en impunidad los actores busquen juegos de doble concurrencia frente a la democracia. Este artículo aborda también la ausencia de los militares como actores políticos, incluido este caso de levantamiento policial. Es así que las Fuerzas Armadas operaron en estricta observancia del mandato constitucional de obediencia al poder civil.

1. Introducción

El intento por realizar un golpe de Estado del 30 de septiembre de 2010 su-

1 Profesor del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile. Doctor (PhD) en Ciencia Política por la Universidad de Essex, Reino Unido. Master of Arts (MA) en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.

2 Profesor del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Doctor (PhD) en Ciencia Política y Master of Arts (MA) en Política Latinoamericana, ambos por la Universidad de Essex, Reino Unido.

mió a Ecuador nuevamente en una crisis política, una más entre las que han caracterizado al proceso democrático de dicho país en las últimas décadas. Estos movimientos tienen una larga historia en Ecuador ya que, entre 1997 y 2005, tres presidentes electos –a saber: Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez– se vieron forzados a dejar sus cargos prematuramente ante las crisis políticas, las protestas sociales y las presiones del Congreso, amén del rol clave de las Fuerzas Armadas como jugadores con veto.

Esta última crisis se desencadenó luego de que un grupo de la Policía Nacional y elementos de la Fuerza Aérea capturaron el aeropuerto internacional, bloquearon calles y mantuvieron retenido al Presidente Rafael Correa en un hospital de la propia fuerza policial. El conflicto se prolongó por algunas horas hasta que el mandatario fue rescatado por el Ejército, tras una violenta escaramuza, para luego decretarse el Estado de Sitio. Se trata de una nación donde, desde 1996 y por una década, ningún Presidente electo había logrado terminar su mandato. Esta intentona golpista tiene gran importancia en el proceso de reforma interna que inició el Presidente Rafael Correa, un mandatario que no está exento de cuestionamientos por su participación en el eje bolivariano que dirige el mandatario de Venezuela, Hugo Chávez. Además, esta rebelión mayoritariamente policíaca marcó un hito en el ámbito latinoamericano por la férrea defensa a la democracia en la región.

En este artículo analizaremos el intento de golpe desde una perspectiva interna como un conflicto en una democracia en vías de fortalecimiento y con débiles mecanismos de representación, un país con fuertes movimientos sociales, pero con grupos de interés poderosos y un Ejército que aún constituye un actor político independiente. Al igual que Hugo Chávez en Venezuela y Evo Morales en Bolivia, Rafael Correa inició un proceso radical de cambio político y social basado en una democracia plebiscitaria que ha producido rechazo en diversos actores políticos. En el ámbito sudamericano, el intento de golpe recibió la condena general de los países de la región y fortaleció el rol de la Union de Naciones Sudamericanas (UNASUR) como un mecanismo de concertación política e integración regional.

En función de lo anterior, creemos que el levantamiento policial no es tan relevante por sí mismo pero que encerraría otros factores que son muy significativos en el terreno político. Los acontecimientos del año pasado son un síntoma más de un fenómeno de des-institucionalización de los canales formales para la negociación política (es decir constitucionales), un problema delicado para la democracia en la región latinoamericana.

Para explicar este fenómeno, nuestro análisis parte desde una perspectiva histórica y estructural del funcionamiento del sistema político ecuatoriano. Como premisa de investigación, sostenemos la existencia de un fenómeno de *path dependency* o sendero de dependencia. En términos simples, este fenómeno reconoce que "la historia cuenta" por lo que los eventos pasados explican la historia presente. Específicamente, implica una secuencia histórica donde ciertos eventos iniciales ponen en movimiento patrones institucionales que se reproducen a lo largo del tiempo. La crisis permanente y la tradición golpista puede lograr que los actores políticos sientan que el levantamiento fuera de la Constitución es una opción más dentro del rango de sus acciones posibles y que esto no contemple ninguna sanción.

Para entender el funcionamiento de la democracia ecuatoriana de las últimas dos décadas, y en especial tras el levantamiento policial bajo análisis, es necesario teorizar acerca de los factores permanentes que explican los incentivos para que los actores abandonen la institucionalidad, desconociendo el estado de derecho para obtener sus objetivos políticos particulares sin temor a sanciones. Buscamos entender el funcionamiento de la democracia en el país andino como nuestra variable dependiente, explicada en su funcionamiento por un set de variables causales que den cuenta de las razones que permitan explicar los levantamientos en Ecuador y las razones de por qué el último no derivó en un quiebre democrático.

El grado de éxito de una intentona golpista depende en gran parte del apoyo del Congreso, ya sea al ejecutivo o a los sublevados. También debe considerarse el grado de cohesión de las Fuerzas Armadas para apoyar o resistir intentos de golpes provenientes de sus filas o promovidos por otros actores. A diferencia de otros períodos históricos, en Ecuador se ha consolidado una tendencia a que la participación militar o policial en estos eventos sea en apoyo de fuerzas políticas, con un nulo interés en preservar para sí el poder.

Varios elementos adicionales se suman a esta ecuación: el debilitamiento de los partidos políticos desde principios de los años noventa, el personalismo de los líderes y la naturaleza plebiscitaria del gobierno del Rafael Correa. Como expondremos más abajo, el asunto va más allá del movimiento del gobierno hacia posiciones consideradas como parte de una nueva izquierda radical ligada al Presidente venezolano Hugo Chávez. En realidad, este parece ser un elemento menor, puesto que estas crisis han ocurrido históricamente en Ecuador sin importar el origen ideológico de los mandatarios.

En este sentido, nos parece más relevante destacar que los incentivos para

que los actores tomen la decisión de saltarse la Constitución e iniciar una asonada coexisten con mecanismos de representación partidaria débiles y con los bajos niveles de consolidación democrática logrados tras 17 años del fin de la última dictadura. La sucesión de golpes de Estado en la nueva democracia ecuatoriana comenzó con la caída del Presidente Bucaram en 1997. Su gobierno, caracterizado por un alto nivel de corrupción y nulo manejo político, tuvo un fin repentino sin que nadie considerase anormal terminar el mandato del Presidente por la vía del levantamiento social, político e incluso con el apoyo pasivo de los militares.

La seguidilla de golpes de estado, exitosos o frustrados, termina con el caso en estudio, ocurrido en septiembre de 2010. Aunque algunos elementos de la Fuerza Aérea participaron en un inicio de la sublevación en Quito, lo cierto es que, por primera vez, las Fuerzas Armadas defendieron el orden institucional, sofocando la sedición y reponiendo en el poder al Presidente Correa (quien, como veremos, no está exento de críticas a su estilo de gobierno, siendo en parte responsable de una situación que llegó hasta el extremo de amenazar la institucionalidad vigente).

En las próximas páginas se detalla un modelo de explicación estructural de los permanentes quebrantamientos constitucionales que en democracia ha enfrentado Ecuador. Además, se propone un análisis de las principales variables que explican por qué al país le ha costado cambiar su errático patrón de conducta y, lo que es más importante, permiten determinar si la acción del gobierno y las Fuerzas Armadas tras los acontecimientos del 30 de septiembre del 2010 representan un cambio en el patrón histórico.

2. Un modelo de explicación estructural

La *path dependency* como modelo explicativo permite entender el sentido de resistencia (*resilience*) y cambio al interior de una institución. En este sentido, Hausner, Jessop y Nielsen sostienen que los legados institucionales del pasado limitan las posibilidades que actualmente tienen los actores para la innovación en la toma de decisiones.[3] La posibilidad de cambio se ve muchas veces limitada porque los actores siguen líneas de conducta basada en lo que se ha hecho en el marco de sus reglas sociales anteriores y no para maximizar sus propios beneficios[4]. El levantamiento de la policía podría ser explicado, en

3 Hausner, Jerzy; Jessop, Bob y Nielsen, Klaus, *Strategic Choice and Path-Dependency in Post Socialism: Institutional Dynamics in the Transformation Process*, (E. Elgar Press) 1995, p. 6.

4 Thelen, Kathleen y Steinmo, Sven. "Historical Institutionalism in Comparative Politics", en Steinmo,

parte, porque siempre se ha hecho de la misma manera para reclamar una política de la autoridad competente, opción que está al margen de la normativa constitucional pero que se asume como parte del juego político.

Este modelo no presupone un determinismo metodológico en virtud del cual las acciones de los actores se reducen solamente a una repetición de las que cíclicamente vienen desde el pasado. No se se trata de una inevitabilidad. Pero es necesario destacar que los actores están mediados por los resultados de sus acciones previas. En este sentido, Pierson sostiene que existen formas de feedback positivo que hacen difícil el cambio. El autor define cuatro características distintivas que ayudan a entender como los procesos políticos se refuerzan a lo largo de la historia, a partir de las cuales se concibe la existencia del *path dependency.* [5] Estas son:

1. *Equilibrios múltiples*: bajo un set inicial de condiciones, las personas tienen un *feedback* positivo acerca de la conducta de los actores con un alto rango de posibilidades de que resulten satisfactorias.

2. *Contingencia*: el sendero de dependencia considera que pequeños eventos ocurridos en el momento exacto pueden generar consecuencias relevantes en el largo plazo.

3. *Un rol crítico para el tiempo y la secuencia en que ocurren los eventos*: un evento que ocurra muy tarde no tendrá efectos en el sendero de dependencia, pero ocurrido con el *timing* adecuado puede ser crucial para entender el proceso político en su conjunto.

4. *Inercia*: cuando el feedback positivo ha sido establecido, lo más probable es que genere un solo equilibrio posterior que en sí mismo se haga resistente al cambio.

A la luz de estas cuatro características, es posible afirmar que los actores están de alguna manera condicionados por las acciones previas y, a su vez, sus decisiones constituyen posibles legados que afectarán las decisiones que tomen otros actores en el futuro. En este contexto, la ciencia política ha analizado si lo que importan son los actores o las instituciones donde éstos se desarrollan. La revolución conductista y de la elección racional generó, a mitad del siglo XX, la idea de que los actores tomaban decisiones en el rango de todas las opciones disponibles, sin importar realmente la historia.

Sven and Thelen, Kathleen (eds.), *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, (Cambridge University Press) 1992.

5 Pierson, Paul, *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*, (Princeton University Press) 2004, p.44.

Sin ánimo de entrar en una discusión que excede este trabajo, vale la pena recordar que, para muchos, la distinción entre el estudio de las instituciones y la racionalidad de los actores resulta un poco artificial, sosteniéndose que, en la práctica, no son conceptos opuestos. Es así que Bell,[6] al estudiar el funcionamiento del Banco Central de Australia, sostiene que ya no se puede distinguir entre diferentes racionalidades y formas institucionales de análisis porque ambas se complementan al generar incentivos o desincentivos para tomar una decisión: el entorno es parte de las decisión conductual del individuo.

En esta misma línea, Thelen y Steinmo han concluido que el institucionalismo histórico no es incompatible con la idea de que un actor tome decisiones racionales o actúe estratégicamente para alcanzar sus fines, aunque es difícil creer que lo hará desconociendo la historia, que esta no jugará un rol en lo resuelto. [7]

En este contexto, podemos sostener que los diferentes sets de incentivos en el sistema democrático son construidos por actores que toman decisiones racionales, pero limitados por sus contextos históricos. Así, lo ocurrido el 30 de septiembre debe entenderse tanto desde la perspectiva de los levantados como del gobierno. En cuanto a los primeros, sus líderes sabían que los levantamientos anteriores no habían acarreado sanciones a sus responsables, quienes, por el contrario, lograban satisfacer sus pretensiones y/o, en caso de fracasar, eran perdonados y puestos en libertad al poco tiempo.

Quien al parecer siempre estuvo detrás del movimiento fue el líder populista militar y ex Presidente Lucio Gutiérrez. Su caso personal es un ejemplo que grafica lo anterior. Tras alzarse como parte del triunvirato que derrocó al Presidente Jamil Mahuad en el año 2000, fue reemplazado a última hora por el General Mendoza. Finalmente, el movimiento colapsó y se invistió con el poder a quien hasta entonces había sido el Vicepresidente constitucional, el empresario Gustavo Noboa. Gutiérrez fue tomado prisionero, pero pronto quedaría en libertad para volver a la política.

En este contexto, y siguiendo el marco teórico presentado, no cabe duda que el actuar de los policías en 2010 tuvo altos niveles de inercia, dadas las movilizaciones previas en el mismo sentido. En el caso de Gutiérrez, su accionar el año 2000 representó seis meses de prisión para, luego de tres años,

6 Bell, Stephen, "The Limits of Rational Choice: New Institutionalism in the Test Bed of Central Banking Politics in Australia", en *Political Studies*, Vol. 50, 3, 2002, p. 479.

7 Thelen, Kathleen y Steinmo, Sven, op. cit., p. 9

alcanzar la Presidencia por la vía electoral. El mismo caería dos años después por un levantamiento de la clase media con el apoyo del Congreso y el pasivo retiro de apoyo por parte de las Fuerzas Armadas.

Lo descrito anteriormente también significa que, cada vez que se realiza este acomodo, un nuevo equilibrio reestablece el funcionamiento constitucional. Sin embargo, el movimiento de los actores en la crisis de 2010 permite observar que el tiempo y secuencia no fue el adecuado, dado que el proyecto político de Correa está basado en cambios profundos al sistema y apoyo ciudadano. Es decir, no se trataba del mismo escenario que en años anteriores. Este mismo acto, en otro momento histórico, podría haber hecho colapsar el sistema constitucional. Ello explica también la reacción de las Fuerzas Armadas. En los intentos anteriores, los militares habían operado en conjunto con el Congreso Nacional como jugadores con veto, dando o quitando piso a la viabilidad política e institucional del gobierno de turno. A diferencia de los ocasiones anteriores, la nueva Asamblea Nacional cuenta con una mayoría que apoya al presidente Correa.

Desde la caída del gobierno del Presidente Bucaram, los militares no habían intervenido en defensa de quien estaba como *incumbente* en el gobierno, lo que en sí mismo representa un cambio. El levantamiento fue uno más dentro de una larga cadena de sucesos similares; lo interesante es analizar el gran cambio que representa la actitud de las Fuerzas Armadas.

Debemos agregar que, a diferencia de otras oportunidades, existe una nueva (y relativamente exitosa) institucionalidad en la región. La Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) tuvo un bautizo de fuego con este levantamiento. Los países miembros, reunidos en Buenos Aires, condenaron el hecho y ejercercieron una presión efectiva, dejando claro que el continente no toleraría este tipo de actividad. A la brevedad, la mayoría de los Presidentes y/o Cancilleres viajaron a Ecuador para solidarizar con Correa, no importando la ideología de cada Gobierno.

Resulta interesante analizar las razones que llevaron al debilitamiento de las instituciones constitucionales en Ecuador a lo largo del tiempo y, a la vez, determinar qué marcó la diferente reacción militar en el marco levantamiento policial en septiembre de 2010. Existen tres factores principales para que sigan ocurriendo las crisis: el liderazgo corrupto-populista, el debilitamiento de los partidos políticos y la presencia de los militares en la actividad política. Sin embargo, la existencia de militares dispuestos a defender la institucionalidad vigente y el rol de UNASUR, marcan una diferencia que podría en el futuro quebrar el sendero de dependencia.

3. Explicando una multiplicidad de variables independientes

El largo historial de quiebres democráticos de los últimos años explica por qué los actores políticos tienen los incentivos funcionales y estructurales para buscar opciones fuera de la Constitución para alcanzar el poder y/o otros fines. La inexistencia de *accountability* y la consiguiente impunidad se suman a esos incentivos. Además, la fragmentación de los partidos políticos, incluyendo los liderazgos personalistas sin una estructura clara de apoyos en la sociedad, han sido factores determinantes.

Desde el fin de la dictadura militar en 1979, una nueva generación de políticos, con Jaime Roldós y Osvaldo Hurtado a la cabeza, asumió el poder. La muerte del Presidente Roldós en un accidente aéreo en 1981 y el desencadenamiento de uno de los comunes conflictos fronterizos con Perú (el otro relevante y con acción militar sería en 1995), terminaron con cualquier posibilidad de un cambio real de dirección respecto a la que existía en la época castrense y de establecer un sistema de reformas progresistas. Estos hechos impidieron un posible fortalecimiento de los partidos políticos.[8]

Asimismo, los mandatarios que siguieron fueron meros repetidores de recetas externas. León Febres Cordero implantó una política de seguimiento fiel a la revolución conservadora de Reagan en Estados Unidos; el Social Demócrata Rodrigo Borja trató de acercar al país a Europa sin éxito, en un momento en que Ecuador era sometido a las presiones del consenso de Washington. El conservador Sixto Durán trataría de implementar, también sin éxito, un modelo de reforma estructural en el periodo siguiente[9]. La llegada del populista Bucaram al poder en 1996 catalizaría la progresiva destrucción de los partidos políticos .

Por lo anterior, considerando la existencia de estos senderos de dependencia y la existencia de actores racionales, lo ocurrido hasta 1996 se puede caracterizar en términos de una creciente desconfianza hacia las instituciones políticas, incluyendo el Congreso y los partidos, incapaces de generar coaliciones que den efectiva gobernabilidad a la nación. Ese debilitamiento institucional llegó, durante los dos años de la presidencia de Bucaram, al límite de lo absurdo, con incrementos increíbles en el costo de la vida, creciente corrupción y abandono de las demandas de los pueblos indígenas, quienes se constituyeron en una clave para su caída en 1997. Esto llevó a un gobierno in-

8 Dent, David, "The Fragility of Dependent Democracy" en Wiarda, Howard y Kline, Harvey (eds.), *Latin American Politics and Development*, (Westview Press) 2000, p. 354.

9 Ibíd., pp. 354-355.

terino, encabezado por Fabián Alarcón, quien entregó el poder a la autoridad electa en 1998.[10]-[11] Como es costumbre, este período de transición significó una nueva Constitución, cuestión que volvería a repetir Correa años después, aunque con más éxito.

El Presidente siguiente, el social cristiano Jamil Mahuad, gobernó de espaldas a las instituciones tradicionales del país. Trató de imponer un programa de reforma rompiendo con el *path dependency* de manera abrupta, sin considerar la historia ecuatoriana. La economía no fue capaz de resistir los embates de cambio. La depreciación del Sucre y la consecuente destrucción del sistema bancario, el riesgo de hiperinflación y los problemas sociales resultantes, lo llevaron a adoptar el dólar como la moneda oficial.[12]

Como ya se ha dicho, el golpe comandado por Lucio Gutiérrez terminó con su gobierno, el que fue completado con más pena que gloria por el empresario y Vicepresidente Gustavo Noboa. Lucio Gutiérrez llegó al poder en 2003 con la ambición de proponer un cambio al modelo imperante. Sin embargo, su gobierno pronto comenzó a padecer los mismos males que buscaba erradicar. El colmo de la situación fue su oferta al corrupto ex Presidente Abdalá Bucaram, exiliado en Panamá, de volver impunemente al país. La población no lo toleró y, en lo que se ha llamado la rebelión de los forajidos, los quiteños obligaron al Presidente a dejar el poder en abril de 2005. Fue a partir del apoyo en esos grupos, además de la izquierda hasta entonces dispersa, que Correa captaría el poder.[13]

Como veremos, debemos sumar al declive de los partidos políticos la naturaleza plebiscitaria del gobierno del Presidente Correa, que haría un bypass al Congreso, con el objetivo de aprobar, como era ya habitual, una nueva Constitución. Para ganar las elecciones constituyentes, Correa no escatimó recursos para beneficiar, a través de decretos, a sectores relevantes de la sociedad.[14]

---

10 Ibíd., p. 355

11 Andrade, Pablo y North, Lisa, "Ecuador: Political Turmoil, Social Mobilization, and Frustrated Reform", en Knippers Black, Jan, *Latin America: Its Problems and its Promise*, (Westview Press) 2005, pp. 429-430.

12 Ibíd., p. 434.

13 Conaghan, Catherine, "Correa's Plebiscitary Presidency", en Diamond, Larry, Plattner, Marc y Abente, Diego (eds.), *Latin America's Struggle for Democracy*, (Johns Hopkins University) 2008. p. 206.

14 Ibíd., p. 208

Por lo tanto, la administración de Correa no ha significado un fortalecimiento de la democracia. La nueva carta fundamental cuenta con la aceptación de todos, pero no con una mayor legitimidad que las anteriores. Sin embargo, pese a que el gobierno repetiría muchos de los fenómenos asociados a las anteriores administraciones, cabe señalar que se trata de un proyecto nuevo con al menos dos elementos dignos de destacar. Primero, el actor político que se ha mantenido siempre como jugador con veto, las Fuerzas Armadas, se ha mantenido al margen. Resulta increíble que la historia los coloque en un lugar de árbitro, parecido al que O`Donnell[15] les otorgaba en Argentina en el juego imposible previo a los regímenes militares, en virtud del cual decidían quien gobernaba (un juego en que los peronistas no tenían derecho a ganar).

En 2010, a diferencia de otras ocasiones, los militares se volcaron en favor del gobierno constitucional establecido. Además, la nueva institucionalidad sudamericana demostró su fuerza para impedir este tipo de actividades. Tampoco es posible olvidar el apoyo popular del Presidente, que sigue ahí, aunque con porcentajes cambiantes que no son objeto de este estudio. De acuerdo a lo expuesto, resulta necesario profundizar en varios de estos aspectos con más detalle.

3.1. Debilitamiento del sistema de partidos políticos

Considerando el relato previo, todos los Presidentes hasta la llegada de Correa pecaron de no leer los signos de los tiempos y lo que el electorado efectivamente quería. En cuanto a su capacidad de generar gobernabilidad, tampoco podían ejercer liderazgos ciertos sobre el Congreso, pues siempre el gobierno se encontraba en minoría. El Poder Legislativo nunca había ofrecido integración a la población en la toma de decisiones, aunque sí había estado involucrado en la caída de gobernantes.

En este marco, la llegada al poder de Rafael Correa en Ecuador tiene similitudes con los casos de Venezuela y Bolivia, países que también sufrieron intentos golpistas en los años precedentes. Al igual que en esos países, la asunción en el poder por parte de líderes revolucionarios ajenos a los partidos políticos se explica en parte por la debilidad del mecanismo de representación por excelencia en las democracias: el sistema de partidos. Además de legitimar un sistema democrático, los

15 O'Donnell, Guillermo, *Modernization and Bureaucratic Authoritarianism: Studies in South American Politics*, (University of California Press) segunda edición, 1979.

partidos canalizan y armonizan los intereses y las demandas de los ciudadanos; representan, socializan y movilizan a los ciudadanos; y crean cultura política.[16]-[17]-[18]

Para cumplir adecuadamente con esas funciones los partidos requieren de un grado de institucionalización adecuado. La institucionalización es el proceso por el cual las organizaciones y los procedimientos adquieren valor y estabilidad[19], y los actores políticos adquieren expectativas claras y estables sobre la conducta de los otros actores.[20]

Un sistema de partidos estable es aquel en que las colectividades perduran en el tiempo y con un apoyo electoral en las urnas que se mantiene relativamente constante. La ausencia de un sistema de partidos estable con partidos ideológicos y votantes leales es una característica ampliamente reconocida por la literatura sobre Ecuador.[21]-[22]-[23] El sistema electoral favorece el multipartidismo y genera pocos incentivos para formar coaliciones, por lo que son habituales las candidaturas independientes.

La forma tradicional para medir estabilidad en el sistema de partidos es el cálculo de la volatilidad electoral [24], que se obtiene sumando el cambio neto del porcentaje de votos para cada partido de una elección a la siguiente y dividiendo por dos. La volatilidad electoral en Ecuador alcanza en promedio el 32.5%, una de las más altas de la región, solo por debajo de Perú y Guatemala. [25]

Los altos niveles de volatilidad muestran que los electores cambian con frecuencia sus intenciones de voto y que no existe estabilidad en el apoyo

16 Sartori, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, (Alianza Editorial) 1981.

17 Panebianco, Angelo, *Political Parties: Organization and Power*, (Cambridge University Press)1988.

18 Ware, Alan, *Political Parties and Party Systems*, (Oxford University Press) 1995.

19 Huntington, Samuel, *Political Order in Changing Societies*, (Yale University Press) 1968, p. 12.

20 Mainwaring, Scott, R*ethinking Party Systems in the Third Wave of Democratization: The Case of Brazil*, (Stanford University Press) 1999, p. 25.

21 Freidenberg, Flavia. "Izquierda vs. derecha. Polarización ideológica y competencia política en el sistema de partidos ecuatoriano", en *Política y Gobierno*. Vol. XIII (2), (CIDE México) 2006, pp. 237-278.

22 Pachano, Simón, "Partidos y sistema de partidos en el Ecuador", en Roncagliolo, Rafael y Meléndez, Carlos, *La política por dentro: Cambios y continuidades en las organizaciones políticas de los países andinos*, (Internacional IDEA-Transparencia Lima) 2007, pp. 161-211.

23 Basabe-Serrano, Santiago, Pachano, Simón y Mejía, Andrés, "La democracia inconclusa: Derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30, 1, (Instituto de Ciencia Política UC) 2010, pp. 65-85.

24 Pedersen, Morgan, "The Dynamics of European Party Systems: Changing Patterns of Electoral Volatility", en *European Journal of Political Research*, 7, 1979, pp. 1-26.

25 Payne, Mark, Zobatto, Daniel. y Mateo, Mercedes, *La Política importa: Democracia y desarrollo en América Latina*, (BID-International IDEA) 2006, p. 171

a un partido determinado. Este fenómeno se hace más agudo en el caso de los candidatos presidenciales, donde la volatilidad es más alta y supera el 46%, reflejando un apoyo centrado más en la persona que en el partido que representa. La fragilidad partidaria también se evidencia en la estabilidad de apoyos electorales en el tiempo. Por ejemplo, en las primeras elecciones post transición a la democracia, en 1979, tres partidos concentraron el 73.8% de los votos, en las elecciones de 2006, esos mismos grupos políticos solo lograron el 10% de los sufragios.

3.2. Correa y la democracia plesbiscitaria: El enésimo cambio constitucional

El fenómeno Correa es resultado de la débil institucionalidad política y las constantes crisis. El Primer Mandatario emergió como la cabeza de una nueva fuerza política llamada en la actualidad Alianza País, que llegó al poder bajo las banderas de la democracia, el nacionalismo y la justicia social. Frente a un legislativo opositor, Correa usó un plebiscito para llamar a elecciones para la conformación de una Asamblea Constituyente que redactaría una nueva constitución y reemplazaría al antiguo Congreso. En las elecciones, el partido del Presidente obtuvo 80 de 130 escaños, logrando una amplia mayoría para su proceso de reformas. La nueva Constitución fue sometida a un nuevo plebiscito y aprobada el 28 de septiembre de 2008. La nueva Carta Fundamental adelantó los comicios y Correa fue reelecto Presidente el 26 de abril de 2009.

Al igual que Chávez en Venezuela y Morales en Bolivia, Correa usó su carisma y un lenguaje de *todo o nada* para iniciar su proceso de reformas, adoptando una postura anti-neoliberal y de izquierda. Tal como los mandatarios mencionados, Correa usó los plebiscitos desde que asumió como Jefe de Estado, sabiendo que el cargo no era más que "*el preludio de una lucha más profunda por el poder político; una que implicaría la confrontación con rivales tanto de dentro del Estado como de la sociedad en general*".[26]

La autora en comento llama a la presidencia de Correa una democracia plebiscitaria, dado que realizó llamados directos a la opinión pública vía plebiscitos, dada su alta popularidad, para conseguir apoyo a sus reformas y superar la oposición del Congreso. Con la aprobación de la ciudadanía cerró el Congreso y creó una nueva Asamblea Nacional que lo favorece y una nueva Constitución que le otorgó a la presidencia amplios poderes.

26 Conaghan, Catherine, op. cit., p. 113.

Sin duda las políticas de Correa han favorecido a los más desposeídos, a los movimientos sociales y los grupos indígenas. Para financiar su amplia política social, aumentó los impuestos a las empresas petroleras extranjeras e incrementó las regulaciones al sistema bancario. Además, en un país acostumbrado a los poderes regionales y locales, entró en conflicto con el poderoso alcalde de Guayaquil, Jaime Nebot. También, al igual que Chávez en Venezuela, confrontó a los medios de comunicación masiva.

El Presidente Correa ha logrado un cambio fundamental en la política y en la estructura de poder ecuatoriano, que será difícil de erradicar totalmente en el futuro. Sin embargo, la pregunta sigue estando abierta: ¿este cambio logrará asentar la democracia ecuatoriana y fortalecer las instituciones democráticas o solo es una estrategia de un Presidente populista para mantenerse en el poder?

Para contestar esta pregunta, cabe hacer notar que las instituciones han seguido funcionando, lo que no habría sido posible sin la venia de los militares. Por eso resulta necesario no olvidar las complejas relaciones cívico-militares que han existido desde el fin de las dictaduras y, en especial, desde que las Fuerzas Armadas volvieron a involucrarse durante los años 1990s en el terreno político, ya sea en un rol activo o pasivo, ungidos como verdaderos jugadores con veto.

3.3 El poder militar y las relaciones cívico-militares

Antes de la tercera ola democrática[27] y en medio de un período de regímenes autoritarios en la región, se acuñó la idea de un juego de doble concurrencia (*dual currency game*). El concepto –obra de Eldon Kenworthy[28], profesor de la Universidad de Cornell– señalaba que los actores políticos tenían dos vías para alcanzar el poder: se jugaban primero por ocupar la vía electoral y, en caso de fallar, utilizarían otros medios no democráticos para alcanzar el poder.

Este fue el caso en muchos países durante el auge de los períodos autoritarios, donde los militares u otros en dicha línea de acción tomaron el poder para no devolverlo, considerándose como actores permanentes del sistema político. En esa dirección de pensamiento, la actividad política de los milita-

27 Huntington, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*, (The University of Oklahoma Press) 1991.

28 Kenworthy, Eldon, "Coalitions in the Political Development of Latin America", en Grennings, Sven (editor), *The study of Coalition Behaviour: Theoretical Perspectives and Cases from Four Continents*, (Holt, Rinehart and Winston) 1970.

res (y, para estos efectos, de las policías militarizadas) se vio reforzada en las Escuelas y Academias de Guerra que enseñaron la necesidad de que los militares estuvieran involucrados en todas las actividades profesionales, lo que, por cierto, incluía la política con el fin de salvar al estado-nación del marxismo internacionalista, en lo que Stepan definió como nuevo profesionalismo.[29] Esta idea fue esencial durante el inicio de la Doctrina de Seguridad Nacional en los años sesenta.

Mucho se ha avanzado en materias de relaciones cívico-militares desde ese entonces. El fin de las dictaduras militares y los procesos de democratización deberían significar la preeminencia de los civiles sobre los militares, lo que significa el control total por parte de lo político. Sin embargo, dicho antecedente por si solo no basta. Tal como sostienen Bruneau y Matei,[30] existen a los menos dos características más que deben ser consideradas en las relaciones que la clase política civil establece con el mundo militar: por una parte, el uso eficiente de las fuerza para tareas donde se les encomienda cumplir con una misión y, por otra, un uso eficaz de la infraestructura (armamento, recursos físicos y otros) que se les ha encomendado para su accionar.

Ecuador no parece cumplir ninguna de las tres reglas básicas de esta trinidad, lo que asienta la idea de una democracia aún frágil, donde los eventos como los de 2010 son una realidad factible más que en otros países de la región. Los que participaron del levantamiento no habían tenido la experiencia de que un gobierno pudiera sobrevivir la sedición, ni imaginaron que, tras el fracaso de la asonada, el gobierno pudiera hacerse más fuerte. Desde 1996, los militares habían optado por no defender al gobierno de turno, sin necesidad de salir a la calle ni disparar un solo tiro.

Asimismo, resulta relevante que, por disposición constitucional, en la mayoría de los países de la región se considera separada la función de lo estrictamente militar y vinculado a la agresión externa de otros roles constitucionales. En tal sentido, si las tareas eficaces para los que son convocados no están en el ámbito de acción que le son propios, sin duda representa un problema para su propia naturaleza de Fuerzas Armadas.

En definitiva, se les asumía *de facto* como jugadores con veto. La gran diferencia en el caso del levantamiento contra Correa fue que, pese a las dudas iniciales sobre algunos miembros de la Fuerza Aérea, las Fuerzas Armadas se

29 Stepan, Alfred, *The Military in Politics: Changing Patterns in Brazil*, (Princeton University Press) 1971.

30 Bruneau, Thomas y Matei, Florina Cristina, "Towards a New Conceptualization of Democratization and Civil-Military Relations", en *Democratization*, Vol.15, 5, 2008, pp. 909-929.

mantuvieron leales al gobierno establecido. Incluso combatieron a su nombre en el hospital de la Policía Nacional, donde los sublevados terminaron esa noche de sedición, en una balacera que se saldó con víctimas fatales. Lo anterior significa un cambio fundamental, que puede llegar a significar un quiebre en el sendero de dependencia, aunque está por probarse en futuras situaciones similares.

3.4. Institucionalidad democrática regional

Varios autores, incluyendo a Panizza,[31] han analizado las razones y manifestaciones de una ola de victorias para la izquierda y centro-izquierda en América Latina durante los últimos años. A nuestro entender, el elemento crucial para explicar el fenómeno es que se trata de regímenes altamente plebiscitarios, con la intención explícita de cambiar las disposiciones constitucionales vigentes por medio de la consulta popular. A nuestro juicio, la ideología no constituye en sí misma un punto de inflexión, ni tampoco dejará un legado institucional radicalmente diferente.

El cambio constitucional crispa la situación y frustra a quienes no se sienten representados, pero no resulta clave en la construcción de una constitución histórica basada en *path dependency* y sistemas reactivos heredados desde antes del giro ecuatoriano hacia la izquierda. Pero sí es relevante que un gobierno de la izquierda latinoamericana pueda realmente mantenerse en el poder con la leal ayuda de sus propias Fuerzas Armadas.

La reacción internacional fue determinante en bajar el interés de algunos por subvertir el orden constitucional. A la consabida reacción de los países de la órbita socialdemócrata (Brasil y Uruguay), debe agregarse los países de centro-derecha, incluyendo a Colombia y Chile. En este último caso, el Presidente chileno Sebastián Piñera viajó a Quito y ha dado permanente muestras de apoyo al mandatario ecuatoriano. Sin embargo, el Gobierno de Correa no habría podido sobrevivir sin el eje bolivariano Caracas-La Paz, más la acción de Argentina que resultó clave para quitarle todo piso a cualquier aventura golpista que Gutiérrez u otros pudieran concebir a partir de las movilizaciones producidas. Más allá de las críticas que puedan merecer los países de este eje por muchos motivos válidos, lo cierto es que en el caso ecuatoriano fueron vitales para la mantención del régimen democrático.

31 Panizza, Francisco, *Contemporary Latin America: Development and Democracy Beyond the Washington Consensus*, (Zed Books) 2009.

El intento golpista en Ecuador tuvo también un efecto internacional inesperado: el fortalecimiento de UNASUR. Si bien ya había actuado en septiembre del 2008, en el marco de un levantamiento regional boliviano, la institucionalidad del nuevo órgano sudamericano respondió al intento golpista en Ecuador de manera rápida y decidida, condenando los eventos y pidiendo el castigo a los responsables, dejando así en claro que no se tolerararían intentos extra constitucionales en la región.

Si bien la Organización de Estados Americanos (OEA) también condenó el golpe, su pronunciamiento llegó después de la reunión de emergencia de los Presidentes Sudamericanos en Buenos Aires y las posteriores visitas de Presidentes y/o Cancilleres a Ecuador, demostrando UNASUR una capacidad de respuesta rápida frente a una crisis, antes que la OEA alcanzara a invocar la carta democrática interamericana.

Lo anterior no significa una competencia con el órgano Intermericano, sino más bien una complementariedad en el accionar que puede ser interesante a futuro. El factor internacional, junto con la actuación de las Fuerzas Armadas, representan los dos elementos novedosos que podrían romper la trayectoria histórica en Ecuador, aunque ello por cierto está aún por verse de manera definitiva. Será objeto de otro trabajo analizar los márgenes de responsabilidad que caben al propio Presidente Correa en que se desencadenen los hechos. Parece poco plausible que solo se tratara de un descontento de la policía por razones salariales.

4. Conclusiones

En esta investigación se analizó desde una perspectiva institucional el levantamiento de la policía ecuatoriana en contra del gobierno constitucional del Presidente Rafael Correa producido el 30 de septiembre de 2010. Resulta evidente que el fenómeno es de más larga data que un mero problema puntual. Por el contrario, todo indica que se trata de un problema estructural de la democracia ecuatoriana, que busca de manera frecuente vías alternativas a las dispuestas por la Constitución para resolver sus diferencias políticas o conflictos entre el Presidente, el Congreso y las Fuerzas Armadas. Es así que existe un *path dependency* o sendero de dependencia entre los actores políticos que intervienen en el marco constitucional y político del país, generando los incentivos para buscar la salida extra-institucional.

No es casualidad que, desde 1997 hasta la asunción del Presidente Correa, haya transcurrido una década completa de inestabilidad institucional. Lo an-

terior responde a un set de causas descritas como variables independientes para explicar las causas últimas de por qué la Policía Nacional y la Fuerza Aérea llegaron a levantarse en contra del gobierno establecido. Hemos analizado cómo, desde el inicio de la transición a la democracia, los gobiernos se mostraron incapaces de alcanzar consensos sociales, desplegando altos niveles de corrupción y nula capacidad de institucionalizar los partidos políticos. Fue habitual que las fuerzas políticas, apenas accedían al poder, inmediatamente buscaran alterar el acuerdo básico constitucional.

En este contexto, si agregamos lo débil de las colectividades a una incapacidad generalizada para construir coaliciones en el ejecutivo y en el legislativo, y la participación de los militares como jugadores con veto en los momentos de crisis institucional, la situación de la democracia ecuatoriana se hace insostenible.

Sin embargo, los bajos niveles de indisciplina por parte de las Fuerzas Armadas, a tal punto que salieron a las calles a defender con su vida el orden democrático establecido, constituyen una novedad alentadora en la política ecuatoriana. A ello debe agregarse la actuación de la comunidad internacional, que no permitió que el conflicto escalara más allá de lo que ocurrió el propio 30 de septiembre. Es posible que, pese a los problemas estructurales antes descritos, haya luz al final del túnel.

DE LONDRES A KAMPALA: ¿HACIA UNA DEFINICIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN? [1]

Claudia Cárdenas [2]

El texto se ocupa de la particular situación del crimen de agresión, enfatizando lo acaecido en el último año. Si bien se lo menciona entre los crímenes fundamentales del derecho penal internacional sobre los que tiene competencia la Corte Penal Internacional (CPI) y el núcleo de la conducta criminal es reconocido al menos desde 1945, en el Estatuto anexo al Acuerdo de Londres, bajo la denominación de "crímenes contra la paz" –y en la sentencia de Nuremberg se lo considera "el crimen supremo"–, desde 1946 ningún tribunal penal internacional ha podido ejercer su jurisdicción sobre él, a falta de consenso sobre su definición; lo que sirvió, además, de excusa para que la creación de un tribunal penal internacional permanente se aplazara en varias décadas. De allí que, luego de un cúmulo de intentos fallidos, se califique de histórico el consenso que la Asamblea de Estados Partes de la CPI alcanzara el 11 de junio de 2010, en Kampala, Uganda, acerca de aquello que debe entenderse como un crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de jurisdicción sobre él por parte de la Corte Penal Internacional. El texto explica aquello en lo que consistiría este consenso, además de comentar y valorar diversos aspectos del texto consensuado.

1 Este trabajo cuenta con el patrocinio de FONDECYT (proyecto N° 1080060).

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (1999), Magíster (2002) y Doctora en Derecho (2005) por la Universidad Humboldt de Berlín. Autora de publicaciones principalmente en el ámbito del derecho penal internacional. Profesora del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, adscrita al programa de Doctorado de la misma Facultad.

Introducción

Desde mediados del siglo XX y, más vertiginosamente, desde la última década del siglo pasado, el derecho penal internacional ha ganado el sitial de una disciplina autónoma.

Dentro del ámbito del derecho penal internacional, material gozan de reconocimiento como "crímenes fundamentales" (*core crimes*), que caen bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (artículo 5 del Estatuto de la ECPI). Los dos primeros pueden cometerse en tiempos de guerra o de paz, mientras que los dos últimos están indisolublemente ligados al conflicto armado: los crímenes de guerra se refieren a ciertas conductas cometidas durante o con ocasión de un conflicto armado (es parte del *ius in bello*) y el crimen de agresión atañe a conductas ligadas al inicio de un conflicto armado (es parte del *ius ad bellum*), que recién alrededor de un siglo atrás comenzó a entenderse como prohibido.[3]

Entre los crímenes fundamentales contra el derecho internacional, el caso del crimen de agresión es particular. Mientras, en las últimas décadas, los demás crímenes fundamentales han sido objeto tanto de tratados internacionales, como los de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia (desde 1993), para Ruanda (desde 1994) y diversos "tribunales híbridos" (desde 2000), además, por cierto, de tribunales estatales, el crimen en comento no ha sido objeto del ejercicio de la competencia de tribunal internacional alguno desde Nuremberg. Si bien se encuentra nominalmente en el listado de crímenes bajo la competencia de la CPI –lo que confirma su carácter de crimen conforme al derecho consuetudinario[4]–, en la práctica, hasta hoy, la Corte no puede ejercer esa competencia dado que, durante las negociaciones del Estatuto, no se alcanzó –en lo que venía siendo una constante– consenso sobre una definición de aquello que habría de entenderse por crimen de agresión y las condiciones bajo las cuales la Corte podía conocerlo.

3 En las Convenciones para la Resolución Pacífica de Conflictos Internacionales (La Haya 1899 y 1907) las partes contratantes se obligan a resolver sus conflictos, en lo posible, de forma pacífica. En el Pacto de la Sociedad de las Naciones se hace hincapié en la obligación de las partes contratantes de no recurrir a la guerra, que fue confirmada en otros tratados, entre los que destacan el de Locarno y, sobre todo, por su alcance, el pacto Briand-Kellogg del 27 de agosto de 1928.

4 Ver para más referencias, Kress, Claus y von Holtzendorff, Leonie, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", en *Journal of International Criminal Justice*, 8, (Oxford University Press) 2010, p. 1182.

Se trata, entonces, de una categoría de crímenes contra el derecho internacional por la que solo se ha juzgado y condenado inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial (y no sin estrépito, si se recuerda la discusión suscitada sobre todo en los países de derecho continental)[5], respecto de cuya existencia y núcleo hay consenso desde hace ya varios años en doctrina, aunque persisten discrepancias en cuanto a sus contornos.

Luego de décadas de intentos fallidos, el 11 de junio de 2010, en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI, se alcanzó un consenso sobre la descripción de las conductas punibles como agresión y las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción por la CPI .

1. El largo camino hacia una definición del crimen de agresión

1.1. Los crímenes contra la paz en el derecho de Nuremberg

El artículo 6 a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) le otorgó competencia para castigar, como crímenes contra la paz, el

> planeamiento, preparación, [iniciación o conducción de una guerra de agresión o de una guerra en] violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes.

Con ello, la responsabilidad penal internacional individual por la conducción de una guerra de agresión fue regulada por primera –y hasta ahora única –vez en el estatuto de un tribunal internacional.

En la literatura sobre el crimen de agresión se encuentra reiteradamente una cita a la sentencia de Nuremberg que señala que iniciar una guerra de agresión es "*not only an international crime, it is the supreme crime*",[6] pues crea las condiciones para la comisión de los demás.[7] Una descripción análoga se incluyó en la Ley N° 10 de Consejo Aliado de Control de diciembre de 1945 (artí-

5 Ver al respecto Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant lo Blanch) 2005, p. 597 y ss., número marginal 1166 y ss.

6 Ver International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals in Nuremberg, Judgment, October 1 1946, p. 186, en *Judicial Decisions, International Military Tribunal* (Nuremberg), Judgment and Sentences, en *American Journal of International Law,* 41 (American Society of International Law), 1947.

7 Piénsese que, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, tanto los crímenes de guerra como los crímenes contra la humanidad eran de competencia del tribunal solo en cuanto se habían cometido en relación con el conflicto armado. Prontamente, los crímenes de lesa humanidad se emanciparon de ese requisito.

culo II párrafo 1 a)) y en los Principios de Nuremberg, confirmados por la resolución 95 (I) de la Asamblea General de Naciones Unidas (NU), de diciembre de 1946. Así, el principio IV de los Principios de Nuremberg, señala que:

> Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:
> a. Delitos contra la paz:
> i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
> ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).

El objeto de la acción es siempre una guerra, sea esta de agresión o en violación de tratados o garantían internacionales.

Hasta allí, la clase de delitos que nos ocupa venía evolucionando a la par de sus congéneres. Sin embargo, prontamente la guerra fría haría sentir sus efectos, contribuyendo decisivamente al estancamiento de su desarrollo posterior.

1.2. Infructuosos esfuerzos de definición desde 1947 y su impacto

Por décadas, los antecedentes recién reseñados fueron los únicos a los que se podía echar mano si se pretendía discutir la punibilidad de conductas como crimen de agresión y fue la falta de consenso sobre una definición la piedra de tope –o al menos fue hecha aparecer como tal– para el establecimiento de un tribunal internacional con competencia en lo penal.

En efecto, ya en 1951 existía un proyecto de estatuto de tribunal penal internacional. En 1952 la idea de la creación de una jurisdicción penal internacional fue considerada tanto posible como deseable por la Asamblea General de NU;[8] al año siguiente, se entregó una versión revisada del proyecto de 1951. Con todo, en diciembre de 1954, la Asamblea General decidió suspender la discusión sobre un tribunal penal internacional hasta conocer el informe del Grupo de Trabajo para la Definición de la Agresión y el proyecto de Código sobre crímenes contra la paz y la seguridad e la humanidad (resoluciones 897

8 Ver la resolución 299(VI) y al, respecto, Graven, Jean en Stone, Julius y Woetzel, Robert Kurt (eds.), *Toward a Feasible International Criminal Court* (World Peace through Law Center) 1970, pp. 168, 170 y ss.

(IX) y 898 (IX)). En diciembre de 1957, la discusión sobre el ya mencionado proyecto de Código se postergó hasta que la Asamblea General se ocupara nuevamente de la cuestión de la definición de la agresión (resolución 1186 (XII), lo que no ocurrió hasta 1974 mediante la resolución 3314 (XXIX).[9]

La discusión sobre un tribunal penal internacional permanente se reanudaría solo décadas más tarde, dando a la luz los proyectos de 1993 y 1994 de la Comisión de Derecho Internacional de NU que, sin prever una definición del crimen de agresión, señaló que, en todo caso, como requisito previo a que el tribunal pudiera conocer de hechos relacionados con actos de agresión, el Consejo de Seguridad debía haber determinado que los había.[10]

Paralelamente discurría la discusión, por la misma Comisión, del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que se ocupaba, entre otros, del crimen de agresión. De este proyecto, que tuvo varias versiones, citamos la última, de 1996, cuyo artículo 16 establecía que:

> El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión.

Se conserva, en definitiva, una descripción que resulta criticable por cuanto no explica cuándo ha de entenderse que una guerra es "de agresión", está circunscrita en cuanto al sujeto activo (dirigente u organizador de la guerra) y en cuanto al objeto de la acción –solamente la mentada guerra de agresión– y no se especifica lo que se entiende con aquello.

1.3. El Estatuto de la CPI y los esfuerzos de definición dentro de su institucionalidad

Al final de la década de los 90, una serie de factores se conjugaron para que el estatuto de un tribunal internacional permanente con competencia penal

9 Del 14 de diciembre de 1974, que se titula "Definición de la agresión", pero que es también conocida como la 'no-definición'. Ver Von Hebel, Hermann, "An International Criminal Court, An Historical Perspective", en von Hebel, Hermann, Lammers, Johan G. y Schukking, Jolien (eds.), *Reflections on the International Criminal Court* (TMC Asser Press) 1999, p. 26; Ahlbrecht, Haiko, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert* (Nomos) 1999, p. 193 y ss.

10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, 1993 (A/46/10) y Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones, (A/49/355).

denominado CPI viera la luz, en forma de tratado internacional, a pesar de la aún persistente falta de consenso sobre el crimen de agresión.

En su acta final, la Conferencia de Roma encomendó a la Comisión Preparatoria –que luego de la entrada en vigor del Estatuto (2002) fuera reemplazada por un denominado Grupo de Trabajo Especial[11]– la elaboración de una propuesta que habría de ser discutida en la Conferencia de Revisión, tanto sobre la descripción de las conductas constitutivas del crimen de agresión como las condiciones bajo las cuales la CPI ejercerá su competencia sobre él.

El único mandato que contiene el Estatuto al respecto es uno que podría considerarse superfluo.[12] Se señala allí que la disposición que defina el crimen y enuncie las condiciones en las cuales la Corte ejercerá competencia "será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas" (artículo 5 párrafo 2 del Estatuto de la CPI). Este punto había cobrado importancia desde la creación de NU y su institucionalidad en resguardo de la paz y seguridad internacionales. Conforme a la Carta de NU, su Consejo de Seguridad es el principal órgano llamado a velar por la paz y seguridad internacionales (artículo 24), siendo además el órgano competente para determinar cuándo existe un acto de agresión (artículo 39). Si bien esta facultad se refiere a los "actos de agresión" (que generan responsabilidad del Estado) y no al "crimen de agresión" (que genera responsabilidad penal individual), los Estados se dividían entre aquellos que estimaban que el Fiscal de la Corte solamente debería tener la facultad de imputar un crimen de agresión respecto de situaciones en las que el Consejo de Seguridad hubiere declarado la existencia de actos de agresión y aquellos que estimaban que se condecía de mejor manera con el carácter independiente de la Corte que fuera ella quien estime si existía o no el crimen y sus elementos, con prescindencia de la decisión de un órgano político como el Consejo de Seguridad de NU.

Uno de los puntos a discutir durante la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI, que se llevó a cabo en Kampala (Uganda), entre fines de mayo y comienzos de junio de 2010[13], y sobre el cual finalmente se alcanzó un consenso, fue el crimen de agresión.

La larga serie de desencuentros que precedió a este consenso hace que la

11 Ver al respecto Solera, Oscar, *Defining the Crime of Aggression*, (Cameron) 2007, p. 374 y ss.

12 Reisinger, Astrid, "Defining the Crime of Aggression", en Stahn, Carsten y Van den Herik, Larissa (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, (T.M.C. Asser Press) 2010, p. 427.

13 En particular sobre esa conferencia, y la discusión sobre el crimen de agresión, ver Kress, Claus y von Holtzendorff, Leonie, op. cit., p. 1201 y ss.

aprobación de la enmienda en la Conferencia de Revisión haya sido calificada como "histórica"[14], aunque, como veremos, no tiene efectos prácticos inmediatos.

2. El consenso alcanzado respecto del crimen de agresión

En la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI se aprobaron varias resoluciones. Entre ellas, fue aprobada por consenso la RC/Res.6,[15] que se refiere al crimen de agresión, donde se proponen enmiendas al Estatuto y a los Elementos de los Crímenes.[16] Se propone agregar tres artículos al Estatuto: un artículo (8 *bis*) que lleva por título "crimen de agresión" y dos artículos (15 *bis* y 15 *ter*) referidos al ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión. Además, se propone insertar un párrafo (3 *bis*) al artículo 25 (sobre responsabilidad penal individual) y modificaciones de rigor a los artículos 9 (sobre los Elementos de los Crímenes) y 20 (sobre cosa juzgada).

2.1. Descripción del crimen de agresión en la RC/Res.6

Conforme a la propuesta, para que una persona pueda ser castigada por un crimen de agresión, han de cumplirse las siguientes condiciones:

a) Ha de tratarse de un sujeto activo "en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado".

b) El sujeto activo debe estar calificado para planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión.

c) Ese acto de agresión debe constituir una violación manifiesta de la Carta de NU.

2.1.1. Sujeto activo

Destaca de la descripción que se requiere un sujeto activo calificado, vale decir, a diferencia de lo que ocurre con los demás crímenes contra el derecho internacional, no cualquier persona puede cometerlo sino solamente aquellos que estén "en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado". Así lo prevé el artículo 8 *bis* y la idea se refuerza

14 Kress, Claus y von Holtzendorff, Leonie, op. cit., p. 1179.

15 http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf, consultada el 20 de febrero de 2011.

16 Es un cuerpo normativo de menor jerarquía que el Estatuto, previsto en él (artículo 9), en el que se enumeran los requisitos de cada crimen.

en el nuevo párrafo 3 del artículo 25, cerrando la puerta a cualquier forma de responsabilidad penal para quienes no detenten esta capacidad.

2.1.2. La conducta y su objeto

La descripción de los verbos rectores y el objeto de la acción resultan cruciales, pues allí se especifica lo que este sujeto activo calificado ha de planificar, preparar, iniciar o realizar: un acto de agresión.

El párrafo 2 del artículo 8 *bis* se encarga de entregarnos una definición:

> por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

El artículo 8 *bis* párrafo 2 reproduce la numeración ejemplar de actos de agresión contenida en el artículo 3 de la Definición de agresión de NU[17], señalando que dichos actos "se caracterizará[n] como acto[s] de agresión". De hecho, la cita textualmente al señalar:

> De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: [...].

Se incluyen ataques armados por las fuerzas armadas, ocupaciones y bombardeos, al igual que bloqueos marítimos y el envío de bandas armadas a otros Estados.[18]

17 Resolución 3314 (XXIX) aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974

18 El texto completo de la numeración es el que sigue: "a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos."

Del elemento subjetivo nada se dice, por lo que rige supletoriamente el artículo del 30 Estatuto de la CPI.

2.1.3. Calificación del objeto de la conducta

Respecto de la calificación del acto de agresión como violación manifiesta de la Carta de UN, el artículo 8 *bis* del Estatuto de la CPI entrega tres parámetros conforme a los cuales ha de determinarse en carácter manifiesto de la violación: sus características (en inglés, *character*; en francés, *nature*), gravedad y escala.

En la propuesta de modificación a los Elementos de los Crímenes en el párrafo 3 de la introducción, se señala que "[l]a expresión 'manifiesta' es una calificación objetiva".

2.2. Ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión

2.2.1. Rol de Naciones Unidas

La formulación propuesta trata separadamente el ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión en dos supuestos: el primero, cuando el Fiscal procede de *motu proprio* o es un Estado Parte quien remite la situación (artículo 15 *bis*); el segundo, en artículo separado, cuando la situación es remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad (artículo 15 *ter*).

Cuando la situación ha sido remitida a la Corte por un Estado parte o el Fiscal procede *motu proprio*, antes de abrir una investigación deberá notificar al Secretario General de NU, y solamente podrá abrir una investigación de inmediato si el Consejo de Seguridad de NU ha determinado la existencia de un acto de agresión. De lo contrario, deberá esperar seis meses a contar de la notificación. Luego de ello, puede iniciar la investigación si cuenta con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, conforme al artículo 15, excepcionando el caso de que el Consejo de Seguridad solicite el no inicio de la investigación conforme al artículo 16 del Estatuto (artículo 15 *bis* párrafo 8). Si la remisión la ha realizado el Consejo de Seguridad de NU, no es necesaria la notificación.

2.2.2. Otras condiciones para el ejercicio de la competencia

Los artículos 15 *bis* y 15 *ter* contienen dos condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte respecto de crímenes de agresión que son comunes a todas las formas de iniciar el procedimiento. A saber:

i) Ha de tratarse de crímenes "cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes" (párrafo 2, artículos 15 *bis* y 15 *ter*).

ii) Ha de adoptarse "una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto" (párrafo 3, artículos 15 *bis* y 15 *ter*).

Además, el artículo 15 *bis* contiene disposiciones especiales para situaciones remitidas por un Estado Parte o investigaciones iniciadas *motu proprio* por el Fiscal. En estos supuestos, la Corte podrá ejercer su competencia para crímenes de agresión "resultante[s] de un acto de agresión cometido por un Estado Parte [...] de conformidad con el artículo 12 [...] salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del secretario" (párrafo 4 artículo 15 *bis*).

La CPI tampoco podría ejercer su jurisdicción en situaciones remitidas por un Estado Parte o investigadas por iniciativa del Fiscal respecto de Estados no Parte, cuando el crimen sea imputado a nacionales de ese Estado o se alegue que se ha cometido en su territorio (párrafo 5 artículo 15 *bis*).

3. Comentario y valoración del texto consensuado

Como primer comentario general, es necesario poner de relieve lo notorio que resulta no solo que se trata de un texto negociado, sino también que la negociación se llevó adelante separadamente del Estatuto del que llegaría a formar parte. De ello se deriva, entre otros problemas, una dificultad para insertar esta propuesta dentro del sistema del Estatuto.

3.1. Sobre el sujeto activo calificado

No existen dudas de que las conductas punibles, por su naturaleza, no podría realizarlas cualquier persona. Cabe recalcar que el sujeto activo ha de estar calificado por una situación fáctica (estar en condiciones de...). Del mismo modo, no se requiere que tenga alguna investidura jurídica en particular, que sea jefe de Estado o de gobierno, sino que tenga ciertas capacidades en un momento dado, el momento en que actúa.

3.2. Sobre la conducta

3.2.1. Los verbos rectores

Se conservan lo verbos rectores del Estatuto del Tribunal Militar Internacional: *planificar*, *preparar*, *iniciar* o *realizar*, dejando fuera *conspirar*. *Iniciar* en

este contexto significaría tomar la decisión de cometer un acto de agresión, mientras que *realizar* (*waging*) se referiría a liderar operaciones luego de que la decisión de iniciar la agresión ha sido tomada.[19] Si bien se utilizan los verbos rectores tradicionales, no queda del todo claro si ellos son aptos para reflejar la responsabilidad penal individual por un crimen de agresión, vale decir, si esas conductas, realizadas respecto de un acto de agresión como se lo define en el Estatuto, pueden ser imputadas a una persona natural.

3.2.2. El acto de agresión

La descripción propuesta implica que para entender cuándo estamos ante un acto de agresión es menester saber en qué casos el uso de la fuerza armada está permitido por la Carta de NU, pues todo otro uso será un acto de agresión. Tenemos entonces que la sola lectura del Estatuto no basta para entender cuál es la conducta punible. Solamente se nos señala que un sujeto activo con determinadas características debe hacer uso de la fuerza armada por un Estado contra otro (nótese lo incoherente que resulta la oración). Con esta formulación, por lo menos, se descarta que el uso de la fuerza por entidades distintas de Estados puedan ser consideradas actos de agresión, pero resulta difícil de entender cómo el uso de la fuerza armada "por" un Estado es imputable a una persona natural. Hubiese sido más claro utilizar la preposición "de" (la fuerza armada *de* un Estado contra otro). En cualquier caso, para entender lo que se castiga es necesario acudir a otro cuerpo normativo: la Carta de NU. Esto es consecuencia de que, para los efectos de describir aquello en lo que consiste un acto de agresión, simplemente se reprodujo el artículo 1 de la definición de agresión de NU[20].

La Carta de NU solo permite recurrir "al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas" cuando se actúa en ejercicio del derecho de los Estados miembros de defenderse individual o colectivamente de ataques armados, mientras el Consejo de Seguridad no haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales (artículo 51 de la Carta de UN). Además, en caso de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, el Consejo de Seguridad está facultado para tomar por sí mismo medidas mili-

19 Aziz Shukri, Muhammad, "Individual Responsibility for the Crime of Aggression", en Bellelli, Roberto (ed.), *International Criminal Justice*, (Ashgate) 2010, p. 528.

20 Resolución 3314 (XXIX) aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974

tares o facultar a Estados individuales o a grupos de Estados para hacer uso de la fuerza militar (artículo 42 del Estatuto de la CPI).

La primera de estas excepciones, la de la legítima defensa, abre la puerta a intentos de justificación de dudosa legitimidad como la legítima defensa anticipatoria y la preventiva, alegada por Estados Unidos para procurar justificar la invasión de Irak a principios de la década del 2000.

3.2.3. La relación entre *acto de agresión* y *crimen de agresión*

En el texto de consenso aprobado se define al acto de agresión (objeto de la conducta descrita por los verbos rectores) como el uso de la fuerza por un Estado. Por lo tanto, este acto es un acto del Estado. En el texto del que esta definición está tomada, la Definición de Agresión de NU, no extraña que se describa al acto del Estado, ya que justamente este acto acarrea responsabilidad para él. En el Estatuto, en cambio, se debiera describir la conducta individual, la que es imputable a la persona natural,[21] sin perjuicio que, como una suerte de "elemento de contexto" –como lo es el ataque contra la población civil en los crímenes de lesa humanidad–, se requiera un acto de agresión por parte del Estado. Si el Estado es el sujeto activo del acto de agresión, parece que no estamos realmente ante la descripción de un crimen consistente en una acción individual imputable a una persona natural, sobre todo si pensamos en los verbos rectores: *planificar* y *preparar* son acciones que se podrían realizar respecto de actos ajenos; no sucede lo mismo con *iniciar* y *realizar*. ¿Cómo una persona (natural) va a ser penalmente responsable por iniciar o realizar un acto que está descrito como acto de otro (del Estado)?

El párrafo 1 del artículo 8 *bis* es coherente: se pretende castigar a una persona por una conducta en la que ha incurrido. Luego, inexplicablemente, se pierde de vista la conducta del sujeto y se habla de la del Estado. En esto, el texto consensuado tiende a difuminar una distinción que se venía manteniendo desde hace décadas: aquella entre "acto de agresión" y "crimen de agresión", contenida incluso en al resolución de 1974 dedicada a los actos de agresión (que generan responsabilidad internacional para el Estado), distinguiéndolos en su artículo 5 párrafo 2 de la guerra de agresión (que es un crimen contra la paz internacional). En la misma línea, si bien sin posibilidad de conocer el texto consensuado que comentamos, Cherif Bassiouni, uno de los más destacados cultores del derecho penal internacional del último medio

21 Conforme al artículo 25 párrafo 1 del Estatuto de la CPI, ella solo tiene competencia para juzgar a personas naturales.

siglo, publicó en 2008 que la definición de la agresión como un crimen internacional difiere enormemente de la definición de la agresión para los efectos de su determinación política por el Consejo de Seguridad, simplemente porque el principio de legalidad en materia penal internacional requiere que los crímenes estén específicamente definidos y sus elementos claramente señalados.[22] En el documento que comentamos no parece haberse seguido esta apreciación, sino que simplemente se toma la definición de acto de agresión de UN para describir el crimen de agresión.

Podría esgrimirse que la definición no pretende ser válida en general, sino una definición *ad hoc* para el Estatuto de la CPI. De ser así, llama la atención el contraste con las demás definiciones *ad hoc* –solo para efectos de su competencia– contenidas en el Estatuto, que se caracterizan porque sus diferencias con las del derecho penal internacional general llevan a hacer más estricta la definición, de modo de que la Corte conozca solamente de las conductas más graves cuya punibilidad conforme al derecho consuetudinario fuera cierta.[23] Siguiendo esa línea, hubiese sido esperable que el acuerdo se centrara más en un crimen con contornos tan poco definidos, en el mínimo común denominador –que para el crimen de agresión es la guerra de agresión o, si no se quiere utilizar el término por considerarlo demasiado arcaico,[24] las conductas–, respecto de lo cual hay precedente de condenas y de reconocimiento como crimen, desde los principios de Nuremberg (1946) hasta la última versión del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996). Existió una propuesta en ese sentido (la alemana), pero en definitiva se optó por una formula amplia e indefinida que incluye supuestos de conductas ciertamente ilícitas, pero cuya punibilidad conforme al derecho internacional general es incierta.

22 Bassiouni, M. Cherif, *Internacional Criminal Law*, 3ffi ed., vol. I, (Martinus Nijhoff Publishers) 2008, p. 227. en la misma línea de distinguir entre ambos, Clark, Roger, "The Crime of Aggression and the International Criminal Court", en Bassiouni, M. Cherif, op. cit., p. 249; Zapico Barbetto, Mónica, "El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional", en Manacorda, Stefano y Nieto, Adán (dirs.), *El derecho penal entre la guerra y la paz* (Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha) 2009, p. 643: "es de vital importancia que se produzca una definitiva y cerrada definición y delimitación de los elementos del tipo de lo que se debe entender por crimen de agresión, sin tener así que recurrir a la definición genérica contenida en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974".

23 De allí que, en la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma, se excluyera definitivamente la competencia de la Corte sobre otros crímenes que son materia de distintos tratados internacionales (los denominados *treaty crimes*), aludiendo a que en muchos casos su carácter de crímenes de derecho internacional conforme al derecho consuetudinario no estaba del todo claro. Zimmermann, Andreas, article 5, en Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ffi ed. (C. H. Beck - Hart - Nomos) 2008, p. 130, número marginal 1.

24 Así lo sugiere Reisinger, Astrid, op. cit., p. 436.

La lista de actos que por mandato se considerarán agresión incluye aquellos que, por su menor intensidad y extensión, quedan relegados frente a los conflictos armados, el ámbito de punibilidad consuetudinario de la agresión como crimen.

En definitiva, la resolución sobre el crimen de agresión, al basarse en un documento conocido como la "no-definición", surte el mismo efecto, agravado por no tener en cuenta que está definiendo una conducta individual. Cualquier acto de agresión podría calificar potencialmente para "crimen de agresión", ya que la única diferencia entre ambas no reside en la conducta misma sino en la violación "manifiesta" de la Carta.

3.3. Sobre la calificación de ataque como violación manifiesta de la Carta de NU

Llama la atención que se utilice como criterio determinante de la punibilidad de la conducta el carácter "manifiesto" de una violación, pues podrá eventualmente ser dudoso si existe o no un acto de agresión (si el proceder violenta o no la carta de UN), aunque, una vez superada esa valla, resulta difícil de imaginar que un Estado dirija su fuerza armada contra otro Estado fuera de los casos de excepción permitidos por NU y que la violación de la carta no sea "manifiesta". La voz "manifiesta" significa "descubierta, patente, clara",[25] no denotando que se trate de una violación particularmente grave.[26] Si pretende dejar fuera casos dudosos (las "zonas grises" de las que habla parte de la doctrina),[27] no sería necesaria la mención, habida cuenta de que el estándar de convicción en materia penal ya los deja fuera. En cualquier caso, si así fuera, se estaría cambiando una ambigüedad por otra.

En el texto consensuado se mencionan tres criterios para determinar cuándo la violación de la carta es manifiesta. Los tres –características, gravedad y escala– deben concurrir copulativamente.[28] Esto no contribuye demasiado a aclarar el panorama para el intérprete, habida cuenta de que, por una parte, tanto la gravedad como la escala no son sino características de la violación (las voces *character* (inglés) y *nature* (francés), pueden ser de mayor utilidad) y, por

25 www.rae.es, consultada el 20 de febrero de 2011.

26 Cryer, Robert, Friman, Hakan y Robinson, Darryl, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2a ed. (Cambridge University Press) 2010, p. 326, señala: "the use of the word 'manifest' is a strange one in this context, since there may be a border incident which is manifestly in violation of the charter, although of a minor nature".

27 Kress, Claus y von Holtzendorff, Leonie, op. cit., pp.1193 y1207.

28 Lo recalca el anexo III a la resolución, en el párrafo 7 de los "Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión".

otra, invariablemente los órganos de la CPI han considerado que la escala es uno de los factores para determinar la gravedad, por lo que resulta extraño que aquí se pretenda, e incluso se mande, a distinguir entre ambas.

Gerhard Werle se muestra confiado en que, por el camino de exigir una "manifiesta violación", la descripción amplia de "acto de agresión" se reduzca, por vía interpretativa, a las conductas punibles conforme al derecho consuetudinario (ataques con gran número de efectivos armados, en amplios frentes y con la finalidad de una ocupación total o parcial del país).[29] Está por verse si eso ocurrirá en definitiva. En cualquier caso, habida cuenta del texto aprobado, resulta a lo menos extraño que se contemplen como ejemplos de actos de agresión, precisamente para los efectos de describir el crimen de agresión, situaciones que en definitiva se espera que no se apliquen, como el bloqueo de puertos. Ese entendimiento sería difícil de conciliar con el criterio de efecto útil en la interpretación de tratados. ¿Para qué se incluye si no se considerará que tiene el nivel suficiente para constituir el fundamento fáctico de un crimen de agresión?

3.4. Reflexiones generales respecto de la "definición" del crimen de agresión

De lo expuesto hasta ahora, resulta difícil aseverar que se ha aprobado una definición del crimen de agresión como exige la condición del actualmente vigente artículo 5 párrafo 2 del Estatuto de la CPI,[30] pues una definición se caracteriza por ser una "proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial. [31]

No existe unanimidad en la doctrina en cuanto a que sea posible una definición del crimen de agresión. Así, Kress y Holtzendorf, reconociendo que la descripción del crimen no cumple "los estándares más altos", estiman que arribar a una definición cumpliendo tales estándares resultaría prácticamente imposible.[32]

Me parece que –sin desconocer las dificultades de la negociación– no se debe pretender llegar a un acuerdo a cualquier precio. Durante las negociacio-

29 Werle, Gerhard, "The Crime of Aggression Between International and Domestic Criminal Law", en Manacorda, Stefano y Nieto, Adán (dirs.), *El derecho penal entre la guerra y la paz* (Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha) 2009, p. 414.

30 "La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen de agresión [...]".

31 www.rae.es, segunda acepción (consultado el 10 de marzo de 2010).

32 Kress, Claus y von Holtzendorff, Leonie, op. cit., p. 1210 y ss.

nes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se hizo particular hincapié en que la Corte tendría competencia solamente sobre conductas cuya punibilidad preexistiera conforme al derecho internacional consuetudinario. Ese afán parece haberse diluido en esta fase de la negociación, centrándose los esfuerzos más en llegar a un consenso que a una descripción de una conducta punible conforme al derecho consuetudinario.

3.5. Sobre las condiciones para el ejercicio de jurisdicción

3.5.1. Rol del Consejo de Seguridad

Es un avance positivo que finalmente se haya optado por dar a la Corte la posibilidad de abrir una investigación aun a falta de declaración de la existencia de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad de NU,[33] pues, atendiendo a la experiencia, eso podría redundar en no conocer (piénsese en los casos en los que una resolución en ese sentido nunca se dictó, como, por ejemplo, ante la invasión de Irak a Kuwait en 1991) un hecho que involucre a uno de los miembros permanentes del Consejo se Seguridad. En lugar de ello, se solicita esperar seis meses, tiempo durante el cual puede realizarse un examen preliminar.

Con todo, la redacción de la enmienda sería mejorable. Así, para situaciones remitidas por un Estado parte o que el Fiscal investiga *motu proprio*, se señala que se requiere la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y se excepciona el caso de que el Consejo de Seguridad solicite el no inicio de la investigación, lo que abulta la disposición sin agregar información puesto que estas son las reglas generales (artículos 15 y 16 del Estatuto frente al nuevo 15 *bis* párrafo 8).

3.5.2. Las demás condiciones para el ejercicio de jurisdicción

Al menos por ahora, la relevancia de este consenso es más bien simbólica: los Estados han logrado consensuar una descripción luego de 60 años de intentos. Esto no significa, empero, que la Corte pueda ejercer desde ahora su competencia sobre el crimen de agresión. El acuerdo adoptado deja varios interrogantes respecto del ejercicio de la jurisdicción. A saber, no hay unanimidad respecto de cuál es la mayoría que se requiere, conforme a los artículos 15

33 Pese al escepticismo de quienes, como Zimmermann, lo ven como un peligro, pues de intentaría corregir por la *puerta trasera* del derecho penal las imperfecciones del sistema existente. Zimmermann, Andreas, op. cit., p. 142, número marginal 41. La alternativa es dar atribuciones al Consejo de Seguridad para paralizar el actuar de la Corte más allá de las atribuciones, ya discutibles, del artículo 16 del Estatuto de la CPI.

bis y 15 *ter* párrafo 3, para la aprobación de una enmienda al Estatuto, misma con la que se debe adoptar una decisión después del 1 de enero de 2017 para que la Corte pueda ejercer jurisdicción.[34]

Otra fuente de confusión resulta del intento de interpretación conjunta del artículo 15 *bis* párrafos 4 y 5. ¿Ha de primar el párrafo 4, con remisión al artículo 12, que es inclusivo, o el párrafo 5, que utiliza una formulación excluyente? Ambas regulaciones, si bien a primera vista pueden confundirse, son diversas: así, aplicando el artículo 12, la Corte puede ejercer jurisdicción sobre un nacional de un Estado no parte si éste comete crímenes en el territorio de un Estado parte y puede también ejercerla sobre nacionales de Estados partes que cometan crímenes en territorio de Estados no parte. Ambas posibilidades quedan proscritas conforme al artículo 15 *bis* párrafo 5, con lo cual la única posibilidad de competencia (sin considerar las demás restricciones) es que un nacional de un Estado parte incurra en la conducta en el territorio de un Estado parte.

Por último, merece observación la ubicación sistemática de algunas disposiciones referidas a las condiciones del ejercicio de jurisdicción, que estarían aparentemente mejor cobijadas como disposiciones transitorias o modificaciones de los artículos del Estatuto que tratan las enmiendas. Sucede esto con los requisitos de que al menos 30 Estados ratifiquen la enmienda, que se adopte una decisión aprobando la modificación después del 1 de enero de 2017 y que transcurra un año después de las 30 ratificaciones (artículos 15 *bis* y 15 *ter*, en sus párrafos 2 y 3).

3.6. Consecuencias para el ejercicio de la jurisdicción estatal

Diversos principios reconocidos por el derecho internacional facultan a los Estados para ejercer jurisdicción respecto de crímenes contra el derecho internacional. Así, aparte del principio de territorialidad, son aplicables los de personalidad activa y pasiva, de protección y de universalidad.

Conforme al principio de universalidad, también conocido como principio de jurisdicción universal, todos los Estados están facultados[35] para perseguir los crímenes contra el derecho internacional ya que las conductas en las que consisten atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y todos los Estados tienen legítimo interés en preservar esos bienes. Esta ca-

34 Kress y Holtzendorf explican latamente que existen variadas interpretaciones al respecto. Kress, Claus y von Holtzendorff, Leonie, op cit.

35 Incluso parte de la doctrina entiende que están obligados.

racterística de los crímenes contra el derecho internacional de ser objeto de jurisdicción universal arranca de la naturaleza de las conductas y alcanza, por lo mismo, al crimen de agresión igual que al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.[36]

Ahora bien, en la práctica, los Estados no han sido demasiado asiduos al ejercicio de jurisdicción por esta vía por varias razones. Entre ellas, tienen especial peso en los Estados como el nuestro, de la familia del derecho continental, las ligadas a sus derechos internos, pues sienten que deben tener tipificados los delitos en su derecho interno para que sus tribunales puedan ejercer jurisdicción sobre ellos. A ello se unen, por cierto, dificultades logísticas –de investigaciones en tierras lejanas– y políticas, el afán de no "enemistarse" con ciertos Estados.

Un paso importante para debilitar varios de estos inconvenientes se ha dado en la última década, acompañando al establecimiento de la CPI bajo el principio de complementariedad.[37] Como ahora existe el "riesgo" para los Estados de que, si no persiguen los crímenes contra el derecho internacional, la Corte puede hacerlo, varios han resuelto implementar, en sus derechos internos, descripciones de conductas constitutivas de crímenes internacionales tomando como modelo, de manera más o menos estricta, las descripciones que se encuentran en el Estatuto de la CPI. Da la impresión de que no sucederá lo mismo con esta definición del crimen de agresión, si eventualmente llega a entrar en vigor como parte del Estatuto, por motivos entre los que destacan dos que tienen directa relación con el consenso acordado:

> El mismo texto de la resolución aprobada en Kampala contiene, como anexo III, una serie de siete "entendimientos", cuyo valor jurídico no vale la pena discutir aquí, pero que en todo caso dan cuenta de la voluntad política de los Estados reunidos. El entendimiento 5 señala: "se entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer jurisdicción nacional respecto de

36 Esta postura no es compartida unánimemente. Parte de la doctrina estima que, ya que para juzgar el crimen se debe establecer una conducta ilegítima por parte de otro Estado, primaría la máxima *par in parem non habet iudicium* (Ver Tomuschat, Christian, "The Duty to Prosecute Internacional Crimes Committed by Individuals", en Cremer, Hans-Joachim, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts* (Springer) 2002, p. 342). Ese razonamiento también sería aplicable a crímenes de lesa humanidad cuando la política de atacar a la población civil emana de un Estado extranjero, sin que se alegue allí el argumento.

37 Cárdenas, Claudia, "La Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales: El principio de complementariedad", en *Revista de Magíster y Doctorado en Derecho*, 1, (Universidad de Chile) 2007.

un acto de agresión cometido por otro Estado". Esta mención resulta superflua, ya que claramente la enmienda no tendría ese efecto. Es más, en todo el Estatuto no hay disposición alguna que cree un derecho o una obligación a los estados de perseguir; esos derechos y obligaciones tienen otras fuentes. Al respecto, el preámbulo simplemente recuerda "que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales." Recuerda lo preexistente, no crea. Al parecer, más que afirmar que no se crea una obligación, se pretende evitar que eso suceda.

Los "incentivos" del Estatuto para la persecución de los demás crímenes desaparecen respecto de este, pues el ejercicio de la jurisdicción por la Corte está sometido a trabas particulares e incluso existe la posibilidad de un "*opt out*", mediante una declaración de cada Estado Parte de que no acepta la jurisdicción de la Corte para ese crimen (artículo 15 *bis*, párrafo 4). Con ello, el "riesgo" de que sus nacionales sean perseguidos o hechos acaecidos en sus territorios lleguen a ser conocidos por la Corte sin que el gobierno de turno esté de acuerdo casi no existe. Queda a salvo el supuesto de que el Consejo de Seguridad remita la situación a la Corte, pero, atendida su práctica en lo concerniente a actos de agresión, no parece que eso vaya a ocurrir a menudo.

Por ello, a diferencia de lo que ocurriera con la descripción de los demás crímenes, es poco probable que un número relevante de Estados introduzcan descripciones a semejanza del Estatuto de la Corte en sus derechos internos y que por este medio aumenten las posibilidades de persecución del crimen de agresión.[38]

Palabras finales

Resumiendo, podemos reconocer que en 2010 tuvo lugar un hito en materia del crimen de agresión, pues los Estados miembros de la Asamblea de Estados Partes (a la fecha 114 y, con ello, la mayoría de los Estados reconocidos) han consensuado por fin un texto respecto de este crimen.

Se comprende que cualquier enmienda al Estatuto ha de ser un texto consensuado, por lo que no sorprende que procure anticiparse a posibles trabas

38 En todo caso, también parte de la doctrina se manifiesta contra la jurisdicción estatal para ese crimen, ver Van den Wyngaert, Christine y Ongena, Tom, en: Cassese, Antonio, Gaeta, Paola y Jones, John (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Oxford University Press) 2002, pp. 705-725. A pesar de ello, algunos Estados contemplan el crimen en sus derechos internos, ver al respecto Werle, Gerhard, nota 29, p. 417 y ss.

a la ratificación. Con todo, en este caso particular, da la impresión de que, en aras de alcanzar un consenso, se descuidaron aspectos importantes de coherencia con el Estatuto en el cual iría inserta la enmienda. Esto resulta particularmente explícito en algunos aspectos:

> El texto actual del Estatuto (artículo 5 párrafo 2) requiere que la enmienda contenga una definición del crimen. Eso no se logra al utilizar como modelo un texto redactado para ser aplicado por un órgano político que ha de determinar las consecuencias que tiene para un Estado un acto de agresión, no las que tiene para una persona individual el crimen de agresión.
>
> No se sigue la línea, tantas veces expresada durante las negociaciones del Estatuto, de limitarse a cristalizar el derecho penal internacional preexistente y, dentro de él, limitar la competencia material de la Corte a los crímenes más graves. El texto rompe la unidad del Estatuto al contener múltiples condiciones adicionales y específicas para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte a propósito de este crimen, permitiendo incluso la posibilidad de un *opt out* para los Estados Partes. No atisbo cómo conciliar esta última posibilidad con el artículo 12 del Estatuto, que señala que "[n]o se admitirán reservas al presente Estatuto".

Además de estos asuntos, ha de ponerse atención al impacto que esta enmienda pueda tener sobre un tema particularmente delicado en esta etapa de la Corte Penal Internacional, cual es el de su legitimidad como institución. Al crear este régimen tan particular comparado con el de los demás crímenes, que implica restricciones mucho mayores a la competencia de la Corte, no parece esperable que, aun cumpliéndose todos los pasos para la entrada en vigor de la modificación conforme a esta propuesta, la Corte llegue a conocer de crímenes de agresión.

Es válido entonces formularse la pregunta de si la confirmación de la punibilidad del crimen conforme al derecho internacional, unida a una descripción problemática y una posibilidad solo remota de que llegue a investigarse y juzgarse en caso de ser cometido, importa un avance para el derecho penal internacional.

LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA POR KOSOVO

Ximena Fuentes Torrijo[1]

El 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de auto-gobierno de Kosovo declararon su independencia, pretendiendo así crear un nuevo estado separado de Serbia. Este acto generó diversas reacciones en la comunidad internacional de estados. Algunos reconocieron al nuevo estado de Kosovo y otros se declararon contrarios a esta secesión unilateral. En otras circunstancias, Serbia probablemente habría recurrido a la fuerza para evitar la separación de esta provincia de su territorio, pero en las condiciones actuales solo le quedó el camino del derecho. De esta manera, logró obtener una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitando una opinión consultiva a la Corte Internacional del Justicia preguntando si esta declaración unilateral de independencia se conformaba o no con el derecho internacional. La Corte Internacional interpretó la pregunta que le fue sometida de una manera restrictiva, evitando pronunciarse sobre las condiciones que deben cumplirse en derecho internacional para la creación de un nuevo estado. Con esto la Corte envía una señal a la comunidad internacional: en una época de creciente juridificación de las relaciones internacionales todavía hay espacio para la política y en ese ámbito probablemente no es adecuado que ella intervenga.

1. Introducción

El 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de auto-gobierno de Kosovo declararon su independencia, pretendiendo así crear un nuevo estado separado de Serbia. Este acto generó diversas reacciones en la comunidad internacional de estados. Algunos estados han reconocido al nuevo Kosovo

1 D.Phil (Oxon.). Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile.

como un estado independiente. Entre ellos, se cuentan el Reino Unido y Estados Unidos, y 22 estados miembros de la Unión Europea, entre los que están Francia y Alemania. De otras partes del mundo se puede mencionar a Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Turquía como estados que han apoyado la independencia de Kosovo. Entre los países Latinoamericanos, Kosovo cuenta con el reconocimiento de Colombia, Perú, Panamá, y Honduras. En total, a la fecha, Kosovo ha recibido el reconocimiento de 75 de los 192 miembros de las Naciones Unidas (en adelante NU). Entre los que se han manifestado contrarios a la declaración de independencia, se pueden mencionar España, Argentina y Rusia.

El 8 de octubre de 2008, por resolución 63/3, la Asamblea General de NU decidió pedir a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) una opinión consultiva relativa a la compatibilidad de la declaración de independencia kosovar con el derecho internacional.[2] La resolución fue promovida por el propio estado de Serbia, en cuyo territorio se encuentra (encontraba) la región de Kosovo. Las palabras del Ministro de Relaciones Exteriores de Serbia para justificar la resolución propuesta fueron las siguientes:

> El 17 de febrero de 2008, las instituciones provisionales de auto-gobierno de la sureña provincia Serbia de Kosovo y Metohija unilateralmente declararon su independencia. Nuestra democracia respondió con máxima restricción. Desechamos el uso de la fuerza y la imposición de sanciones económicas en contra de la provincia independentista. Serbia decidió defender su soberanía e integridad territorial a través de la democracia y el derecho internacional.
>
> Hemos elegido requerir una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la declaración unilateral de independencia. Hoy acudimos a la Asamblea General para transmitir ese requerimiento a la Corte, en cumplimiento de sus poderes y funciones conforme a la Carta de las Naciones Unidas.
>
> [. . .]
>
> La República de Serbia cree que el envío de esta pregunta a la Corte evitará que la crisis de Kosovo sea usada en cualquier parte del globo, donde se amparan ambiciones secesionistas, como un precedente profundamente problemático.

2 La resolución fue adoptada por 77 votos a favor, 74 abstenciones y 6 en contra. Entre los votos en contra se encuentran los de Estados Unidos y Albania.

> También creemos que la opinión consultiva de la Corte otorgará una guía políticamente neutral, pero judicialmente autoritativa, a muchos países que todavía están deliberando sobre cómo aproximarse, en conformidad con el derecho internacional, a declaraciones unilaterales de independencia.
> [. . .]
> La pregunta propuesta es ampliamente clara y evita tener que tomar una posición política respecto del asunto de Kosovo. La respuesta de la Corte, en la forma de una opinión consultiva, estará basada en el derecho internacional, de acuerdo con el Estatuto de la Corte y las Reglas de Procedimiento. El Artículo 66 del Estatuto otorga una clara indicación de los procedimientos utilizados por la Corte. Instrucciones adicionales por la Asamblea General no son apropriadas.[3]

En otros tiempos, Serbia probablemente habría usado la fuerza, incluso con brutalidad, para retener a la provincia de Kosovo como parte de su territorio. Ese camino ya no era una opción posible, entre otras cosas, porque la provincia se encontraba sujeta a un régimen de administración establecido por el Consejo de Seguridad de NU por resolución 1244 (1999). Esta resolución se adoptó después de la crisis humanitaria que se vivió en Kosovo entre 1996

3 Mi traducción. Official Records of the General Assembly, A/63/PV.22, 8 October 2008, Agenda ítem 71, Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on whether the unilateral declaration of Independence of Kosovo is in accordance with international law. Draft resolution (A/63/L.2). El texto original en inglés de la intervención del Ministro Jeremi es el siguiente:
On 17 February 2008, the provisional institutions of self-government of Serbia's southern province of Kosovo and Metohija unilaterally declared Independence. Our democracy responded with maximal restraint. We ruled out the use of force and the imposition of economic sanctions against the breakaway province. Serbia decided to defend its sovereignity and territorial integrity through diplomacy and international law.
We have chosen to seek an advisory opinion from the International Court of Justice (ICJ) on the legality of the unilateral declaration of Independence. Today we are turning to the General Assembly to convey that request to the Court, in fulfillment of its powers and functions under the United Nations Charter.
[. . .]
The Republic of Serbia believes that sending this question to the Court would prevent the Kosovo crisis from serving as a deeply problematic precedent in any part of the globe where secessionist ambitions are harbored.
We also believe that the Court´s advisory opinion would provide politically neutral, yet judicially authoritative, guidance to many countries still deliberating how to approach unilateral declarations of Independence in line with international law.
[. . .]
The question posed is amply clear and refrains from taking political positions on the Kosovo issue. The Court's response, in the form of an advisory opinion, will be based on international law, in accordance with the Court's Statute and Rules of Procedure. Article 66 of the Statute gives a clear indication of the procedures utilized by the Court. No additional instructions by the General Assembly are appropriate.

y principios de 1999, cuyo resultado fueron cientos de muertos y miles de refugiados. La resolución 1244 (1999) estableció que la provincia de Kosovo quedaría bajo la administración de la Misión de Administración Provisional de NU en Kosovo (MINUK) con el objeto de establecer y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales democráticas de auto-gobierno, bajo las cuales la población de Kosovo gozaría de una amplia autonomía, dentro de la República Federal de Yugoslavia (Serbia).[4]

En este contexto, el uso de la fuerza o la imposición de sanciones económicas por parte de Serbia habría implicado una violación de la resolución 1244 (1999), particularmente de los siguientes principios establecidos en el Anexo 1 de esa resolución: la cesación de la violencia y la represión; el retiro de las fuerzas militares, policiales y paramilitares; y la aplicación de un criterio integrado para el desarrollo económico y la estabilización de la región en crisis. Por ese motivo, junto con un análisis realista sobre la posible reacción de NU o de la OTAN frente un eventual uso de la fuerza contra de Kosovo, Serbia consideró que su única opción para frenar la independencia de la provincia separatista era la vía judicial. Por eso Serbia instó al pronunciamiento de una opinión consultiva, tratando de obtener que la CIJ estableciera la ilegalidad de la declaración de independencia de Kosovo.

Pero hay materias sobre las cuales el derecho, ya sea internacional o constitucional, tiene poco que decir, porque ellas escapan al ámbito jurídico. O, dicho de otra manera, cualquier respuesta jurídica a algunos problemas puede ser desacreditada por la práctica. Eso explica que la CIJ haya recurrido a un análisis hohfelsiano en su identificación de las reglas jurídicas aplicables para resolver la pregunta que le había sido sometida por la Asamblea General.

2. La pregunta sometida a la Corte y la existencia de un derecho de secesión

La pregunta que la Asamblea General de NU sometió a la jurisdicción consultiva de la CIJ fue la siguiente:

4 Naciones Unidas, resolución S/RES/1244 (1999). En el párrafo 10 de la resolución 1244 (1999) se autoriza al Secretario General a establecer una presencia civil en Kosovo "a fin de que Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su pueblo pueda gozar de una autonomía sustancial en la República Federativa de Yugoslavia y la cual se encargará de administrar la transición al tiempo que establecerá y supervisará el desarrollo de instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo a fin de crear condiciones propicias para que todos los habitantes de Kosovo puedan vivir una vida pacífica y normal."

> Is the unilateral declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?

En castellano esta pregunta se podría traducir de la siguiente manera:

> ¿La declaración unilateral de independencia realizada por las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo está conforme con el derecho internacional?

Antes de proceder a responder esta pregunta, la CIJ estimó necesario interpretarla, fijando así sus contornos. No es la primera vez que la Corte estima que la formulación de las preguntas que le son sometidas es problemática en sí misma y exige, entonces, una reformulación. El juez Simma, en su declaración individual, aclaró que la Corte Permanente de Justicia Internacional, la antecesora de esta Corte, ya hizo lo mismo en el famoso caso Lotus. El caso Lotus enseña que la pregunta sobre lo legal en derecho internacional necesariamente conduce hacia la naturaleza misma del derecho internacional y sus límites normativos. En la decisión sobre el Lotus (Francia v. Turquía), la Corte Permanente se dio cuenta de que, si no existía un tratado ni costumbre que le hubiera prohibido a Turquía ejercer su jurisdicción extraterritorial, no quedaba más que declarar el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial lícito. La Corte Permanente tenía una visión consensualista del derecho internacional y, por eso, en ausencia de una regla consentida, debió asumir que los estados eran libres para realizar conductas que no están prohibidas.

Brunno Simma sostuvo que esta visión es anticuada: "en un orden internacional contemporáneo que se encuentra fuertemente influido por ideas del derecho público, el razonamiento de la Corte en este punto es obsoleto".[5]

Efectivamente, en el derecho público los órganos del estado se mueven bajo la influencia de una regla de clausura diferente: *todo lo que no está permitido está prohibido*. El juez Simma abogó por la aplicación de una perspectiva de derecho público en el derecho internacional, pero hay algunos factores que es necesario considerar antes de aceptar, sin más, la propuesta de Simma. En primer lugar, los principios democráticos esperan que el derecho público al

5 Mi traducción. Texto en: http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf. En el original en inglés se lee: "in a contemporary international legal order which is strongly influenced by ideas of public law, the Court's reasoning on this point is obsolete."

interior de los estados sea el resultado de un acto de decisión de los gobernados. En segundo lugar, la regla de clausura en el derecho público obedece a un objetivo: garantizar la autonomía de los gobernados frente al estado. Por este motivo, el modelo del derecho público que propone Simma no es fácilmente transplantable al derecho internacional. El derecho internacional, en su condición actual, no puede ser descrito como un acto de deliberación de los diversos pueblos que constituyen los distintos estados, sino que es el resultado de las decisiones de los poderes ejecutivos de diversos países. Son los poderes ejecutivos de los respectivos países los que, en general, tienen la representación del estado en la esfera internacional. Por otra parte, la regla de clausura, que quiere aplicar Simma en el derecho internacional para responder a la pregunta sobre si un grupo de personas puede o no puede constituirse en estado, en último término no estaría garantizando la autonomía de las personas ya que se podría usar precisamente para el objetivo contrario de restarle competencia a ciertos grupos de personas, aduciendo que una norma de derecho internacional les prohíbe realizar ciertos actos. Es decir, la aplicación de los principios del derecho público a la comunidad internacional puede implicar la imposición de limitaciones a la soberanía o poderes de las distintas comunidades políticas que existen o pueden existir, mediante reglas en cuya creación esas comunidades políticas no han participado directamente.

Por lo tanto, el hecho de que la CIJ haya interpretado la pregunta sometida a su consideración en forma restringida no puede ser caracterizado como un simple anacronismo. Más bien, se trataba de una cuestión preliminar que necesariamente la Corte debía analizar para otorgar una respuesta adecuada, dentro de los límites normativos del derecho internacional. La pregunta podía enfrentarse desde distintos ángulos. Una manera de formular la pregunta era la siguiente: ¿les estaba permitido a los autores de la declaración de independencia hacerlo? Esta forma de plantear la pregunta asume que la posibilidad de crear un nuevo estado se puede describir como una relación de derecho y obligación correlativos. Un grupo de personas sería titular del derecho a constituirse como un nuevo estado y otros sujetos o, si se quiere, la comunidad internacional de estados en su conjunto, estarían obligados a aceptar la validez jurídica de la creación de ese nuevo estado.

Es útil tener presente en este análisis las categorías que W.N. Hohfeld examinó en su famoso artículo sobre los conceptos jurídicos fundamentales

(1913).[6] Hohfeld efectuó una tipología de las relaciones jurídicas y las ordenó en una matriz de pares y opuestos. Así, un derecho necesariamente supone una obligación correlativa. Pero no todas las relaciones jurídicas obedecen al esquema derecho/deber. Existen libertades (privilegios) que no encuentran una obligación correlativa. Eso quiere decir que, si yo tengo la libertad de expresarme, nadie se encuentra obligado a ayudarme ni a tolerar que me exprese. En ese caso, la libertad tiene como correlativo simplemente un no-derecho por parte del resto de la comunidad, en el sentido que nadie me puede obligar a decir algo específico. En el ejercicio de mi libertad de expresión, gozo de autonomía pero no tengo ningún derecho respecto de otros sujetos para que me ayuden o me hagan más fácil ejercer mi libertad de expresión. Si llevamos estos conceptos al caso de Kosovo, la existencia de un derecho a establecer un nuevo estado necesariamente implica la existencia de una obligación correlativa de aceptación o reconocimiento de la existencia de ese estado.

A Serbia le habría gustado reducir la tarea de la Corte a la identificación de derechos y deberes porque sabe que existe cierto consenso internacional en que el derecho de secesión se ha reconocido en la práctica de los estados en forma muy restringida. En efecto, la secesión, como derecho, solo ha recibido reconocimiento en el ámbito del ejercicio de la auto-determinación de los pueblos en el caso de pueblos bajo dominación colonial.[7] Así se ha interpretado la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 de 1970) que establece que:

> El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

En este caso, gran parte de la doctrina interpreta que "ese pueblo" se refiere al

6 Título original en inglés: Hohfeld, W.N., "Some Fundamental Conceptions as Applied to Judicial Reasoning", en *Yale Law Journal*, 23, 1913.

7 Ver en este sentido Franck, Higgins, Pellet, Shaw y Tomushat, *The Territorial Integrity of Quebec in the Event of the Attainment of Sovereignty*, Report prepared for Québec's Ministère des Relations Internationales, 1992, párrafo 3.06.

pueblo bajo dominio colonial.

El hecho de que el derecho internacional reconozca la existencia de un derecho de secesión solo en el contexto colonial no quiere decir que no puedan aplicarse otros conceptos jurídicos para analizar el problema de la creación de nuevos estados. De hecho, mirar la situación de la secesión bajo la óptica de una relación de derecho/deber solo se justificaría en forma excepcional. Acaso la mayoría de los estados que se han creado en la historia lo han sido fuera de la hipótesis de un pueblo colonial subyugado. Desde el punto de vista de la realidad de los hechos, entonces, probablemente es mucho más adecuado mirar el problema de la secesión como el ejercicio de una libertad. Eso quiere decir que cualquier grupo tiene la libertad de crear un estado separado, lo que no significa que lo consigan ni que los otros sujetos estén obligados a reconocer la existencia de ese nuevo estado. Ni para el Estado padre ni para cualquier otro nace ninguna obligación de ayudar, promover, facilitar o reconocer el ejercicio de esa libertad. Obviamente, rodean esta situación una serie de derechos y obligaciones establecidos por el derecho internacional y el derecho doméstico. Todas las partes comprometidas deben respetar los derechos humanos y las normas que regulan los conflictos armados, pero lo importante es que, en cuanto a las declaraciones de independencia, ellas constituyen el ejercicio de una libertad que no tiene ninguna obligación correlativa.

3. Obligaciones y deberes que podrían limitar el ejercicio de la libertad

En el ejercicio de la libertad de expresión, cualquier persona puede pararse en el *speakers corner* de Hyde Park y decir lo que se le ocurra. El resto de los transeúntes no tienen la obligación de escucharla, ni menos convencerse por su discurso. La relación que se da entre el orador y los transeúntes es una de libertad/no derecho, pero sabemos que la situación se da en un contexto más amplio donde existen derechos y deberes que probablemente permiten que el *speakers corner* sea un lugar pacífico. Los transeúntes no pueden abalanzarse sobre el orador para amordazarlo y el orador no puede amenazar a los transeúntes con un cuchillo para que se transformen en una audiencia interesada. El orador tampoco puede desnudarse para realizar su discurso y los transeúntes no pueden lanzarle objetos para acallarlo. Ahora, todo este contexto de derechos y deberes es independiente de la existencia de la libertad. La libertad no implica todos estos derechos y deberes. Este trasfondo de derechos y deberes se funda en otras normas del sistema jurídico.

Pues bien, es posible que el derecho internacional también establezca un

contexto de derechos y deberes adicionales e independientes al establecimiento de la libertad para declarar el nacimiento de un nuevo estado. Es en esta línea que la Opinión Consultiva, una vez que ha determinado que no existe ninguna regla que prohíba las declaraciones de independencia, pasa a preguntarse si es que en el caso de Kosovo se pudiera haber violado alguna otra norma que establecía obligaciones para los autores de la declaración. Dos son las normas jurídicas adicionales que merecieron el análisis de la Corte. La primera fue el principio de protección de la integridad territorial de los Estados. La segunda norma fue la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), a la que se debe sumar el marco constitucional creado a partir de esa resolución.

Respecto de la integridad territorial, la CIJ desechó una violación de ese principio por la simple razón de que la obligación de respetar la integración territorial de los estados es solamente aplicable entre estados. De esta manera, los entes no estatales no tienen la obligación, bajo el derecho internacional, de respetar la integridad territorial de los estados.

La opinión de la Corte en esta parte es sensata. De otra manera, no habría posibilidad de creación de nuevos estados a partir de estados ya existentes puesto que siempre se violaría su integridad territorial. La integridad territorial funcionaría como un verdadero seguro contra la secesión.

Respecto de las obligaciones establecidas por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y del marco constitucional (Constitutional Framework) establecido por el Delegado Especial del Secretario General de NU en el contexto de la operación de paz establecida en el territorio de Kosovo, la Corte fue de la opinión que estas normas tampoco habían sido violadas por los autores de la declaración de independencia. Las razones que tuvo para llegar a esta conclusión no se fundaron en una interpretación del ámbito de aplicación material de esas normas, sino en la constatación de que los autores de la declaración de independencia no estaban obligados por esas reglas. La razón fue *ratione personae*. Veremos por qué la Corte escogió este razonamiento.

La resolución 1244 (1999) y el marco constitucional instituido por el Secretario General de NU establecieron un gobierno provisional para la región de Kosovo que funcionaba con autonomía, es decir, sin estar sujeto al poder gubernamental de Serbia. En el Anexo 2 de la resolución queda claro que la provisionalidad de este marco constitucional para Kosovo se explica por el objetivo de lograr, al cabo de un tiempo, el establecimiento de un gobierno autónomo sustancial para Kosovo. El proceso a través del cual se contempla que

se pondrá fin a la administración provisional debería tener en cuenta algunos principios, entre los que se incluye el principio "de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y de los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo." La resolución 1244 (1999) y el marco constitucional tenían previsto que ese proceso, que debía conducir al establecimiento de un gobierno autónomo para Kosovo, sería objeto de una negociación entre ambas partes y que no involucraría una violación de la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia). Ahora, esto no quiere decir que la solución negociada no pudiera resultar en la creación de un nuevo estado, pero, en el caso de materializarse esa hipótesis, el acto creador del nuevo estado habría tenido que contar con el consentimiento de Serbia.

Como se puede apreciar, el régimen de autonomía que la resolución 1244 previó para Kosovo era un esquema que, sin el consentimiento de Serbia en sentido contrario, mantenía a Kosovo como parte de Serbia. Es por este motivo que Serbia, en su presentación escrita ante la CIJ, sostuvo que:[8]

- El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al adoptar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta, estableció un régimen jurídico para Kosovo, vinculante para las partes así como para todos los Miembros de las Naciones Unidas.
- El régimen jurídico internacional de Kosovo garantiza la integridad territorial de Serbia en tanto no se llegue a un arreglo definitivo acordado entre las partes bajo los auspicious del Consejo de Seguridad.
- La noción de "auto-gobierno" y "autonomía" en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad excluyen la independencia de Kosovo, en particular, una declaración unilateral de Independencia.

8 Mi traducción. Texto en: http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15642.pdf. En el original en inglés se lee:
The Security Council of the United Nations, by adopting Security Council resolution 1244 (1999) under Chapter VII of the Charter, established an international legal regime for Kosovo, binding upon the parties as well as upon all Member States of the United Nations;
The international legal regime for Kosovo guarantees the territorial integrity of Serbia pending a final settlement to be agreed between the parties under the auspices of the Security Council;
The notions of "self-government" and "autonomy" in Security Council resolution 1244 (1999) exclude Independence for Kosovo, in particular a unilateral declaration of Independence;
Security Council resolution 1244 (1999) requires that Kosovo's future status be determined through a political process, peacefully and by negotiations;
Only the Security Council may terminate the international legal regime for Kosovo.

- La resolución 1244 (1999) requiere que el futuro status de Kosovo sea determinado a través de un proceso político, pacíficamente y por negociaciones.
- Únicamente el Consejo de Seguridad puede terminar el régimen jurídico internacional de Kosovo.

Para Serbia, entonces, la resolución 1244 (1999) se levanta como la fuente de una obligación, según la cual la independencia de Kosovo pasa a estar prohibida por el derecho internacional. Como se sabe, las resoluciones del Consejo de Seguridad constituyen uno de los pocos ejemplos en que un órgano de una organización internacional ejerce una función legislativa creando normas obligatorias para los estados miembros de la organización.[9]

Una forma en que los partidarios de la formación del nuevo estado de Kosovo respondieron a este argumento serbio fue tratar de equiparar el marco constitucional establecido en virtud de la resolución 1244 con un sistema jurídico doméstico. El argumento subyacente es que el derecho doméstico del estado, una de cuyas regiones se independiza, es irrelevante a la hora de determinar si esa independencia es lícita o no según el derecho internacional. La CIJ no estuvo de acuerdo con esta caracterización de la resolución 1244 y el marco constitucional establecido en el contexto de esta resolución. Es obvio que la resolución 1244 y las normas establecidas para la administración de Kosovo por parte de NU son normas de derecho internacional, sin perjuicio de que tengan implicaciones normativas en el plano doméstico.

Sin embargo, el intento de equiparar estas normas internacionales que componen el marco constitucional de administración de Kosovo con el derecho constitucional doméstico parte del supuesto correcto de que ningún orden constitucional podría evitar, jurídicamente hablando, el nacimiento de un nuevo estado. Sobre este punto, la Corte Suprema de Canadá señaló que, si bien el análisis constitucional referido a una secesión unilateral puede llevar a la conclusión de que no existe un derecho a realizarla en el plano doméstico, eso no implica desconocer la posibilidad de que se efectúe una secesión unilateral *de facto*.[10] Obviamente, la Constitu-

9 Ver Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas que dispone: "Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".

10 Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217. Ver párrafo 106: "[A]lthough under the Constitution there is no right to pursue secession unilaterally, that is secession without principled negotiation, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on effective control of a territory and recognition by the international community [. . .]"

ción de Canadá no regula la secesión *de facto*. Si lo hiciera, esta dejaría de tener tal carácter y simplemente sería una de las salidas constitucionales reconocidas como derecho por Canadá a las aspiraciones secesionistas de ciertos sujetos.

Como hemos visto, el derecho internacional general no prohíbe la secesión unilateral, pero nada obsta a que normas particulares de derecho internacional quieran limitar en un determinado caso esta libertad mediante la cual un grupo quisiera efectuar una secesión unilateral. En ese sentido, la resolución 1244 (1999) y el marco constitucional establecido por NU podrían interpretarse como una prohibición a la secesión unilateral; esas normas internacionales cumplirían un rol parecido al de la Constitución de Canadá en el derecho canadiense para determinar el ámbito de acción de la provincia de Québec. Por otra parte, si consideramos que la misma CIJ es parte del sistema jurídico internacional, se puede también decir que ella se encuentra en una situación parecida a la de la Corte Suprema de Canadá, porque ambas cortes tienen la responsabilidad de ser fieles y aplicar las reglas de su propio sistema jurídico. Con estas consideraciones en mente, Serbia podía esperar que la CIJ le diera la razón. Es decir, a partir de la resolución 1244 (1999) y el marco constitucional establecido por NU para la administración provisoria de la región de Kosovo, la CIJ podría haber concluido que la única salida posible para las aspiraciones secesionistas de Kosovo era seguir el procedimiento de negociación establecido por esas normas.

Sin embargo, así como existen similitudes, también hay una gran diferencia entre la Corte Suprema de Canadá y la CIJ. La Corte Suprema de Canadá podía agotar su análisis jurídico en una interpretación de la Constitución de Canadá, teniendo solo presente en su análisis la constatación de que el derecho internacional general no establece un derecho generalizado a la secesión pero tampoco prohíbe la libertad para realizar secesiones unilaterales. Es decir, la Corte Suprema de Canadá podía ser fiel a la aplicación de la Constitución de Canadá, pero reconociendo un ámbito internacional en el que a lo mejor una secesión *de facto* podía llevar a la creación de un nuevo estado.[11] La CIJ se encontraba en una posición diferente porque reglas específicas de

11 Ibíd.. Ver párrafo 141: "It is true that international law may well, depending on the circumstances, adapt to recognize a political and/or factual reality, regardless of the legality of the steps leading to its creation." Y en el párrafo 142 se lee: "Secession of a province from Canada, if successful in the streets, might well lead to the creation of a new state. Although recognition by other states is not, at least as a matter of theory, necessary to achieve statehood, the viability of a would-be state in the international community depends, as a practical matter, upon recognition by other states [. . .]".

derecho internacional establecían un procedimiento en el cual, en principio, las aspiraciones secesionistas de Kosovo se deberían haber enmarcado: la resolución 1244 (1999) y el marco constitucional.

¿Podía la CIJ decidir que esas normas internacionales habían perdido validez frente al ejercicio eficaz por parte del pueblo de Kosovo del poder de crear un nuevo estado? Es claro que la CIJ, cuya función es interpretar y aplicar el derecho internacional, no podía dar una opinión en ese sentido. La Asamblea de Kosovo es un órgano que operaba en el contexto del marco constitucional establecido por NU. Es decir, sus poderes estaban determinados por ese marco constitucional. Pero la CIJ estaba probablemente consciente de que, en la medida que la creación de un nuevo estado es el producto de la política más que del derecho, no podía recurrirse a la reglas jurídicas para bloquear la creación de un nuevo estado. Por otra parte, sabido era que el proceso de negociación previsto por el marco constitucional estaba frustrado.[12] Por lo tanto, para tratar de conciliar la naturaleza internacional del marco constitucional establecido y su vigencia con la licitud general de la declaración de independencia, la CIJ no encontró mejor camino que ampararse en el criterio *ratione personae*. Así, la conclusión fue que los autores de la declaración de independencia no se encontraban obligados por el marco constitucional establecido, por cuanto actuaron en una calidad diferente a la de un órgano de este marco constitucional.[13] Con todo, con esta aplicación del criterio *ratione personae*, la Corte no hacía sino reconocer en forma implícita los límites normativos del derecho internacional para responder la pregunta sobre cuándo y cómo se crean los nuevos estados.

4. El derecho internacional y los criterios que determinan la existencia o inexistencia de un nuevo Estado

La opinión de la CIJ se limitó a establecer que la declaración de independencia

12 Opinión Consultiva, párrafo. 105: "The declaration of independence reflects the awareness of its authors that the final status negotiations had failed and that a critical moment for the future of Kosovo has been reached. The Preamble of the declaration refers to the 'years of internationally-sponsored negotiations between Belgrade and Pristina over the question of our future political status' and expressly puts the declaration in the context of the failure of the final status negotiations, inasmuch as it states that 'no mutually-acceptable status outcome was possible' [. . .]".

13 Ibíd., párrafo. 105: "[t]he authors of the declaration did not seek to act within the standard framework of interim self-administration of Kosovo, but aimed at establishing Kosovo 'as an independent and sovereign' state (paragraph 1). The declaration of independence, therefore, was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so. On the contrary, the Court considers that the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order."

de Kosovo no violaba ninguna norma de derecho internacional. La Corte, entonces, no se pronunció sobre si Kosovo puede ser calificado como un nuevo estado de acuerdo con el derecho internacional. Según la Corte, esa pregunta no le fue formulada por la Asamblea General. Pero, ¿estaría dispuesta la Corte a responderla si se le formulara? El análisis expuesto en el capítulo anterior no permite dar una respuesta general. En el caso de Kosovo, la Corte consideró que esa pregunta no le había sido formulada, pero no se puede descartar que en otras situaciones la Corte quisiera hurgar un poco más en las condiciones necesarias para establecer un nuevo estado conforme al derecho internacional o que la Asamblea General le haga derechamente la pregunta.

La regla general es que la creación de nuevos estados se rige por el principio de efectividad. Muchos autores sostienen que la pregunta sobre la creación de nuevos estados no puede ser respondida por el derecho internacional positivo. Como ha dicho Georges Abi-Saab:

> Por cierto, el Estado desde la perspectiva del derecho internacional no es una mera persona juridical (personne morale), cuyo proceso de nacimiento se encuentre regulado por el derecho. Se trata más bien de un 'hecho primario". i.e. un hecho que precede al derecho, y que el derecho reconoce una vez que éste se ha materializado, atribuyéndole ciertos efectos, incluido un cierto estatus jurídico.
>
> Sin embargo, el derecho no tiene un control directo sobre el despliegue de ese proceso que lleva al nacimiento de un Estado; él puede incentivar o desincentivar su nacimiento por medio de incentivos o disuasivos, como lo hizo, por ejemplo, al promover la creación de un estado independiente en Namibia o al desincentivar la existencia de un estado racista en Rodesia; en otras palabras, actuando sobre la base de las probabilidades y las efectividades. Pero no puede directamente "crear" ni destruir el hecho primario (en la medida que el derecho no es en este contexto la "causa eficiente" en el sentido aristotélico del término).[14]

14 Mi traducción. Abi-Saab, "Conclusion", en Kohen (ed.) *Secession. International Law Perspectives*, (Cambridge University Press) 2006, p. 470. El original en ingles se lee:
Indeed, the State in the contemplation of international law is not a mere legal or 'juristic' person (personne morale), whose process of coming into being is prescribed by law. It is rather a 'primary fact', i.e. a fact that precedes the law, and which the law acknowledges only once it has materialised, by attributing certain effects to it, including a certain legal status.
However, the law has no direct hold over the unfolding of the process that leads to the birth of the State; it can encourage or discourage its advent by means of inducement or dissuasion, as it did, for example,

En otras palabras, la posición general es que no es el derecho el que hace al soberano, sino que el efectivo despliegue de su poder. Y así lo dijeron los expertos a quienes el Ministerio de Relaciones Exteriores de Canadá pidió un informe relativo a las consecuencias jurídicas de una futura independencia de Quebec: "la existencia de un Estado no es una cuestión jurídica sino de hechos.[15]

La posición de la CIJ en el caso Kosovo es compatible con esta posición. Es así como prefirió señalar en forma escueta que la pregunta sometida por la Asamblea General era concisa y específica, referida solo a determinar si la declaración de independencia estaba en conformidad con el derecho internacional. La Corte aclaró que no se le había preguntado por las consecuencias jurídicas de la declaración de independencia. Tampoco se le preguntó, dijo, si Kosovo había logrado alcanzar o no el status de estado.

Junto con esta posición según la cual la creación de nuevos estados se limita a la aplicación del principio de efectividad, han surgido voces que señalan que el derecho internacional podría evolucionar hacia el desarrollo de normas relativas al establecimiento de nuevos estados. Crawford, por ejemplo, ha dicho que no hay nada contradictorio en aceptar que el derecho internacional pueda establecer una regulación jurídica para el fenómeno de la estatalidad.[16] A muchos, tal vez, les habría gustado que la Corte entrara en una discusión sobre la existencia de esas nuevas normas y acusan que la Corte fue poco generosa en su respuesta a la opinión solicitada. Sin embargo, tal vez la causa de su acotada respuesta se deba simplemente a que, en el caso particular de Kosovo, la Asamblea General no estuvo ni habría estado dispuesta a hacer la pregunta más amplia sobre qué reglas se han desarrollado en el derecho internacional contemporáneo sobre la creación de nuevos Estados.

in encouraging the creation of an independent State in Namibia or in discouraging the existence of a racist State in Rhodesia – in other words, in acting on the probabilities and the effectivities. But it can neither 'create' nor destroy the primary fact directly (since the law is not in this context an 'efficient cause' in the Aristotelian sense of the term).

15 Mi traducción. Franck, Higgins, Pellet, Shaw y Tomuschat, op. cit., párrafo 2.40: "the existence of a State is not a question of law but of fact".

16 Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed., (Oxford University Press) 2006, p. 106.

AVANCES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA POR COMPLICIDAD FINANCIERA. LA RELEVANCIA DEL CASO CHILENO Y EL *INFORME CASSESE*

Juan Pablo Bohoslavsky [1] *y Mariana Rulli* [2]

Este trabajo describe los principales fundamentos, características y tendencias de la responsabilidad corporativa por complicidad, en los planos internacional y chileno, con énfasis en las contribuciones financieras. Se desarrolla el argumento de que, a la hora de juzgar la complicidad financiera, el criterio fundamental debe ser el previsible uso que se le dará al *commodity*, por sobre su cualidad intrínseca. Como estudio de caso se analiza el régimen de Pinochet, examinando cómo la ayuda financiera externa recibida y su incidencia macroeconómica, presupuestaria y fiscal impactaron en la situación de derechos humanos. También se describe el carácter público de las violaciones de derechos humanos y la posición oficial del gobierno de Estados Unidos denegando al gobierno de Pinochet ayuda financiera bilateral y multilateral fundándose en esas violaciones. En tal análisis, se sigue el abordaje holístico desarrollado en el informe realizado para Naciones Unidas en 1978 por el Profesor Antonio Cassese, específicamente sobre la relación que existía entre la ayuda financiera recibida por el gobierno chileno y sus violaciones de derechos humanos. Este trabajo concluye que se deben profundizar los estudios sobre el rol y eventual responsabilidad de los prestamistas del régimen de Pino-

1 Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Rio Negro (UNRN), Argentina.

2 Candidata a Doctorado en Ciencias Sociales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Profesora de Teoría Política, UNRN. Los autores agradecen a la UNRN y al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (MPI) por el apoyo económico y académico para realizar esta investigación. También, por sus comentarios y críticas, a Jorge Contesse, Alejandro Chetman, Judith Schonsteiner y a todos los participantes de los coloquios realizados en el MPI el 15 de febrero de 2010 y en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales el 18 de octubre de 2010, en los cuales versiones preliminares de esta investigación fueron presentadas y discutidas. Una versión reducida de esta investigación fue publicada en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 3, 2010, pp. 829-850. Este trabajo fue enviado para su publicación en diciembre de 2010.

chet, contribuyendo a los mecanismos de justicia transicional del país.

1. Introducción

La responsabilidad corporativa por complicidad con la violación de derechos humanos fundamentales constituye uno de los problemas actuales más salientes con los que lidia el Derecho Internacional y cuyo origen se remonta a los casos decididos por el Tribunal Militar de Nuremberg.[3] Los fundamentos jurídicos de este tipo de responsabilidad han evolucionado notablemente en las últimas décadas según lo atestiguan las propias cortes nacionales, en particular las norteamericanas. Sin embargo, el debate específicamente referido a la responsabilidad por complicidad financiera registra un atraso.

Este artículo intenta reducir esa brecha promoviendo la discusión en torno a la responsabilidad civil corporativa de aquellos sujetos no estatales que contribuyen y/o facilitan con dinero la comisión de abusos de derechos humanos fundamentales. Este trabajo no abordará el supuesto de violaciones de derechos que no conforman el *núcleo duro* de los derechos humanos,[4] ni la cuestión de la in/validez de los préstamos que facilitan esas mismas violaciones[5] ni las conductas corporativas que, de manera autónoma (y no como cómplices de actores estatales), infringen esas mismas normas.

El caso del último gobierno dictatorial de Chile y el rol asumido por el financiamiento externo aportan material casuístico útil para entender cómo puede operar la mecánica causal de los daños en la clase específica de responsabilidad corporativa por complicidad que aquí interesa. En la medida que las violaciones de los derechos humanos perpetradas por el régimen de Pinochet han generado consecuencias judiciales penales, tanto nacionales[6] como in-

3 Borgwardt, Elizabeth, "Bernath Lecture: Commerce and Complicity: Corporate Responsibility for Human Rights Abuses as a Legacy of Nuremberg", en *Diplomatic History*, 34, 2010, p. 627; Bush, Jonathan A., "The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said", en *Columbia Law Review*, 109, 2009, p.1094 y ss.

4 Como los derechos humanos no vinculados a normas de *jus cogens*, derechos laborales y ambientales, Mafessanti, Miriam, "Corporate Misbehavior and International Law: Are There Alternatives to Complicity?", en *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 6, 2, 2010, p.167.

5 Michalowski, Sabine y Bohoslavsky, Juan Pablo, "Ius Cogens, Transitional Justice and other Trends of the Debate on Odious Debts. A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts", en *Columbia Journal of Transnational Law*, 48, 2010, pp. 61-120.

6 En 2009 existían 297 causas en trámite por delitos relacionados con muertes o desapariciones ocurridas durante la dictadura. A esa misma fecha se encontraban en trámite 33 causas adicionales por tortura, inhumación o exhumación ilegal de restos o asociación ilícita, lo que significa un total general de 330 causas activas por violaciones de derechos humanos. En 2009 había 59 ex agentes cumpliendo penas efectivas de privación de la libertad y otros 115 agentes que las cumplían con algún beneficio de libertad vigilada o remisión de pena, y el total de acusaciones ascendía a 3.108, mientras que

ternacionales[7], este caso también es útil para plantear cuestiones en torno a la interrelación entre la responsabilidad penal y la civil en la evaluación de la complicidad.

También es importante recordar que, desde 1998 y hasta 2005, el banco Riggs fue investigado por su complicidad con el régimen militar chileno, por la recepción, ocultación y blanqueo de fondos públicos robados por el propio Pinochet desde el inicio de la dictadura.[8] Concretamente, el banco Riggs ayudó a que Pinochet pudiera evadir una orden de un juez español tendiente a bloquear sus cuentas bancarias.[9] Este caso también ilustra la relevancia jurídica de los agentes financieros en el contexto de campañas de violaciones masivas de derechos humanos.[10]

La estructura del artículo contiene tres secciones. En primer lugar, se describen los principales argumentos jurídicos en torno a la responsabilidad corporativa por complicidad en los planos internacional y doméstico. Asimismo, se focaliza en los aportes financieros y se desarrolla el argumento de que, a la hora de juzgar la complicidad corporativa financiera, el criterio fundamental es el previsible uso que se le dará al *commodity*, por sobre su cualidad intrínseca. En segundo lugar, se estudia específicamente el caso chileno, examinando cómo la ayuda financiera externa y su incidencia macroeconómica, presupuestaria y fiscal impactaron en la situación de derechos humanos, el carácter público de las violaciones de derechos humanos y la posición oficial del gobierno de Estados Unidos denegando al gobierno de Pinochet ayuda financiera bilateral y multila-

---

los procesamientos vigentes eran 567 (Observatorio de Derechos Humanos, Boletín informativo, 2, Universidad Diego Portales, diciembre de 2009; Programa de Derechos Humanos, Ministerio del Interior, 2009, disponible en www.ddhh.gov.cl). Para una amplia descripción y explicación de la evolución judicial de estos casos, véase el Anuario de Derechos Humanos 2005-2009, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, disponible en http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/,19 de abril de 2010.

7 Por todos, Malamud Goti, Jaime, *Los dilemas morales de la justicia internacional: El caso Pinochet* (Miño y Davila) 2003; Roht-Arriaza, Naomi, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (University of Pennsylvania Press) 2004.

8 Minority Staff of the Permanent Subcommittee on Investigations, 108th US Cong., *Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act* (Comm. Print 2004); US Committee on Homeland Security and Governmental Affairs Permanent Subcommittee on Investigations, *Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act Supplemental Staff Report on US Accounts Used by Augusto Pinochet*, 16 de marzo de 2005.

9 Véase la resolución judicial dictada por el Juez Baltasar Garzón Real, Tribunal de Investigación No. 5 (Madrid), Caso No. 28079-27-2-1996-0007036-78300 (2/25/05); *The Washington Post*, "Allbrittons, Riggs to Pay Victims of Pinochet", O'Hara, Terence, 26 de febrero de 2005, p. A01

10 Scott, Shaw W., "Taking Riggs Seriously: the ATCA Case Against a Corporate Abettor of Pinochet Atrocities", en *Minnesota Law Review*, 89, 2005, pp. 1497-1543.

teral en virtud de la situación de los derechos humanos en Chile. En tal análisis se sigue la metodología desarrollada en el informe realizado por el Profesor Antonio Cassese (el *Informe Cassese*) –investigado y publicado en 1978 por las Naciones Unidas (ONU)– en el que se explica conceptual y empíricamente, y en detalle, cómo la ayuda financiera recibida por el régimen facilitaba las violaciones de los derechos humanos en Chile.[11] Por último, se presentan conclusiones acerca de cómo el caso chileno puede contribuir y fortalecer la evolución global de la responsabilidad corporativa por complicidad, especialmente la financiera, y complementar así los mecanismos de justicia transicional.

2. La complicidad corporativa

2.1. Fundamento y evolución de la responsabilidad corporativa por complicidad

2.1.1. Derecho internacional

Durante las últimas décadas, las corporaciones han demostrado cada vez más su enorme capacidad para influir en los diferentes acontecimientos dentro de los territorios nacionales y a escala global,[12] y los Estados su capacidad decreciente para influir en los acontecimientos económicos cotidianos de las poblaciones.[13] De manera correlativa, la responsabilidad corporativa, incluyendo la responsabilidad por complicidad, ha evolucionado profundamente.[14] Esta progresión se ha manifestado en diversas formas tales como la aprobación de *códigos de conducta* de las empresas,[15] numerosos informes de la ONU sobre

11 Cassese, Antonio, *Study of the Impact of Foreign Economic Aid and Assistance on Respect for Human Rights in Chile*, E/CN.4/Sub.2/412,Vols. I a IV (*Informe Cassese*), 1978.

12 Clapham, Andrew, "The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court", en Kamminga, Menno T.y Zia-Zarifi, Saman (eds.), *Liability of Multinational Corporation Under International Law*, (Kluwer Law International) 2000, p.189 y ss.; Kapur, Ratna, "From Human Tragedy to Human Rights: Multinational Corporate Accountability for Human Rights Violations", en *Boston College Third World Law Journal*, 10, 1990, pp. 1-40.

13 Narula, Smita, "The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law", en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2006, pp. 691-750.

14 Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, (The Oxford International Law Library), 2da ed., 2007, p. 514; Weissbrodt David y Kruger, Muria, "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", en *American Journal of International Law*, 97, 2003, pp. 901-923.

15 Glinski, Carola, "Corporate Codes of Conduct: Moral or Legal Obligation?", en por todos, McBarnet, Doreen, *The New Corporate Accountability* (Cambridge University Press), 2009; McLeay, Fiona, "Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations. A Small Piece of a Large Puzzle", en *New York University School of Law Working Paper*, 2005, disponible en http://www.law.nyu.edu/global/workingpapers/2005/ECM_DLV_015787, 24 de marzo de 2010, Zerk, Jennifer A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, (Cambridge University Press), 2006.

el tema,[16] informes de ONGs e instituciones independientes,[17] una prolífica investigación académica[18] y una serie de intervenciones judiciales en las cortes domésticas.[19]

¿Implica, desde la perspectiva del derecho internacional, una conducta antijurídica contribuir a la comisión de violaciones de derechos humanos? Las convenciones internacionales en materia de derechos humanos sancionan expresamente la complicidad,[20] esto es, la facilitación o contribución para la comisión de delitos. Esas convenciones multilaterales han sido acompañadas mayoritariamente por un creciente desarrollo normativo y administrativo internacional y nacional en el campo de los derechos humanos, que cristaliza así una costumbre internacional en la materia[21]

16 Consejo de Derechos Humanos, 'Protect Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights', informe del representante especial sobre derechos humanos, corporaciones transnacionales y otras empresas, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, (2008).

17 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Corporate Complicity & Legal Accountability,Vols I, II & III, (2008), disponible en http://www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&langage=1&myPage=Legal_Documentation&id=22851; International Federation of Human Rights, Corporate Accountability for Human Rights Abuses: A Guide for Victims and NGOs on Recourse Mechanisms, (2010) disponible en http://www.fidh.org/Corporate-Accountability-for-Human-Rights-Abuses

18 Véase, en general, Christensen, David D., "Corporate Liability for Overseas Human Rights Abuses: The Alien Tort Statute After Sosa v. Alvarez-Machain", en *Washington Lee Law Review*, 62, 2005, p. 1219 y ss.; de Schutter, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, (Hart) 2006, pp. 345-346; Ramasastry, Anita, "Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon an Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations", en *Berkeley Journal of International Law*, 20, 2002, pp. 9-59; Ramsey, Michael D., "International Law Limits on Investor Liability in Human Rights", en *Harvard International Law Journal*, 50, 2009, p. 271 y ss.; Ratner, Morris A., "Factors Impacting the Selection and Positioning of Human Rights Class Actions in United States Courts: A Practical Overview", en *NYU Annual Survey of American Law*, 58, 2004, pp. 623-647.

19 Para una lista amplia de los casos en América Latina, Canadá y Estados Unidos, véase Hutto, Chistopher y Jenkins, Anjela, "Report on Corporate Complicity Litigation in the Americas: Leading Doctrines, Relevant Cases, and Analysis of Trends", en *Human Rights Clinic*, (University of Texas) 2010. El caso más importante en la actualidad en los tribunales de Estados Unidos es *South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009). Sobre los casos judiciales en Europa ver Enneking Liesbeth F. H., "Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", en *George Washington International Law Review*, Vol. 40, 4, 2009, p. 903 y ss.

20 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 4), Convención Internacional sobre Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid (art. 3b), Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (art.6), Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. 3e), Convención de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (art.1.2), Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art.5.1.b), Convención sobre la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (art.2.5.a), Convención Internacional sobre la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art.2.3.a) y el Protocolo contra el Contrabando de Inmigrantes (art. 5.1.b), Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 25.3), Estatutos de las Cortes Internacionales para Ruanda (art. 6) y la ex Yugoslavia (art. 7).

21 Sobre las evidencias de la costumbre internacional, Comisión de Derecho Internacional, Report of the International Law Commission to the General Assembly (Part II): Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1950, p. 364 y ss.

que no ha sido limitada por objeciones persistentes los Estados, en el sentido de que se opongan a la idea de que es ilegal contribuir a la violación de derechos fundamentales. Cuando esa contribución se materializa en aportes corporativos (bienes o servicios), ¿continúa siendo antijurídica? Plantearse esta interrogante desde la perspectiva jurídica internacional nos lleva a la cuestión acerca de si y cómo los sujetos no estatales son sujetos del derecho internacional,[22] esto es, si afectan y pueden ser afectados por el derecho internacional y al mismo tiempo si pueden presentar reclamos de índole internacional.[23]

Las convenciones supra citadas no efectúan una diferenciación entre personas físicas y jurídicas al momento de prohibir la complicidad con abusos de derechos humanos, sea que el delito principal sea cometido por el Estado o particulares. Tampoco se excluyen las contribuciones que consistan en bienes o servicios determinados.

El estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg ya preveía la posibilidad de que se declarara como *organizaciónes criminales* a grupos en los cuales hubieran participado las personas físicas que cometían los delitos.[24] En los casos concretamente juzgados por ese Tribunal Militar, en los cuales se condenó a diversos empresarios por haber contribuido a la campaña de exterminio nazi, se confirmó el principio de que las propias empresas pueden violar el derecho internacional aun cuando las sanciones criminales se impusieran sobre sus directivos,[25] aunque excepcionalmente se llegó a aplicar la pena de muerte a una empresa.[26] Así, los sujetos no estatales pueden, técnicamente, violar el derecho internacional de los de-

22 Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, (Oxford University Press), 2006, pp. 25-57; Duruigbo, Emeka, "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2008, 6, p. 222 y ss.

23 CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, advisory opinion, 1949, ICJ, 174.

24 Art. 9, Charter of the International Military Tribunal, 8 de agosto de 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S., 279.

25 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, No. 10, Volumes VI (Flick), VII and VIII (IG Farben), IX (Krupp), Nuremberg, octubre de 1946-abril de 1949 (United States Government Printing Office, 1953).

26 Sobre la disolución de la I.G. Farben dispuesta precisamente por su participación en violaciones graves del derecho internacional durante la segunda guerra mundial, v. Control Council Law N°. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes (20 de diciembre de 1945), en *I Enactments and Approved Papers of the Control Council and Coordinating Committee*, p. 306 y ss., disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Enactments/01LAW09.pdf

rechos humanos,[27] con lo que la estricta separación entre Estados y sujetos no estatales termina siendo, en la práctica, un capítulo (en crisis) de la teoría legal y una cuestión que requiere un análisis casuístico antes que una definición obligatoria o innata del derecho internacional.[28] De hecho, las corporaciones son reguladas de manera creciente por el derecho internacional,[29] con lo que el alcance de sus derechos y obligaciones se convierte en el resultado de decisiones políticas[30] –antes que en deducciones derivadas de su *subjetividad* en el derecho internacional– tal como sucede en el plano doméstico.

Es cierto que las personas jurídicas, de acuerdo al actual estado del arte en el derecho internacional, no se encuentran específicamente sometidas a la jurisdicción (*ratione personae*) de tribunales penales internacionales,[31] pero esto no las exime del principio que prohíbe contribuir a la comisión de violaciones graves de derechos humanos,[32] en particular cuando se encuentran comprometidas normas de *jus cogens*.[33] Admitir esa opción implicaría aceptar que las sociedades comerciales pueden ser utilizadas como un vehículo útil para violar la ley y enriquecerse facilitando delitos graves, supuesto inadmisible para los sistemas internacionales de protección de

27 Para una visión distinta (más centrada en el Estado) ver De Brabandere, Eric, "Non-State Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations", en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 191-209.

28 Bexell, Magdalena, "Distribution of Responsibility for Human Rights Protection: The Public-Private Distinction", en *Journal of International Peace and Organization*, 2004, p. 103 y ss.

29 Ratner, Steven R., "Corporations and Human Rights: A Theory of Corporate Responsibility", en *Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, p. 488.

30 Fauchald, Ole Kristian. y Stigen, Jo, "Corporate Responsibility before International Institutions", en *The George Washington International Law Review*, Vol. 40, 4, 2009, p. 1030.

31 Estatuto de la Corte Internacional para la ex Yugoslavia (art. 6), Estatuto de la Corte Internacional para Ruanda (art. 5) y Estatuto de Roma (art. 25).

32 *"El reconocimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en cabeza de las corporaciones no puede estar sometida a la (no) existencia de una potencial jurisdicción internacional"*, van den Herik Larissa y "erni", Jernej Letnar, "Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again", en Journal of International Criminal Justice, Vol. 8, 3, 2010, p. 732.

33 Ver art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). *"Jus Cogens es una norma pensada para ser tan fundamental que incluso invalida reglas emanadas de tratados o costumbres. Usualmente, una norma de Jus Cogens presupone un orden público lo suficientemente potente para controlar los Estados que podrían de otra manera establecer reglas contrarias a través de una manera consensual"*, Janis, Mark W., *An Introduction to International Law*, (Aspen Publishers) 4th ed., 2003, pp. 62-3. Ver también Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, A/CN.4/L/682, 2006, p. 189.

los derechos humanos.[34] Además, ubicaría a las corporaciones en una posición de inmunidad absoluta frente a normas inderogables a la que los Estados, como personas jurídicas, no podrían aspirar.[35]

Las corporaciones, al igual que las personas físicas y los Estados, no están eximidas del deber de respetar los derechos humanos fundamentales que, según el caso, les incumban.[36] Esto responde a dos fenómenos concurrentes. El primero, una visión humanista del derecho internacional, que ha sido receptada explícitamente por la Corte Penal para la ex Yugoslavia:[37] "La perspectiva orientada al Estado-soberano ha sido gradualmente suplantada por una perspectiva orientada al ser humano. Gradualmente la máxima del derecho romano hominum causa omne jus constitutum est (todo el derecho es creado para el beneficio de los seres humanos) también ha ganado una firme pisada en la comunidad internacional".[38] El segundo, una concepción integral y horizontal de los derechos humanos,[39] con lo que no solo rigen en las relaciones entre Estados y personas sino también entre estas,[40] lo cual responde a la definición que la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre estableció en su preámbulo, comprendiendo a cada persona y órgano de la sociedad, entre los que se ubican las corporaciones.[41] Si es una corte internacional o doméstica la que exige concretamente el cumplimiento de ese deber, se trata de una cuestión jurisdiccional.[42]

---

34 V.p.t., Tomuschat, Chistian y Thouvenin Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, (Martinus Nijhoff Publishers) 2006.

35 Engle, Eric, "Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability Under the Alien Torts Statute", en documento de trabajo, (Universidad de Bremen) 17 de diciembre de 2010, disponible en http://ssrn.com/abstract=1727331

36 Ver, ampliamente, Jägers, Nicola, *Corporate Human Rights Obligations. In Search of Accountability*, (Intersentia), 2002.

37 El principio *pro homine* es así relevante aun cuando el origen de este tribunal se deba a una decisión estatal manifestada a través del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, puesto que su razón es aplicar precisamente normas básicas que procuran proteger a los seres humanos, sobre este punto ver Álvarez, José, "Nuremberg Revisited: The Tadic Case", en *European Journal of International Law*, Vol. 7, 2, 1996, p. 245 y ss.

38 CPIY, *Prosecutor v. Tadic*, 2 octubre de 1995, parr. 97.

39 "erni", Jernej Letnar, *Human Rights Law and Business*, (Europa Law Publishing), 2010, p. 30 y ss.

40 Knox, John H., "Horizontal Human Rights Law", en *American Journal of International Law*, 102, 2008, p. 18 y ss. Sobre el carácter *erga omnes* de los derechos humanos en el ámbito interamericano, ver CIDH, *Opinión Consultiva 18/03*, 2003.

41 Henkin, Louis, "The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets", en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 25, 1999, p. 25.

42 Sobre el rol de las cortes domésticas aplicando el derecho internacional precisamente en virtud de su doble rol de agentes internacionales y domésticos, Aceves, William J., "Liberalism and International

El grado de culpabilidad exigido para que se configure la responsabilidad por complicidad ha sido una cuestión controvertida. Los estatutos y jurisprudencia internacionales exigen mayoritariamente el recaudo del *conocimiento*, aunque no se persiga primariamente la comisión del crimen principal. Esa fue la conclusión a la que arribaron diversas sentencias en el Tribunal Militar Británico y el Tribunal de Nuremberg[43], y las interpretaciones de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia[44] y de la Corte Penal Internacional para Ruanda[45]. En cambio exige un cierto propósito el art. 25.3 del Estatuto de Roma, aunque esa intención podría ser secundaria o no exclusiva, en el sentido de que puede buscarse antes otro objetivo: "quien conscientemente vende gas al operador de la cámara de gas con el propósito primario de ganar dinero puede inferirse que tiene el propósito secundario de asesinar gente, y de esa forma él puede continuar vendiendo más gas para asesinar más gente".[46] La jurisprudencia aplicando el *Alien Tort Claim Act* (ATCA) en Estados Unidos ha arrojado sentencias contradictorias en este punto.[47]

Por su parte, el ya citado informe de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) de 2008 estableció que una compañía puede ser responsabilizada si "activamente procuró contribuir a groseros abusos de derechos

---

Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation", en *Harvard International Law Journal*, Vol. 41, 2000, p.132 y ss.; Cassese, Antonio, "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dedoublement fonctionnet) in International Law", en *European Journal of International Law*, 1990, pp. 212, 228 y ss.

43 En re Tesch (The Zyklon B case), 13 Ann. Dig 250 (Brit. Mil. Ct. 1946), reimpreso en 1 United Nations War Crimes Common, Law Reports of Trials of War Criminals, 93, 1947; Trial of Otto Ohlendorf and Others (Einsatzgruppen), 4 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, No. 10, William S. Hein & Co., Inc. 1997, 1949.

44 Prosecutor v. Furundzija, Caso No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgment, 193 n. 217, 10 de diciembre de 1998, reimpreso en 38 I.L.M. 317, 193 n. 217, 1999.

45 Prosecutor v. Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Judgment, 545, 2 de septiembre de 1998.

46 Cassel, Doug, "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 6, 2008, p. 315. Esta tesis parece ser abonada por el hecho de que el art. 25.3.d del Estatuto de Roma prevé la responsabilidad penal de los miembros de un grupo exigiendo solo el conocimiento del propósito criminal de dicho grupo.

47 Por ejemplo, argumentando que es necesario demostrar que la empresa actuó con el *propósito* de facilitar a la violación de un derecho, The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., 582 F.3d 244, 261 (2d Cir. 2009); del otro lado, afirmando que la costumbre internacional en la materia es el test del *conocimiento*, *South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2009); *Doe I. v. Unocal*, 395 F.3d. 932, 947 (9th Cir. 2002). Para un análisis detallado de esta discusión véase la contribución de Gallagher, Katherine, "Civil Litigation and Transnational Business: An Alien Tort Statute, Primer", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 3, 2010, p. 745 y ss.; Lincoln, Ryan, "To Proceed with Caution? Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, 2, 2010, p. 604 y ss.

humanos, o simplemente cuando sabía que el curso de su conducta probablemente contribuiría a tales abusos y, aun cuando podría no haber querido que los abusos ocurrieran, de todas maneras emprendió el curso de conducta"[48]. Es claro que dicho grupo de expertos exige alternativamente el conocimiento (y aceptación) de las consecuencias de la contribución corporativa o la concurrencia con el propósito criminal del autor principal.

Finalmente, en cuanto al nexo causal, la CIJ ha intentado sintetizar y explicar el desarrollo internacional en este punto. En su informe reciente sobre *Complicidad corporativa y responsabilidad legal*, ha afirmado que las empresas pueden ser responsables si asisten en la violación masiva de derechos humanos y, de esa manera, *hacen posible*, *tornan más fácil*, o mejoran la *eficiencia* en la comisión de tales delitos; en otros palabras, si con su aporte *permiten*, *facilitan* o *exacerban* los abusos de derechos.[49] La clave está en determinar si sin ese *ingrediente* la cadena de causación se hubiera interrumpido o si, alternativamente, tuvo un *efecto substancial* en el desarrollo de la actividad financiada.[50]

2.1.2. Derecho doméstico

Puesto que la responsabilidad internacional no es sinónimo de jurisdicción ni de mecanismo en funcionamiento para su implementación,[51] son los respectivos sistemas legales domésticos[52] los que terminan incorporando, reconociendo, traduciendo y definiendo las implicaciones concretas que se derivan de ciertos principios generales emanados del Derecho Internacional Público.[53] El principio que aquí interesa es el que reconoce la responsabilidad de los cómplices no estatales que contribuyen a la comisión de violaciones graves de

48 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), *Corporate Complicity & Legal Accountability*, (Ginebra, 2008), disponible en http://www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&langage=1&myPage=Legal_Documentation&id=22851, Vol. I, p. 19.

49 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), op. cit., Vol. I, p. 9.

50 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), op. cit., Vol. I, p. 12; Vol. III, p. 22 y ss.

51 Ratner, Steven R., op. cit., p. 481.

52 Consejo de Derechos Humanos, "Business and Human Rights: Further steps toward the operationalization of the 'protect, respect and remedy' framework", informe del representante especial sobre derechos humanos, corporaciones transnacionales y otras empresas, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/14/27 (2010).

53 Sobre las acciones domésticas que se originan a causa de la perpetración de torturas que lesionan el derecho internacional, *v.p.t.*, Scott, Craig (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Tort Litigation*, (Hart Publishing), 2001.

derechos humanos,[54] con lo que el análisis comparado en esta materia cobra especial relevancia.[55]

Mientras solo unos pocos sistemas legales han reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas (como la ley chilena N° 20.393, que las sanciona por ciertos delitos económicos), la inmensa mayoría de los sistemas legales (del derecho común y continental) admite su responsabilidad civil en caso de daños derivados de su complicidad, particularmente en casos de abusos de derechos humanos.[56] Numerosas constituciones han consagrado sistemas integrales de protección de los derechos humanos, abarcando las acciones lesivas de Estados, personas físicas y jurídicas.[57] Es el mismo razonamiento que se aplica en numerosas ramas del derecho: el derecho laboral, del medio ambiente, de protección de los niños, de los pueblos originarios, etc.: todos ellos concretizan de una u otra forma la protección y los remedios que exigen ciertos principios internacionales.

En Australia, Canadá, Francia, India, Japón, el Reino Unido y varios países latinoamericanos, han sido utilizados tanto el derecho internacional como el doméstico en demandas civiles por abusos de derechos humanos.[58] Por ejemplo el *Restatement (Second) of Torts* § 876 (1979) de Estados Unidos y los artículos 1067, 1081 y 1109 del Código Civil argentino consagran este tipo de responsabilidad civil. Estas soluciones son consistentes con el principio que sanciona la contribución a la violación de normas de *jus cogens*.

---

54 Reconociendo que la costumbre internacional generalmente no reconoce causas privadas para que se demande por su infracción, sino que deja a cada Estado la tarea de definir los remedios disponibles frente a violaciones del derecho internacional, y admitiendo de ese modo el rol del derecho doméstico como elemento integrador para la reparación por violaciones del derecho internacional, Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 246 (2d Cir. 1995); Khulumani v. Barclay Nat'l Bank, Ltd., 504 F.3d 254, 269 (2d Cir. 2007). Ver también Bismuth, Régis, "Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders", en *Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 38, 2, 2010, pp. 224-5.*

55 Álvarez, José, "Are Corporations 'Subjects' of International Law?", en NYU School of Law, Public Law Research Paper N°. 10/77, 2010.

56 Ver Ramasastry, Anita y Thompson, Robert C., *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A Survey of 16 Countries*, (FAFO Institute of Applied International Studies) 2006; Thompson, Robert C., Ramasastry, Anita y Taylor, Mark B., "Translating Unocal: The Expanding Web of Liability for Business Entities Implicated in International Crimes", en *The George Washington International Law Review,* , Vol. 40, 4, 2009, p. 885 y ss.. También véase Sebok, Anthony J., "Taking Tort Law Seriously in the Alien Tort Statute", en *Brooklyn Journal of International Law*, 33, 2008, pp. 871-898.

57 "erni", Jernej Letnar, op. cit., p. 33 y ss.

58 "erni", Jernej Letnar, op. cit., pp. 179-180; Hutto, Chistopher y Jenkins, Anjela, op. cit., p. 39; Reinisch, August, "The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors", en Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford University Press) 2005, p. 55 y ss.

Ya que los delitos cometidos durante el régimen de Pinochet comprometieron normas internacionales de tal estatus, tal como atestigua la jurisprudencia chilena a partir de 1998,[59] es necesario cotejar el sistema legal chileno para constatar si es consistente con la costumbre internacional que prohíbe contribuir a graves violaciones de derechos humanos. En términos generales, el sistema legal chileno admite este tipo de responsabilidad.[60] Del juego de los artículos 2314, 2316 y 2317 del Código Civil y arts. 16 y 24 del Código Penal, se reconoce que la acción indemnizatoria puede entablarse contra el autor principal, encubridores o cómplices[61]. Se trata de un supuesto de responsabilidad civil por culpa o negligencia[62] en el que se aplican los requisitos clásicos de la responsabilidad aquiliana: una acción humana, la imputabilidad, antijuridicidad del hecho, daño, nexo causal entre la acción y el perjuicio, y dolo o culpa.[63]

En Chile se acepta sin mayores problemas la idea de que una persona (sea física o jurídica) pueda ser responsable civilmente por haber actuado con dolo o culpa (arts. 44 y 2329, Código Civil).[64] La diligencia que se espera de cada persona –estándar que está determinado en función de la naturaleza de su profesión– incide sobre los deberes de precaución que cada uno, concretamente, debe cumplir. Las actividades profesionales, como la bancaria, presentan naturalmente altas exigencias en materia de diligencia debida en el ejercicio de las funciones.

59 S.C.S., Rol N° 55904, 13 de diciembre de 2006; S.C.S., Rol N° 2666-04, 18 de enero de 2007; S.C.S., Rol N° 3125-04, 13 de enero de 2007; S.C.S., Rol N° 3452-06, 10 de mayo de 2005; S.C.S, Rol N° 6574-08, 7 de agosto de 2008; S.C.S., Rol N° 877-08, 1 de septiembre de 2008; S.C.S., Rol N° 30907-07, 21 de enero de 2009, casos en los que se ponderó la incidencia del derecho internacional en la acción penal derivada de violaciones graves de derechos humanos. A partir de 2007 se puede observar otra línea jurisprudencial que, sin negar la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, consagra la teoría de la *prescriptibilidad gradual de los delitos imprescriptibles*, S.C.S., Rol N° 3808-06, 30 de julio de 2007; S.C.S., Rol N° 6525-06, 5 de septiembre de 2007; S.C.S., Rol N° 6188-06, 13 de noviembre de 2007; S.C.S., Rol N° 3587-05, 17 de diciembre de 2007; S.C.S., Rol 6308-07, 8 de septiembre de 2008; S.C.S., Rol N° 5789-07, 16 de septiembre de 2008; S.C.S., Rol N° 2422-08, 11 de diciembre de 2008; S.C.S., Rol N° 4329-08, 22 de enero de 2009. *Ver* más ampliamente esta jurisprudencia en Fernández Neira, K., "Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar", en Revista de Estudios Constitucionales, 1, 2010, pp. 467-488.

60 Por todos, Yáñez Figueroa, Gonzalo, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo X, (Editorial Jurídica de Chile) 1998-2006, p. 181 y ss.

61 C. Santiago, 2 de octubre de 1939, R., t. 39 , sec. 2da, p. 5.

62 Barcia Lehmann, Rodrigo (director), *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, (Thomson Reuters Puntolex, Santiago), 2010, p. 2017 y ss.

63 Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile) 1999, p. 117.

64 Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile) 2006, p. 61 y ss.

En cuanto al nexo causal que debe existir entre la acción y el daño, aunque es un aspecto que aún genera debates en Chile, se debe señalar que el tradicional criterio autosuficiente de la equivalencia de condiciones[65] ha ido cediendo terreno a la teoría de la causalidad adecuada[66] que atiende a las consecuencias previsibles y razonables de las acciones y cuya utilización en el derecho comparado es abrumadora.[67] Al elemento típicamente fáctico se le agrega, entonces, una valoración jurídica. Este criterio significa que, como consecuencia previsible de la acción, *normalmente* ocurre el resultado reprochado. La cuestión entonces es determinar, en cada caso, si de los créditos otorgados a un gobierno que comete delitos de lesa humanidad es válido esperar que, de una manera substancial, incidan, faciliten o den continuidad a esa práctica.

En materia específica de responsabilidad civil bancaria, el incumplimiento del deber de evaluar adecuadamente el riesgo crediticio del prestatario –lo que implica un conocimiento mínimo de las contingencias políticas del país– puede desembocar en responsabilidad civil si se financia (facilita) una actividad ilícita, como lo es la comisión de delitos de lesa humanidad, que constituye por antonomasia una actividad dañosa. Este fundamento se conoce genéricamente como *responsabilidad por concesión abusiva de crédito*, una clase especial de responsabilidad aquiliana reconocida por diversos ordenamientos jurídicos americanos y europeos.[68] El derecho chileno no registra un desarrollo doctrinario robusto en esta materia, aunque sus normas de responsabilidad civil –al igual que en los demás sistemas legales *abiertos* de responsabilidad aquiliana que consagran el deber genérico de *alterum non laedere*– pueden ofrecer sustento teórico a este caso específico de responsabilidad siempre que sus presupuestos clásicos sean cumplidos.

Recae en cabeza de las entidades de crédito, tanto privadas como oficiales y

65 Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, R.D.J., t. LI, sec. 1ffi, p. 488.

66 Corte Suprema, causa n° 2.947-02, 26 de enero de 2004. V. comentario de Cárdenas, Hugo A., "La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, 1, 2006, pp. 167-176.

67 Cornelis, Ludo, "Synthèse comparative des principes en matière de responsabilité extra-contractuelle", en Simont, Lucien y Bruyneel, André, (coordinadores), *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en Droit Comparé*, (Feduci) 1984, p. 175 y ss.

68 Bohoslavsky, Juan Pablo, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, (Abaco Ed.) 2009; Di Marzio, Fabricio, *Abuso nella concessione del credito*, (Edizioni Scientifiche Italiane) 2004; Likillimba, Guy-Auguste, *Le soutien abusif d´une entreprise en difficulté*, 2nd Ed., (Litec) 2001; Simont, Lucien y Bruyneel, André (coordinarores.), *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en Droit Comparé*, (Feduci) 1984, p. 175 y ss.

multilaterales, una sofisticada deontología tendiente a evaluar adecuadamente los riesgos que se asumen al conceder un préstamo. Esta exigencia promueve el uso eficiente de los recursos y la protección del propio crédito, y previene de daños a terceros. En lo que aquí más interesa, se trata fundamentalmente de evitar las consecuencias dañosas de los créditos concedidos de manera especulativa y/o temeraria, caracterizados por el incumplimiento de las más básicas reglas en materias de evaluación del riesgo crediticio, lo que no solo incluye la posibilidad económica de reembolso del préstamo, sino también lo que el prestatario presumiblemente haga con ese dinero. Aunque más adelante se ahondará sobre estos supuestos específicos, la responsabilidad bancaria derivada del financiamiento de actividades terroristas[69] o que deterioran el medio ambiente son buenas muestras de aplicación de ese principio.[70]

Resucitado en la era moderna en 1980,[71] el ATCA ha venido siendo utilizado con frecuencia en las cortes de Estados Unidos para demandar civilmente a personas físicas y corporaciones[72] sobre la base de la facilitación y ayuda para

69 Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, 9 de diciembre de 1999, Asamblea General Res. 109, U.N. GAOR, sesión 54, Sup. No. 49, U.N. Doc. A/54/49, Vol. I, 1999. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas instó a los Estados a *"asegurar que cualquier persona que participe en el financiamiento, planificación, preparación o perpetración de actos terroristas o en el apoyo de actos terroristas sea llevado a la justicia (...)"*, S.C. Res. 1373, 2(e), U.N. Doc. S/RES/1373, 28 de septiembre de 2001. Particularmente instructiva fue la decisión de un tribunal norteamericano en *"Almog v Arab Bank"* (471 F.Supp.2d 257, EDNY 2007): con respecto a la cuestión de si las actividades bancarias de rutina pueden generar responsabilidad por complicidad, la sentencia afirmó que *"actos que per se podrían ser benignos, si fueron realizados con un propósito benigno, puede ser reprochables si fueron realizados con el conocimiento de que estaban apoyando actos ilegales (...) Tampoco hay un requerimiento de que los suicidas con bombas no hubieran actuado, o no hubieran podido actuar, sino con la asistencia del Bank Arab*".

70 El desarrollo normativo y jurisprudencial en esta materia puede consultarse en Buyle, Jean Pierre, "La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit, en matière d'environnement", *Aménagement Environnment - Urbanisme et Droit Foncier*, (Ed. Kluwer), 2004, n° spécial.

71 Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

72 En la jurisdicción norteamericana se han registrado más de cuarenta demandas por complicidad corporativa bajo el paraguas del ATCA. Esos casos han merecido dispar solución, de acuerdo a las circunstancias de cada supuesto y al criterio jurídico de cada juez. Entre otros casos cabe mencionar –al margen de los que se citan a lo largo de este trabajo– el reclamo contra Chiquita por haber supuestamente pagado a paramilitares colombianos para mantener las plantaciones de bananas libre de *"oposición laboral y malestar social"* (Does v. Chiquita Brands Int'l, Inc., S.D.N.Y. 14 de noviembre de 2007); contra la Banque Nationale Paris Paribas, por haber supuestamente pagado al régimen de Saddam Hussein en violación del programa Petróleo por Comida de Naciones Unidas (Mastafa v. Australian Wheat Bd., Ltd., S.D.N.Y. 11 de septiembre de 2007); contra Yahoo, por proveer al gobierno chino de información y archivos que le permitieron identificar y supuestamente torturar a un activista de derechos humanos (Second Amended Complaint at 2, Xiaoning v. Yahoo! Inc., No. 07-CV-2151, N.D. Cal. 30 de julio de 2007, caso acordado); contra Nestlé, por comprar cacao y proveer servicios a los campesinos utilizando la fuerza laboral de niños (complaint 35-37, Doe v. Nestle S.A., C.D.Cal. 14 de julio de 2005); contra Unocal, por participar en el proyecto de construcción de un oleoducto, contratando fuerzas de seguridad que supuestamente aplicaron trabajo forzado, mudanzas forzosas, asesinatos y violaciones en Burma (Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932, 9th Cir. 2002, reh'g en banc granted, 395 F.3d 978, 9th Cir. 2003, caso acordado).

la violación de derechos humanos.[73] La interpretación del ATCA ha jugado así, en la última década, un rol crucial en el desarrollo de la responsabilidad corporativa por complicidad. Los casos de responsabilidad civil han sido facilitados por el hecho de que se reconoce que las normas de *jus cogens* deben ser respetadas por actores estatales y también no estatales, aun en casos civiles de reclamación por daños.[74]

La confusión en torno a si, en casos de responsabilidad civil por responsabilidad de las empresas, debería aplicarse el derecho internacional,[75] el derecho doméstico[76] o ambos,[77] ha sido provocada básicamente por la influencia del debate en torno al ATCA. Primero, por su referencia al *"derecho de las naciones"*, lo que está vinculado con el particular criterio que asume la jurisprudencia estadounidense cuando debe decidir de qué manera se relacionan el derecho internacional con su derecho doméstico.[78] Y, segundo, por las implicancias jurisdiccionales (extraterritoriales) que genera la aplicación del ATCA.[79] En todo caso, las acciones entabladas en Estados Unidos en el marco del ATCA persiguen los mismos fines que las acciones civiles previstas en diversos sistemas domésticos que pueden aplicarse en casos de violaciones de derechos humanos, aun cuando se las etiquete con una denominación diversa: sancionar de manera efectiva los abusos cometidos, disuadir similares comportamientos en el futuro y conceder reparaciones a las víctimas.[80]

---

73 Faulk, Richard O., "The Expanding Role of the Alien Tort Claims Act in International Human Rights Enforcement", en *Class Action Litigation Report*, 10, 2009, p. 304, disponible online en http://works.bepress.com/richard_faulk/24, 8 de febrero de 2010.

74 Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900); Ware v. Hylton, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796); Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 246 (2d Cir. 1995); Filartiga v. Peña-Irala, supra cit.; Bodner v. Banque Paribas, 114 F. Supp 2nd. 117 (E.D.N.Y. 2000); Abdullahi v. Pfizer, Inc., 562 F.3d 163, 187 (2d Cir. 2009);

75 Ainscough, Charles, "Choice of Law and Accomplice Liability Under the Alien Tort Statute", en *Berkeley Journal of International Law*, Volume 28, 2, 2010, p. 588 y ss.

76 Hoffman, Paul L. y Zaheer, Daniel, A., "The Rules of the Road: Federal Common Law and Aiding and Abetting Under the Alien Tort Claims Act", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 26, 2003, p. 47 y ss.

77 Aunque auspiciando la aplicación de la costumbre internacional en el marco del ATCA, *ver* ampliamente la interacción del derecho doméstico e internacional en Mamolea, Andrei, "The Future of Corporate Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Statute: A Roadmap", en *Santa Clara Law Review*, Vol. 51, 2011, p. 79 y ss. (En prensa).

78 Sobre esta discusión, véase en general Goodman, Josh, "The Administrative Law of Nations: A New Perspective on Sosa, The Alien Tort Statute, and Customary International Law", en *Harvard International Law Journal Online*, 50, 2009, pp. 1-11.

79 Ramsey, Michael D., op. cit., p. 271 y ss.; Mamolea, Andrei, op. cit.

80 Stephens, Beth, "Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, 2002, p. 1 y ss.

Aun cuando la jurisprudencia norteamericana registra ciertos retrocesos al resolver casos de responsabilidad corporativa por complicidad (cuando se niega la existencia de una costumbre internacional o principio general que responsabiliza a las corporaciones en el plano internacional),[81] en la actualidad existe un creciente consenso judicial acerca de ciertos estándares legales que las empresas deben cumplir cuando realizan negocios con sujetos estatales que son públicamente perpetradores de violaciones de derechos humanos.[82]

2.2. La Cuestión del financiamiento

A pesar de los avances generales en materia de responsabilidad corporativa, la noción de complicidad de los agentes financieros ha sido confusa, tal como lo demuestran las decisiones iniciales de los Tribunales Militares de Nuremberg, en los casos *Flick*[83] y *Weizsaecker* (*Ministries Case*)[84]. En el *Ministries Case*, el Tribunal entendió que el dinero era un bien fungible que podría haber sido usado de hecho para emprendimientos y acciones ilegales, pero que esta transacción no constituía un delito en el Derecho Internacional.[85] En *Flick*, por otra parte, dos industriales alemanes que donaron dinero a la *Schutzstaffel* (SS) fueron condenados porque –incluso aunque la fiscalía no pudo demostrar que el dinero donado había sido utilizado para actividades delictivas– el Tribunal dio por sentado que una parte del dinero había sido destinado al mantenimiento de esta organización, sin que fuera relevante discernir si se gastó en sueldos o en gas letal.[86] Así, aunque ambas decisiones reconocieron

81 Doe v. Nestlé, No. CV 05-5133 SVW (JTLx), (C.D. Cal., 2010). Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 06-4800-cv, 06-4876-cv, 2nd District (2010). En este último caso el juez Leval, en minoría, realizó un extenso voto explicando por qué el Derecho Internacional sí responsabiliza a las corporaciones cuando violan derechos humanos, dejando a los respectivos sistemas legales nacionales las definiciones relativas a las indemnizaciones civiles. Ver ampliamente Ku, Julian G., "The Curious Case of Corporate Liability Under the Alien Tort Statute: A Flawed System of Judicial Lawmaking", en Virginia Journal of International Law, Vol. 51, 2, 2010, p. 353 y ss.

82 Sarei v. Rio Tinto, PLC, 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007); Sinaltrainal v. Coca-Cola Co., 578 F.3d 1252, 1263 (11th Cir. 2009); Abdullahi v. Pfizer, Inc., 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009); South African Apartheid Litig., 617 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2009); XE Servs. Alien Tort Litig., 665 F. Supp. 2d 569, 588 (E.D. Va. 2009); Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., 374 F. Supp. 2d 331, 335 (S.D.N.Y. 2005). Ver también el informe de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Corporate Complicity & Legal Accountability, (2008), disponible en http://www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&langage=1&myPage=Legal_Documentation&id=228

83 US v. Flick (Flick case), 22 de diciembre de 1947, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10, No. 10 (1952), 1.

84 US v. Weizsaecker (Ministries case), Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10, No. 14 (1952), pp. 621-622.

85 Ibíd.

86 Ibíd.

el impacto sustancial que el dinero puede tener sobre una campaña criminal masiva, solo en *Flick* se afirmó que esta contribución representa un delito en términos de Derecho Internacional.

Durante la década de 1990, cientos de víctimas del Holocausto demandaron a bancos austríacos, franceses, alemanes y suizos en los tribunales de Estados Unidos por haber ayudado al régimen Nazi poniendo a su disposición la ayuda financiera necesaria para continuar la Segunda Guerra Mundial, por no devolver los depósitos de las víctimas a los bancos originales y por haber utilizado trabajo esclavo.[87] Estos casos fueron cerrados cuando los bancos aceptaron la constitución de fondos de reparación, sobre los que las víctimas aún siguen recibiendo pagos.[88]

La decisión en *re South African Apartheid Litigation* –donde miles de víctimas del apartheid sudafricano demandaron a diversas empresas que habían contribuido con ese régimen– ratificó la idea de que las empresas pueden –en circunstancias muy estrictas– ser responsables cuando contribuyen a la comisión de crímenes graves.[89] Esta decisión confirmó el requisito de que la contribución empresarial debe haber tenido un *efecto sustancial* sobre la perpetración del delito (*actus reus*) y que el contribuyente como un todo (la suma de sus directivos y empleados)[90] tenía el conocimiento –aunque no necesariamente la intención– de que su acción contribuiría sustancialmente a que el autor principal cometiera los delitos (*mens rea*).[91] Vale la pena mencionar que, en su decisión, el tribunal –utilizando como criterio la cualidad intrínseca de los *commodities*– hizo una distinción entre un agente letal como el gas venenoso que se proporciona a un régimen (en referencia al caso *Zyklon B*[92]) y un recurso fungible como el dinero (refiriéndose al *Ministries Case*).[93] El Tribunal

87 Ver Simpson, Christopher (ed.), *War Crimes of the Deutsche Bank and the Dresdner Bank* (Holmes & Meyer) 2002, especialmente pp. 1-34.

88 Neuborne, Burt, "Holocaust Reparations Litigation: Lessons for the Slavery Reparations Movement", en *New York University Annual Survey of American Law*, 58, 2003, pp. 615-622.

89 South African Apartheid Litigation, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009).

90 Este criterio también fue utilizado en Estados Unidos en los procesos sobre lavado de dinero, US v. Bank of New England, 821F.d 844, 856 (1st Cir.1987).

91 South African Apartheid Litigation, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009).

92 Trial of Bruno Tesch and Two Others (The Zyklon B Case), 1 Law Reports of Trials of War Criminals (1947), pp. 93-103.

93 Sobre este punto, ver Michalowski, Sabine y Bohoslavsky, Juan Pablo, "Ius Cogens, Transitional Justice and other Trends of the Debate on Odious Debts. A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts", en *Columbia Journal of Transnational Law*, 48, 2010, pp. 61-120.

decidió que los préstamos no podían, desde un punto de vista empírico, estar lo suficientemente conectados con los delitos en cuestión.[94] Irónicamente, el tribunal permitió que el caso siguiera adelante contra IBM por haber proporcionando computadoras y software al régimen del apartheid, los que fueron utilizados para poner en práctica una política de *desnacionalización* contra la población negra en Sudáfrica.[95]

El criterio de la cualidad intrínseca parece ignorar la propia definición de dinero como un bien que actúa como un medio de intercambio en las transacciones, una unidad de medida y un depósito de valor.[96] El dinero le permite a su tenedor precisamente *hacer algo* en virtud de su poder adquisitivo. Por lo tanto, lo importante es lo que el titular va a hacer con él. Este es el punto en el que entran en juego las consecuencias previsibles de prestar dinero a alguien. Este criterio es similar al modo a través del cual la mayoría de los sistemas legales de responsabilidad civil receptan la definición de previsibilidad de los daños y el correlativo deber de repararlos.[97]

Este razonamiento fue explicado en el citado *Informe Cassese*, que analiza las raíces mismas de las violaciones de derechos humanos que ocurrían durante el régimen de Pinochet (incluyendo las condiciones del contexto) y explica cómo la ayuda financiera puede tener un impacto negativo o positivo en la situación de los derechos humanos de un determinado país.[98] Esto demuestra por qué las reglas sobre diligencia debida pueden, por un lado, hacer una diferencia en términos de prevención del financiamiento de las actividades que lesionan derechos fundamentales y, por otro, ayudar a las empresas a evitar costosas sentencias judiciales condenatorias a través de un análisis de los riesgos que entraña el financiamiento, transformando de esa manera a la diligencia debida en más que un juego de suma cero:[99] las empresas reducen sus riesgos legales y la población no es afectada por comportamientos cor-

94 South African Apartheid Litigation, op. cit., nota 91.

95 Ibíd.

96 Mann, Fritz A., *El aspecto legal del dinero*, (Fondo de Cultura Económica) 1986, p. 48; Nussbaum, Arthur, *Teoría jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero*, (Librería General de Victoriano Suárez) 1929, p. 40.

97 Cornelis, Ludo, op. cit., p. 175 y ss.

98 Cassese, Antonio, op. cit.,, nota 11, pp. 3 y 18.

99 Sobre cómo la diligencia debida puede ayudar a las empresas a evitar la responsabilidad por complicidad véase Consejo de Derechos Humanos, "Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights", informe del representante especial sobre derechos humanos, corporaciones transnacionales y otras empresas, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, (2008).

porativos dañinos. Las reglas de diligencia debida implican tomar los pasos necesarios para que una corporación pueda prever o predecir razonablemente las posibles consecuencias de su comportamiento,[100] aplicando el requisito de la culpabilidad de una manera que reduzcan ostensiblemente los riesgos tanto para la sociedad como para los inversores.[101]

Las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos relacionadas con la responsabilidad de personas jurídicas por financiamiento del terrorismo, tales como los casos *Boim*[102] y *Almog*[103], confirman y fortalecen la idea de que los prestamistas pueden ser responsables por facilitar la comisión de crímenes. Chile también exhibe, en este punto, un notable avance puesto que la antes citada ley N° 20.393 (art. 1) sanciona criminalmente a las personas jurídicas que financien actividades terroristas (art. 8, Ley N° 19.314), lo cual presume una conexión fáctica entre el financiamiento y facilitación de los delitos. Las notables diferencias entre lo que Al Qaeda, Hammas o el régimen de Pinochet pueden hacer, no son tan importantes como el hecho de que los casos y la ley recién citados indican que las contribuciones financieras pueden operar como una mercancía para posibilitar, facilitar o exacerbar los delitos que la organización está llamada a cometer.

3. Análisis de caso: Chile

3.1. El subdesarrollo de la complicidad financiera y la relevancia del *Informe Cassese*

En el contexto general de necesidad de estándares más consistentes para aplicar mecanismos de responsabilidad civil en caso de graves y masivas violaciones de derechos humanos[104], la investigación académica sobre los aspectos jurídicos de la complicidad corporativa ha crecido prolíficamente en los últimos 15 años.[105] Este desarrollo ha coincidido, como ya vimos, con un au-

100 Roca, Rita y Manta, Francesca, Values Added. The Challenge of Integrating Human Rights into the Financial Sector, (Danish Institute for Human Rights) 2010, disponible en http://www.humanrights-business.org/files/1572070141/file/values_added_report__dihr.pdf

101 Sherman, John y Lehr, Amy, "Human Rights Due Diligence: Is it Too Risky?", en *Corporate Social Responsibility Journal*, 2010, p. 6.

102 Boim v. Holy Land Found for Relief and Development, 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008).

103 Almog vArab Bank, 471F.Supp.2d 257 (E.D.N.Y. 2007).

104 Bachmann, Sascha Dominik, *Civil Responsibility for Gross Human Rights. The Need for a Global Instrument* (Pretoria University Law Press) 2007.

105 Ramasastry, Anita, op. cit., nota 18, pp. 9-59; Ramsey, Michael D., op. cit., p. 271 y ss.

mento de las acciones legales e institucionales dirigidas a exigir a las empresas que consideren y evalúen el impacto negativo que sus actividades pueden generar en la población y el medio ambiente.[106]

Aun así, virtualmente ninguna investigación y solo unos pocos casos judiciales se han centrado en las implicaciones de los aportes financieros sobre la violación de derechos humanos.[107] ¿Qué justifica esta omisión? ¿Por qué las instituciones financieras parecen presentar estándares diferentes a los que se aplican, por ejemplo, a las industrias extractivas y manufactureras? [108] Con el telón de fondo de estas preguntas, y con el objetivo de contribuir a reducir el déficit académico en esa materia, en este trabajo se analiza el caso de Chile y, más específicamente, la asistencia financiera recibida por el régimen de Pinochet y su incidencia sobre las violaciones de derechos humanos.

En 1977, el profesor Antonio Cassese fue nombrado por la Comisión Derechos Humanos (CDH) de la ONU como Relator Especial con el mandato específico de evaluar la relación entre la ayuda financiera recibida por el régimen de Pinochet y las violaciones de derechos humanos que la población de Chile estaba experimentando entonces.[109] En su informe, de más de 260 páginas, Cassese desarrolló una sofisticada metodología para evaluar de manera integral el impacto de la ayuda financiera sobre la situación de los derechos humanos, afirmando que "[l]a asistencia económica extranjera en gran medida sirve para fortalecer y apuntalar el sistema económico adoptado por las autoridades chilenas, que a su vez necesita basarse en la represión de los derechos civiles y políticos, las conclusiones confirmaron que la masa de la actual asistencia económica actual es instrumental en la consolidación y la

106 Alston, Philip, "The Not-a-Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?", en Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford University Press) 2005, p. 11; Skinner, Gwynne, "Nuremberg's Legacy Continues: The Nuremberg Trials' Influence on Human Rights Litigation in US Courts Under the Alien Tort Statute", en *Albany Law Review*, 71, 2008, pp. 321-368.

107 En Austrian and German Bank Holocaust Litigation, No. 98 Civ. 3938 (S.D.N.Y. 2001); Holocaust Victim Assets Litigation, No. 96 Civ. 4849 (E.D.N.Y. 2000) (corporaciones suizas); Bodner v. Banque Paribas, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000) (corporaciones francesas). Ver Bohoslavsky, Juan Pablo y Opgenhaffen, Veerle, "The Past and Present of Bank Responsibility for Financing the Argentinean Dictatorship", en *Harvard Human Rights Journal*, 23, 2009, pp. 157-203; Reichard, Elizabeth T., "Catching the Money Train: Using the Alien Tort Claims Act to Hold Private Banks Liable for Human Rights Abuses", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37, 2004, pp. 255-286.

108 Kaeb, Caroline, "Emerging Issues of Human Rights Responsibility in the Extractive and Manufacturing Industries: Patterns and Liability Risks", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6, 2008, pp. 327-353.

109 Cassese, Antonio, op. cit., Vols. I-IV.

perpetuación de la actual represión de aquellos derechos".[110]

A pesar de que en 1979 el propio Cassese publicó una síntesis de su trabajo en una revista de derecho internacional,[111] su informe fue inexplicablemente ignorado durante décadas. Es nuestra esperanza que, al incorporar este informe al debate en torno a la complicidad financiera, éste se beneficie de su desarrollo y hallazgos.

3.2 El contexto político. Las dictaduras en la región y el gobierno militar de Pinochet

El gobierno de Pinochet realizó una profunda reorganización de la sociedad chilena, teniendo como objetivo la transformación drástica del modelo de acumulación económica. No se trató de un gobierno conservador que intentaba restaurar las condiciones previas al gobierno de la Unidad Popular, sino que buscó transformar incluso la orientación económica preexistente al gobierno de Allende. En las condiciones de activación política y social del Chile de 1973, el proyecto de reorganización fue llevado adelante por un gobierno militar y autoritario que concentró el poder institucional necesario para desarticular y desactivar políticamente a los sectores sociales sobre los cuales impactarían de manera negativa sus principales transformaciones económicas.[112]

Este proceso no fue exclusivo de Chile. Durante las décadas de 1960 y 1970, varios países de la región sufrieron golpes militares y dictaduras con características políticas y sociales distintivas. Gran parte de esos gobiernos militares contaron con el apoyo y fueron legitimados por amplios sectores de la sociedad como una reacción a la activación política del sector popular, que era percibida por las otras clases sociales como una amenaza a sus intereses y sus afiliaciones internacionales.[113] Este tipo de regímenes, definidos como *Estados burocrático-autoritarios*, surgieron en América Latina por primera vez en Brasil en 1964, en Argentina en 1966 y después en 1976 y, finalmente, en Uruguay y Chile en 1973.[114]

110 Cassese, Antonio, op. cit., p. 24.

111 Cassese, Antonio, "Foreign Economic Assistance and Respect for Civil and Political Rights: Chile, A Case Study", en *Texas International Law Journal*, 14, 1979, pp. 251-263.

112 Vergara, Pilar, "Las transformaciones de las funciones económicas del Estado en Chile Bajo el régimen militar", en *Colección Estudios CIEPLAN* 5, Estudio N° 53, 1981, pp. 117-154.

113 O'Donnell, Guillermo, "Reflections on the Patterns of Change in the Bureaucratic-Authoritarian State", en *Latin American Research Review*, 13, 1978, p. 6.

114 Ibíd.

Dos elementos resultaron claves en el proceso político y social durante la dictadura chilena. En primer lugar, el origen, el éxito, la crisis y el fracaso de los Estados burocrático-autoritarios tuvo una estrecha relación no solo con la actitud de las clases dominantes y las fuerzas militares del país, sino también con el apoyo recibido de las instituciones financieras internacionales.[115] Sin ese apoyo, los regímenes autoritarios no podrían haber tenido éxito en términos de estabilidad política o económica.[116] En segundo lugar, las condiciones económicas y sociales en las que los regímenes burocráticos-autoritarios accedieron al poder explican la brutalidad y profundidad de las políticas antipopulares llevadas adelante y la violación masiva y sistemática de derechos humanos. Cuanto más profunda era la crisis económica y el conflicto social, las clases dominantes sintieron más amenazados sus intereses y, por lo tanto, más fuerte fue su apoyo a los militares para implementar políticas drásticas con el fin de disipar esas amenazas.[117] Al mismo tiempo, incluso cuando las políticas económicas impidieron llegar a las tasas de inversión necesarias para el crecimiento económico, o al menos para superar la crisis, el alto nivel de cohesión entre las clases dominantes, las fuerzas militares y sus aliados internacionales, compensó el fracaso económico, como han demostrado los casos de Chile en 1973 y Argentina en 1976.[118]

De esta manera, el gobierno militar de Pinochet llevó adelante un doble proceso simultáneo: por un lado, en el ámbito económico, generó una profunda transformación a través de una acelerada privatización de los activos estatales, la liberalización y la apertura económica, y, por otro, en el plano político, llevó adelante una concentración del poder, centralización de las atribuciones políticas del Estado y control ideológico, con el objetivo de desmovilizar a los sectores populares opositores indispensable para la viabilidad de los cambios económicos mencionados.[119]

Siguiendo la metodología holística implementada en el Informe Cassese, a continuación se realiza un análisis de las políticas económicas y de los crímenes cometidos durante el gobierno de Pinochet. En primer lugar, se presentan

115 Mainwaring, Scott, "Autoritarismo y Democracia en la Argentina: una revisión crítica", en *Desarrollo Económico*, Vol. 24, 95, 1984, p. 449.

116 Ibíd., p. 448.

117 Ibíd., p. 449.

118 Vergara, Pilar, op. cit.

119 Ibíd.

las políticas económicas, la dependencia de la asistencia financiera externa, el endeudamiento y la incidencia de éste sobre el desempeño macroeconómico y presupuestario de Chile. En segundo lugar, se presentan los abusos de derechos humanos y el carácter público de estos crímenes. En tercer lugar, se analiza la posición oficial de Estados Unidos, el *Informe Cassese* y el vínculo entre el financiamiento y la violación de derechos humanos.

3.3 La política económica y la relevancia de la ayuda financiera

En los primeros años del gobierno militar se redujo drástica y notablemente el tamaño y la esfera de acción del Estado, no solo en términos de regulación e injerencia económica, sino también en su rol de asignador y redistribuidor de recursos en la sociedad. Las primeras y principales políticas económicas fueron la cesión al sector privado de empresas estratégicas del Estado[120] y tierras que pertenecían a la Corporación de la Reforma Agraria,[121] la supresión de los controles de precios de diversos artículos,[122] la apertura de los mercados reduciendo las barreras comerciales,[123] la implementación de políticas monetaristas como la devaluación del peso y la restricción de la expansión del crédito, y políticas fiscales de reducción de los gastos sociales del Estado[124] y aumento de los gastos en defensa[125] sumado a una reforma tributaria regresiva[126] y al congelamiento de los salarios.[127] Simultáneamente, se buscaba solucionar el problema de la inflación, reducir la inestabilidad de la balanza de pagos y proporcionar los incentivos necesarios para la reactivación económica[128].

120 Para ejemplificar la velocidad de las privatizaciones y el traspaso de bancos al sector privado, vale la pena mencionar que en 1974 se restituyeron a sus antiguos propietarios 202 de las 259 empresas que habían sido nacionalizadas por el gobierno de Allende. Las empresas en poder del CORFO disminuyeron de 479, a fines de 1973, a 24 en 1980. Estas privatizaciones se hicieron en un contexto económico de aguda depresión e inflación que provocó que los precios de venta de las empresas fueran muy bajos; para más detalle, véase Vergara, Pilar, ibíd.

121 *El Mercurio*, 5 y 17 de enero, 4 y 23 de marzo de 1978; *Le Monde*, 18 de febrero y 23 de junio de 1978.

122 Vergara, Pilar, op. cit.; *El Mercurio*, 4 de febrero de 1978.

123 *El Mercurio*, 17 y 19 de febrero de 1978.

124 Cassese, Antonio, op. cit., nota 11, Vol. IV, p. 8.

125 Véase Marshall, Jorge, "El Gasto Público en Chile 1969-1979", en *Colección Estudios CIEPLAN* 5, Estudio N° 51, 1981; Sheetz, Thomas, "Gastos Militares en Chile, Perú y la Argentina", en *Desarrollo Económico*, 25, 1985, pp. 316-317; Vergara, Pilar, op. cit.

126 Vergara, Pilar, ibíd.

127 Ibíd.

128 Foxley, Alejandro T., "Experimentos Neoliberales en América Latina", en *Colección Estudios CIEPLAN* 7, 1982; p. 166; Cassese, Antonio, op. cit., Vol. II, p. 2.

El enfoque monetarista de la balanza de pagos, en un contexto de disminución de las tasas de ahorro e inversión y un exceso de importaciones, contribuyó a intensificar la necesidad de la importación de divisas[129]; la política de atraer capital de inversión fue clave en la política económica chilena desde el golpe en 1973.[130] Este diagnóstico es confirmado por cifras concretas. En 1973, la deuda externa pública chilena (solo de mediano y largo plazo) era de US$ 2.862 millones, en 1975 de US$ 3.597 millones, en 1979 de US$ 4.108 millones y en 1983 de US$ 7.843 millones.[131] La deuda externa privada también aumentó de manera dramática durante la dictadura: en 1973 fue de U$S 399 millones, en 1975 de US$ 670 millones, en 1979 de US$ 2.166 millones y en 1983 de US$ 6.501 millones.[132] El énfasis en el lado acreedor generó que, mientras que en 1974 solo el 19% de la deuda externa de Chile se debía a acreedores privados, ese número creciera a 80% en 1981. La deuda chilena con los bancos creció más del 57% entre 1977 y 1981, mientras que el promedio para la mayoría de los países en desarrollo fue del 28%.[133] La dependencia financiera externa de Chile era notoria, convirtiéndose en uno de los principales países deudores de los mercados de capitales internacionales privados: mientras en 1976 ocupaba el undécimo lugar, en 1979 pasó al sexto.[134]

Según el *Informe Casesse*, "el objetivo de atraer préstamos extranjeros, créditos y capital de inversión ha jugado un papel clave en la formulación de las políticas económicas de Chile y otras políticas desde que los militares tomaron el control en 1973. Con lo que se informa es el país de América Latina con el índice más alto de deuda per cápita y con la segunda ratio más alta de servicio de la deuda sobre ingresos por exportaciones en 1976, la necesidad de Chile de apoyo financiero externo ha sido una preocupación política constante".[135]

129 Ver en general Ffrench-Davis, Ricardo, "El Experimento Monetarista en Chile: Una Síntesis Crítica", en *Desarrollo Económico*, 23, 1983, pp. 163-196; De Gregorio, José, "Lo interno de la deuda externa. El caso chileno", en *Nueva Sociedad*, 84, 1986, p. 28. Una tarea pendiente para mejorar la compresión de estos datos estadísticos sería utilizar valores de la paridad de poder adquisitivo a los que los autores de esta nota no han podido acceder.

130 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 8.

131 Banco Central de Chile, Indicadores Económicos y Sociales de Chile 1960-2000, (Santiago, 2001), pp. 782-784.

132 Ibíd.

133 Ibíd.; De Gregorio, José, op. cit.

134 Ffrench-Davis, Ricardo y Arellano, José Pablo, "Apertura Financiera Externa: La Experiencia Chilena en 1973-80", en *Colección Estudios CIEPLAN* 5, Estudio N° 50, 1981, pp. 5-52.

135 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 8.

Una representación concreta del impacto del financiamiento en las finanzas públicas y las políticas fiscales del régimen se puede observar en la evolución, naturaleza y destino del gasto público, permitiendo visualizar a qué sectores favoreció y a cuáles perjudicó el régimen de Pinochet, incluida su incidencia en materia de violaciones de derechos humanos. En un contexto de restricción fiscal y contracción del gasto público, los gastos en defensa y policía aumentaron significativamente –del 14.9 % de gastos del sector público en 1969 al 23.3% en 1982–[136], mientras el gasto social disminuyó. Los gastos militares incluían salarios, el mantenimiento de campos de detención, ayuda en la implementación de la logística, inteligencia, contrainteligencia, la compra de armas y equipo militar, etc.[137]

Al desglosar el gasto público se puede observar así, con mayor precisión, el aumento en Defensa y Carabineros en detrimento de los otros gastos. Los gastos de operación que comprenden remuneraciones y compras de bienes y servicios aumentaron en esas áreas.[138] El mayor componente de los gastos de operación fueron las remuneraciones en cuatro sectores: servicios generales, defensa, educación y salud. En primer lugar, entre 1969 y 1979, los sectores que más crecieron fueron defensa y servicios generales (que incluía el sub-sector Policía) con un aumento del 98.9%, mientras que educación y salud crecieron moderadamente un 30.8%.[139] En segundo lugar, en 1974 solo defensa aumentó en este rubro.[140] También, los gastos de operación destinados a compras de bienes y servicios se concentraron en defensa y servicios generales, siendo los que más crecieron: en 1969 se gastó en Defensa $2.603 millones, en 1974 $9.033 millones y en 1979 $5.302 millones, mientras que en Educación, por ejemplo, se gastó en 1969 $1.890 millones, en 1974 $2.221 millones y en 1979 $2.078 millones.[141]

Por otra parte, se puede observar que, mientras se redujo el empleo público en obras públicas (se despidieron alrededor de 15 mil personas), el empleo en Defensa y Carabineros se habría elevado de 76.960 a 110.180 personas

136 Sheetz, Thomas, op. cit., pp. 316-317. Estos datos en valores absolutos significaron en 1969 un gasto de 624.3 millones de dólares y para 1982 un gasto de 1263 millones de dólares (ambos en dólares de 1977).

137 Scheetz, Thomas, "Gastos Militares en América del Sur", en Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (ed.), *Proliferación de Armamentos y Medidas de Fomento de la Confianza y la Seguridad en América Latina*, 1994.

138 Para mayor profundidad en este análisis ver Marshall, Jorge, op. cit., p.66.

139 Ibíd., pp. 67 y 69.

140 Ibíd., p. 67.

141 (Millones de pesos de 1978) Ibíd., p. 70.

entre 1970 y 1978.[142]

También, al abrir el gasto público según el destino, se puede comprobar la misma tendencia de priorizar el sector militar y policial. Las tres grandes áreas fueron Administración General, Servicios Sociales y Servicios Económicos, siendo la primera la que más aumentó entre 1969 y 1979. El área Administración General comprende todos los gastos de la administración política, financiera, de justicia, de las relaciones exteriores, los servicios de policía y la actividad de defensa del país. Una de las funciones que más creció fue defensa –en 1974 aumentó el 13.6% del total del gasto público y se mantuvo en los años siguientes–, le siguen los servicios en policía –se incrementó en un 99.4% entre 1969 y 1979– y las funciones de administración financiera, que crecieron un 64.3% en el mismo periodo. En cambio, el área de Servicios Sociales presentó un aumento del gasto de solo el 7.4% en el mismo periodo y el área de Servicios Económicos presenta una reducción del 24.6%.[143]

La provisión masiva de dólares puede permitir y/o mejorar el funcionamiento regular del aparato burocrático del Estado (lo cual comprende toda la logística militar/represiva), especialmente en países en desarrollo que se caracterizan por su baja tasa de ahorro, vulnerabilidad financiera y dependencia de capitales externos necesarios no solo para consolidar los procesos de crecimiento, sino para asegurar la propia estabilidad de la economía y el funcionamiento regular del gobierno. En el caso chileno, la asistencia financiera externa parece haber contribuido a sostener un plan económico y una política presupuestaria que incluyó mayores gastos militares y policiales, lo cual es consistente con la necesidad de reconfigurar el aparato burocrático a fin de poder implementar eficazmente una campaña masiva de violaciones de derechos humanos en el plano doméstico.

Si bien es menos clara la forma en que la ayuda financiera al sector privado pudo haber impactado en materia de derechos humanos, es importante tenerla en cuenta para completar el análisis. A partir de 1975 el sector privado también comenzó de manera creciente a recibir ayuda financiera externa,[144] siendo también notable la transferencia de fondos al Estado bajo la forma de ingresos públicos por impuestos.[145]

142 Vergara, Pilar, op. cit., p. 132.

143 Marshall, Jorge, op. cit., p. 74.

144 Ffrench-Davis, Ricardo y Arellano, José Pablo, op. cit.p. 19.

145 Impuestos directos: de US$2.4 millones en 1973 a US$10.6 millones en 1974 y a US$20.9 millones en 1975. Otra tanto sucedió con los impuestos indirectos: en 1973 se recaudaron US$5.6 millones; en

3.4. El carácter público de los abusos de los derechos humanos

Las políticas económicas mencionadas se complementaron y se llevaron adelante en un marco de profunda restricción de la actividad política. Fueron eliminadas numerosas instancias e instituciones de representación de intereses, reglamentadas y restringidas las actividades de las entidades colectivas, agrupaciones políticas, organizaciones sindicales, vecinales, estudiantiles y profesionales. La autonomía y libertad sindical quedó suprimida hasta que se dictó el Plan Laboral en 1979. Todos los poderes del Estado quedaron concentrados en la Junta Militar de Gobierno reservándose, asimismo, el control jurídico de sus actos y las funciones de contraloría. A partir de 1974, se reforzó el sistema de seguridad interna con la creación de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA) con el objetivo de concentrar las tareas especializadas de seguridad estatal.[146]

La concentración de poder en la Junta Militar, las políticas económicas mencionadas y la desactivación política de los sectores opositores fueron acompañadas por un plan sistemático de violaciones de derechos humanos fundamentales. La represión que se desató inmediatamente después del golpe de Estado en 1973 tuvo un perfil criminal antidemocrático.[147]

Desde los inicios del régimen militar en septiembre de 1973, la Organización de Estados Americanos (OEA)[148], la ONU[149], Amnistía Internacional (AI)[150], la CIJ[151] y demás organizaciones no gubernamentales de derechos humanos documentaron y denunciaron los numerosos abusos cometidos en Chile.[152] Dada su temprana ocurrencia, estos hechos son relevantes desde una

---

1974, US$10.9 millones; en 1975 ,US$13.8. Cifras del Banco Central de Chile, Indicadores Económicos y Sociales de Chile 1960-2000, (Santiago, 2001), p.86.

146 Vergara, Pilar, op. cit., p. 119.

147 Heinz, Wolfgang S., y Fruhling, Hugo, *Determinants of Gross Human Rights Violations by State and State-Sponsored Actors in Brazil, Uruguay, Chile, and Argentina (1960-1990)*, (Kluwer Law International) 1999, p. 584.

148 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA informó la situación de los derechos humanos en el país en 1974, 1976, 1977 y 1985, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.40 Doc., 10 de febrero de 1977; OEA/ Ser.L/II.66doc, 17 de septiembre de 1985. CIDH, Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Chile, OEA, 1977; CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA, 1985.

149 Documentos ONU A/10285 (1975), A/31/253 (1976), A/32/227 (1977), A/33/331 (1978), A/34/583.

150 Amnistía Internacional, Human Rights in Chile, 1974.

151 International Commission of Jurists, *Report on Mission to Chile*, 1975.

152 Algunas repercusiones periodísticas internacionales pueden ser leídas en: *The New York Times*,

perspectiva jurídica, ya que pueden ayudar a entender las implicaciones reales en materia de culpabilidad (elemento subjetivo en la responsabilidad civil) de posibles cómplices corporativos.

La OEA inició sus acciones en octubre de 1973, cuando el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) visitó Chile para una investigación preliminar, que fue seguida por una investigación formal en 1974, realizada por la misma Comisión.[153] Después de estas visitas, Pinochet no volvió a permitir el ingreso de estas organizaciones para realizar investigaciones. Según la CIDH, el régimen militar implementó una represión sistemática y violaciones masivas de derechos humanos, especialmente en sus primeros años.[154] La reacción de la ONU por las violaciones de derechos humanos también comenzó desde el inicio mismo de la dictadura. El 1 de marzo de 1974, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) envió una notificación al gobierno de Chile expresando su profunda preocupación por la grave situación de los derechos humanos en el país. En 1975, la CDH estableció un Grupo de Trabajo Especial (Grupo de Trabajo Ad Hoc) sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, que fue renovado todos los años hasta 1979.[155] El 14 de septiembre de 1973, tres días después del golpe de Estado, AI inició formalmente la presentación de informes sobre la situación de Chile ante la CIDH.[156] En su informe de 1977, la CIJ informaba que miles de personas fueron perseguidas, torturadas, "desaparecidas" u obligadas a huir del país.

La campaña criminal documentada a partir de 1973 por la OEA, la ONU y AI fue luego ampliamente detallada en el "Informe Rettig", elaborado por la Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación, confirmando las denuncias anteriores e informando que más de 3.200 personas murieron o desaparecieron en Chile; más adelante, la "Comisión Valech" informaba que más de

"Chile's Junta After a Year: Unrelenting Dictatorship", 13 de septiembre de 1974; "U.S.-Chilean Ties Called Strained", 19 de noviembre de 1975; "Torture in Chile Is Charged by a U.N. Inquiry Team", 15 de octubre de 1975; "Chile Study Says Torture Goes On", 8 de junio de 1976; "U.N. Panel Asserts Chile Continues To Abuse Rights but on a Reduced Scale", 25 de octubre de 1977.

153 La CIDH informó sobre la situación de los derechos humanos en el país en 1974, 1976, 1977 y 1985, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile,* OE op. cit, 1977 y 1985.

154 IACHR, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Chile*, OEA,1977; IACHR, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OEA, 1985.

155 UN Docs A/10285 (1975), A/31/253 (1976), A/32/227 (1977), A/33/331 (1978), A/34/583.

156 Amnesty International, *Human Rights in Chile*, 1974.

27.000 personas fueron presos políticos y torturados.[157] Todo esto demuestra la escala y la gravedad de los crímenes perpetrados por el régimen de Pinochet que, por supuesto, operaba en un determinado contexto financiero, económico, presupuestario y burocrático, que detallamos previamente.

3.5. La posición de Estados Unidos, el *Informe Cassese* y el vínculo entre el financiamiento y los derechos humanos

Poco después del golpe militar de 1973, el gobierno de Pinochet comenzó a recibir ayuda financiera de varios países, especialmente de Estados Unidos.[158] Este hecho revela el apoyo inicial de Estados Unidos al régimen de Pinochet, basado en razones geopolíticas, en el contexto de la lucha contra el comunismo,[159] como ocurrió con otros países de América Latina.[160] Sin embargo, a partir de 1976, el gobierno de Carter interrumpió la ayuda financiera y militar por la situación de los derechos humanos en el país.[161] Este cambio de política a partir de la administración de Carter se puede visualizar en los montos de la ayuda financiera bilateral: en 1974 Estados Unidos prestó a Chile US$302.1 millones, cifra que se mantuvo en 1975; en 1976, la ayuda se redujo a US$16 millones.[162] También la República

157 Véase el *Informe Rettig* (1991), Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación creada por el D.S. N8 355/1990, Ministerio del Interior, publicado por Andros Editores en 1996, http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html. Véase también el *Informe de la Comisión Nacional sobre Política y Tortura*, Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, creado por la ley N8 20.405, disponible online en http://www.comisionvalech.gov.cl/InformeValech.html (consultado el 10 de febrero de 2010). En el tomo II del Informe Rettig se menciona expresamente la reacción de la comunidad internacional, las visitas y los informes de los organismos internacionales de derechos humanos como la OEA, la ONU, la CIJ y la Asociación Internacional de Juristas Democráticos. También se informa sobre las actividades y denuncias de las organizaciones nacionales como el Comité Pro Paz, la Vicaría de la Solidaridad, el Servicio de Paz y Justicia y la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, pp. 974-977 y 1139.

158 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 5.

159 Heinz, Wolfgang S., y Fruhling, Hugo, op. cit. p. 584.

160 Dinges, John, "Green Light-Red Light: Henry Kissinger's Two-Track Approach to Human Rights During the 'Condor Years' in Chile and Argentina", en Arnson, Cynthia (ed.), *Argentina-United States Bilateral Relations: An Historical Perspective and Future Challenges* (Woodrow Wilson International Center for Scholars) 2003, pp. 59-76.

161 Heinz, Wolfgang S., y Fruhling, Hugo, op. cit., p. 520.

162 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 10

Federal de Alemania[163], Holanda[164], Italia[165] y Noruega[166] suspendieron la mayoría de la ayuda económica bilateral a Chile, expresando el repudio de las violaciones de los derechos humanos por parte del gobierno de Pinochet.[167]

En el caso de las instituciones financieras multilaterales, la asistencia económica se incrementó notablemente después del golpe de 1973, tanto en términos absolutos como en proporción del total de la asistencia. En el *Informe Cassese* se distinguen dos tipos de ayuda financiera en función de sus objetivos. Por un lado, la asistencia del Fondo Monetario Internacional (FMI), que estaba destinada y condicionada a la implementación de las políticas económicas de liberalización. Y, por el otro, la ayuda del Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y las distintas agencias de la ONU, que se asignaba con un criterio social y con objetivos precisos de desarrollo. Sin embargo, este último tipo de ayuda representaba una reducida proporción de la asistencia financiera total[168] y aparentemente no tuvo una incidencia positiva sustantiva en los derechos de la población. Ello se debió, en primer lugar, al impacto social negativo de las políticas económicas de ajuste ya mencionadas y, en segundo lugar, a que la asistencia externa era principalmente utilizada para pagar la deuda externa y reemplazar los fondos financieros chilenos para servicios públicos, que eventualmente eran utilizados con otros fines.[169]

A partir de 1976, los acreedores oficiales fueron reemplazados por bancos privados multinacionales, que comenzaron a prestar grandes sumas sin tener en cuenta el potencial impacto de estos préstamos en materia de graves violaciones a los derechos civiles y políticos.[170] El go-

163 Informe del Consejo Económico y Social, Protección de los Derechos Humanos en Chile, Informe del Secretario General, 32 UN GAOR (Agenda Item12) 9, UN Doc. A/32/234 (1977).

164 Informe del Consejo Económico y Social, Protección de los Derechos Humanos en Chile, Informe del Secretario General, 32 UN GAOR (Agenda Item12) 9, UN Doc. A/32/234 (1977), pp. 12-13.

165 Cassese, Antonio, op. cit., nota 111, p. 253

166 Ibíd., p. 254

167 Center for International Policy, *Chile: An Analysis of Human Rights Violations and United States Security Assistance and Economic Programmes*, 1-2 de julio de 1978.

168 La asistencia multilateral con fines de desarrollo fue del 13.4% en 1974, del 15% en 1975 y del 18.7% en 1976. La ayuda bilateral con esos propósitos fue del 26.8% en 1976, del 16.9% en 1975 y del 17.8% en 1976. Para más detalle, véase Cassese, Antonio, op. cit., nota 11, Vol. IV, pp. 14-16.

169 Ibíd., Vol. III, pp. 29-31.

170 Ibíd., Vol.III, p. 67.

bierno norteamericano llegó a advertir expresamente a los bancos que prestaban dinero a Chile que estaban erosionando la política exterior de Estados Unidos, que consideraba los derechos humanos como un factor crucial a la hora de decidir sobre el apoyo financiero a un régimen.[171]

Según el *Informe Cassese*, las políticas oficiales recién mencionadas, deferentes de los derechos humanos y que contaban con el apoyo de la mayoría de la comunidad internacional, quedaban sin efecto por las prácticas financieras llevadas a cabo por un número reducido de bancos.[172] El presidente de la *House Banking Committee* de los Estados Unidos advirtió a seis de los principales bancos multinacionales que estaban otorgando créditos a Chile que sus acciones parecían incompatibles con las normas destinadas a evitar que las prácticas bancarias interfieran con el interés público y que, por lo tanto, esperaba una explicación pública y completa.[173] Los líderes de la industria bancaria, sin embargo, argumentaron que las instituciones financieras no debían ser impedidas de realizar "negocios normales", independientemente de la naturaleza de los gobiernos con los que se involucraban.[174]

Esta resistencia de las entidades de crédito contribuyó a un hecho inusual en Estados Unidos. En 1978, el senador Edward Kennedy propuso el *Foreign Bank Loans Disclosure Act*[175], exigiéndoles a los bancos la divulgación de los préstamos a conocidos violadores de derechos humanos. También generó una discusión en el Senado norteamericano sobre la capacidad de las diferentes dictaduras de América Latina para mantener sus gobiernos. En ese contexto, el senador Church comentó que "el financiamiento masivo como [el que el Hanover Trust proporciona al régimen de Pinochet] podría ser lo que permite a los cinco gobiernos latinoamerica-

171 *The Washington Post*, "Rights Policy Not Helped by Loans To Chile From Banks", 13 de abril de 1978, p. A19.

172 Eran bancos comerciales extranjeros de primera línea de Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Francia, Alemania y Japón. Para un listado completo de los bancos privados multinacionales que otorgaron préstamos a Chile ver Cassese, Antonio, op. cit.,,Vol. III, p. 29.

173 *The Washington Post*, "Several US banks Accused of Undercutting Policy on Chile", 12 de abril de 1978.

174 Por ejemplo, en su viaje a la Argentina en 1978, David Rockefeller –el entonces presidente del banco Chase Manhattan– pronunció un discurso público criticando la política de derechos humanos del Presidente Carter, subrayando que no se debía permitir que *interfiriera con las relaciones normales entre las naciones*. En 1978, el presidente del Lloyds Bank en Londres respondió a las críticas por la concesión de préstamos a la dictadura chilena, admitiendo que este régimen era represivo pero también explicando que prestar dinero a Chile no estaba prohibido. Véase *The Guardian*, "Lloyds bounces Chile protest", 31 de marzo de 1978.

175 S 3631-Foreign Loans Disclosure Act of 1978, 124 Cong. Rec. 37 678 1978.

nos [...] continuar con sus prácticas antidemocráticas y las violaciones de derechos humanos"[176]

Aun cuando la política exterior de Carter parece haber contribuido en algún grado a mejorar la situación de derechos humanos durante el régimen de Pinochet,[177] algunas de sus medidas no funcionaron. Concretamente, el gobierno norteamericano falló en su intento de influir sobre los bancos de ese país, tal como fue explicado más arriba. Además, dicho gobierno no tuvo un éxito cabal en su intento de internacionalizar las sanciones contra las dictaduras que gobernaban en la región del Cono Sur. Esto se puede visualizar, por ejemplo, al comprobar que los gobiernos militares chileno y argentino recurrieron a proveedores en Israel y países europeos cuando Estados Unidos les impuso un embargo de armas.[178]

De todos modos, las medidas adoptadas por Estados Unidos y otros países, sumadas al *Informe Cassese*, reflejan que ya existía un conocimiento y comprensión de la relación fundamental que existía entre el apoyo financiero externo y la capacidad de la dictadura chilena no solo para sobrevivir como régimen, sino también para ejecutar efectivamente su campaña de abusos masivos de derechos humanos.[179]

4. Contribuyendo al debate sobre la responsabilidad por complicidad financiera

La forma mediante la cual la asistencia financiera puede contribuir a la comisión de violaciones masivas de derechos humanos y cómo el derecho debe reaccionar frente a prestamistas que financian a los autores de esos crímenes, son interrogantes planteadas por una demanda civil presentada en Buenos Aires en 2009 por víctimas de la última dictadura en la Argentina contra una serie de bancos que financiaron a la última junta militar a partir de 1976.[180]

176 Op. cit.

177 Cohen, Roberta, "Human Rights Diplomacy: The Carter Administration and the Southern Cone", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, 1982, p. 212.

178 Cohen, Roberta, op. cit., p. 233.

179 Esta manera de visualizar la relación entre préstamos y daños parece seguir la lógica que late en los modernos *Principios del Ecuador* implementados por los bancos, véase Hansen, Ryan C., *The Impact of the Equator Principles on Lender Liability: Risks of Responsible Lending*, (LLM Dissertation, London School of Economics and Political Science) 2006, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id948228, 19 de abril de 2010.

180 El caso es Ibañez Manuel Leandro y otros casos/Diligencia Preliminar Contra Instituciones Financieras No Determinadas, No. 95.019/2009, Buenos Aires, cuya jurisdicción acaba de definirse (justicia nacional en lo civil, cfr. decisión de la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, del 28 de septiembre

En un *amicus curiae* presentado recientemente sobre este caso por la Universidad de Essex y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Buenos Aires, fueron sugeridas algunas respuestas y pautas concretas frente a aquellas interrogantes: tanto el derecho doméstico como el internacional reconocen la responsabilidad civil de las empresas por complicidad, incluyendo a aquellas que proveen asistencia financiera. Los préstamos bancarios concedidos a la junta militar argentina pueden haber tenido un efecto sustancial sobre los crímenes que cometió. Debido al carácter público de las violaciones de los derechos humanos, los bancos eran conscientes de las potenciales y previsibles consecuencias de prestar una enorme cantidad de dinero a Argentina.[181] Así, por ejemplo, los bancos no aplicaron las reglas generales de diligencia debida tales como las que hoy sugieren y precisan los *Principios del Ecuador*[182] y que sistematiza el Grupo de Acción Financiera (GAFI).[183]

Al analizar el vínculo causal entre la ayuda financiera a gran escala y las violaciones de derechos humanos, deben observarse las repercusiones macroeconómicas y presupuestarias de los préstamos. Es necesario reforzar el enfoque holístico –como el que implementa el *Informe Cassese*– que exige el estudio de la complicidad corporativa financiera, incluyendo perspectivas políticas, económicas, presupuestarias, fiscales y sociológicas, para contribuir a la comprensión de todo el proceso. Un análisis interdisciplinario permite abordar, identificar y comprender la relación entre las clases dominantes nacionales, las fuerzas militares, los gobiernos extranjeros, el aparato burocrático, las instituciones financieras y las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos. Como explicamos anteriormente, el éxito y el fracaso de

---

de 2010). Ver también Bohoslavsky, Juan Pablo y Opgenhaffen, Veerle, op. cit., p.157 y ss; Mattarollo, Rodolfo, "Los bancos de la dictadura", *Página 12*, 23 de noviembre de 2009, disponible en http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-135803-2009-11-24.html; Mattarollo, Rodolfo, "El círculo que se cierra", Monde Diplomatique, El Dipló, 127, enero de 2010; Verbitsky, Horacio, "Los prestamistas de la muerte", Página 12, 16 de marzo de 2009, disponible en http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-121607-2009-03-16.html (consultada el 7 de febrero de 2010).

181 Amicus curiae presentado el 26 de marzo de 2010 en el caso citado en la nota anterior, disponible en la página web del Business & Human Rights Centre http://www.businesshumanrights.org/Links/Repository/1000191/. También véase Morini, Gabriel, "En los laberintos de la Justicia", Página 12, 24 de marzo de 2010, disponible en http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/142578-45899-2010-03-24.html.

182 The Equator Principles Association, A financial industry benchmark for determining, assessing and managing social & environmental risk in project financing, julio de 2006, disponible en http://www.equator-principles.com/principles.shtml

183 En cuanto a la obligación especifica de *Know Your Customer* (KYC) véase FATF 40 Recommendations (2003), disponible on line en http://www.fatf-gafi.org ; véase también el *amicus curiae supra* citado, p. 21.

las dictaduras en América Latina, tanto en términos de estabilidad política como de resultados económicos, dependió fuertemente del apoyo financiero externo que recibieron.

En este mismo sentido, las medidas adoptadas desde los inicios del régimen de Pinochet por parte de varios gobiernos, incluyendo el norteamericano, negándose a prestar ayuda financiera al régimen militar chileno, también son relevantes para delimitar la responsabilidad corporativa por complicidad en el caso chileno. Esos gobiernos reconocieron, de alguna manera, que las contribuciones financieras podían facilitar delitos graves y masivos, y que esas limitaciones derivaban de normas internacionales de máxima jerarquía.

De ese modo, lo realizado por la administración Carter hace más de 30 años, así como los esfuerzos del senador Edward Kennedy y de otros parlamentarios de Estados Unidos, decididamente contribuyen al debate actual acerca del impacto que tiene el dinero en términos de facilitación de delitos y cómo el derecho debe responder a esta interrogante. Al prestar detenida atención a las normas en virtud de las cuales el gobierno de Estados Unidos rechazaba la concesión de ayuda a las dictaduras latinoamericanas, quedan pocas dudas sobre su rango de *jus cogens*.[184]

La responsabilidad por complicidad, incluida la financiera, debe atender al efecto previsible derivado del uso de los *commodities* antes que observar su cualidad intrínseca. Un ejemplo concreto: el dinero no solo puede empeorar una situación sino que también puede contribuir a mejorarla. Después de reiterados rechazos de ayuda financiera al gobierno de Chile, el gobierno de Estados Unidos comenzó gradualmente a cambiar esta posición, precisamente porque las autoridades chilenas estaban en proceso de mejorar la situación de los derechos humanos en el país. Tal como apunta el *Informe Cassese*, "incluso esta nueva postura revela el estrecho vínculo existente entre la ayuda económica externa y el respeto de los derechos humanos en Chile".[185]

La *cascada de justicia* que en América Latina han implicado las comisiones de la verdad y los procesos penales extranjeros y nacionales contra los ex represores, refleja una tendencia general en la política mundial

184 En referencia al caso Argentino: Arms Trade in the Western Hemisphere: Hearing Before the Subcommittee on Inter-American Affairs of the Committee on International Relations, 95th Cong. (1978) (declaraciones de Patricia M. Derian, Subsecretaria de Derechos Humanos y Asuntos Humanitarios del gobierno de Carter). En estas declaraciones se mencionaron expresamente convenciones internacionales e interamericanas que protegen a los individuos contra groseras, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos fundamentales. Sobre las normas perentorias del derecho internacional ver nota 34.

185 Cassese, Antonio, op. cit.,, Vol. III, p. 89.

hacia una rendición de cuentas más estricta.[186] Ésta aún no ha evolucionado hacia una sólida responsabilidad corporativa por complicidad, lo cual claramente erosiona los objetivos últimos de cualquier proceso de justicia transicional. En ese sentido, la demanda civil presentada recientemente por las víctimas de la dictadura argentina contra los bancos que la financiaron implica un desafío.[187] Del mismo modo, Chile –que ya ha exhibido, con el caso del banco Riggs, un avance notable en la tarea de conectar servicios financieros y violaciones de derechos humanos a gran escala–[188] ofrece una nueva oportunidad para repensar ese vínculo.

Nótese que la tesis postulada en este trabajo elude las discusiones en torno al positivismo que caracterizaría a la teoría legal chilena,[189] puesto que tanto el derecho internacional como, muy especialmente, el doméstico reconocen la responsabilidad civil de las personas jurídicas en su carácter de cómplices. Se trata de un asunto de responsabilidad extracontractual.

Puesto que la discusión en torno al rol de los agentes que financiaron el régimen de Pinochet implicaría abrir un capítulo más en el proceso de justicia transicional chilena, es legítimo interrogarse acerca del impacto que la enunciación formal de esta pregunta podría generar en el desempeño de la economía nacional.[190] La información bruta disponible indica que los inversores en Chile han asumido, desde el retorno de la democracia, una actitud positiva frente a los mecanismos transicionales en pos de la verdad y la justicia: se consolida la democracia y el Estado de Derecho, y, con ellos, las condiciones para el crecimiento económico.[191] Este tipo de razonamiento de *realpolitik* acerca de la relación entre responsabilidad por complicidad corporativa y promoción de intereses

186 Lutz, Ellen y Sikkink, Kathryn, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", en *Chicago Journal of International Law*, 2, 2001, pp. 1-33; Sikkink, Kathryn y Walling, Carrie B., "The Impact of Human Rights Trials in Latin America", en *Journal of Peace Research*, 44, 2007, pp. 427-445.

187 Bohoslavsky, Juan Pablo y Opgenhaffen, Veerle, op. cit., p. 201 y ss.

188 Scott, Shaw W., op. cit., pp. 1497-1543.

189 Hilbink, Lisa, Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. *Lessons from Chile*, (Cambrigde University Press) 2007.

190 Appel, Benjamin, y Loyle, Cyanne, "Investing in the Truth: Foreign Direct Investment and Post-Conflict Justice", trabajo presentado en el Annual Meeting of the Theory vs. Policy? Connecting Scholars and Practitioners, Nueva Orleans, Luisiana, 17 de febrero de 2010.

191 Olsen, Tricia, Reiter, Andrew y Wiebelhaus-Brahm, Eric, "Taking Stock: Transitional Justice and Market Effects", trabajo presentado en el Midwest Political Science Association Annual Meeting, 22-5 de abril de 2010, Chicago.

económicos, e incluso geopolíticos, también ayuda a entender por qué el ATCA sobrevive: resulta funcional a la política exterior de Estados Unidos, que apuesta al cooperativismo en materia de derechos humanos.[192]

Volviendo al caso chileno, la jurisprudencia del país se ha mostrado particularmente contradictoria en cuanto a la prescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de violaciones graves de derechos humanos,[193] aun cuando el derecho comprometido en estos supuestos indica que la denegación de indemnizaciones a esas mismas víctimas en razón del transcurso del tiempo puede implicar la lesión del derecho a una compensación adecuada, promover la impunidad e impedir el acceso a la justicia reparatoria.[194]

En cualquier caso, a las víctimas les asiste un derecho inalienable y autónomo a conocer la verdad de los hechos,[195] el cual incluye las circunstancias en las cuales se cometieron los delitos, sus perpetradores y, naturalmente, quienes contribuyeron a que todo ello fuera posible. Esa investigación podría realizarse, en procesos civiles que presenten ese objeto cognitivo específico y/o en los juicios penales aún en trámite, como herramientas para asegurar la operatividad del derecho a conocer la verdad acerca de los delitos y cómo estos fueron facilitados.[196]

Una investigación en torno a los cómplices económicos es así, en clave de justicia transicional, una herramienta para completar la narrativa histórica y dotar de integralidad y coherencia a la reparación.[197] Esto presume que, aun

192 Knowles, Robert, "A Realist Defense of the Alien Tort Statute", en *Washington University Law Review*, Vol. 88, 2011, (En prensa).

193 (Sentencias dictadas con una diferencia de tres días) Aceptando la prescriptibilidad, S.C.S., Rol N° 3078-08, del 5 de abril de 2010; y rechazándola, S.C.S., Rol N° 2080-08, del 8 de abril de 2010.

194 Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: Referencia al caso chileno", en *Revista Ius et Praxis*, 2, 2008, pp. 147-207. Feddersen, Mayra, "Prescripción de acciones civiles en Chile", (Universidad Diego Portales) 2010, disponible en http://www.icso.cl/images/Paperss/prescripcion_ensayo.pdf.

195 Comité de Derecho Humanos, Study on the right to the truth Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, Naciones Unidas, 8 de febrero de 2006; Asamblea General, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Naciones Unidas, Resolución N° 60/147 del 16 de diciembre de 2005. Sobre la necesidad de las víctimas de que exista un registro judicial acerca de su sufrimiento, veáse Stapp, Eric, "Third-Party Liability for Violations of the Law of Nations: Apply International Law, The Law of the Situs, or Domestic Standards?", en *Santa Clara Law Review*, Vol.49, 2009, p. 499.

196 Sobre esta función de los procesos penales en Chile, ver Feddersen Martínez, Mayra, "Chile", en VV. AA., *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, (Fundación para el Debido Proceso Legal) 2010, p. 88.

197 De Grieff, Pablo, "Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: El aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta", en *Estudios Socio-Jurídicos* (Universidad del Rosario), Vol.

cuando el caso del banco Riggs [198] ha sido importante para integrar el puzle de responsabilidades,[199] el debate sobre la forma en la que los factores económicos –y, específicamente, los financieros– contribuyeron al éxito de la campaña criminal del régimen de Pinochet, aún no se encuentra saldado. Se justifican así análisis económicos, políticos y jurídicos más amplios y precisos en torno a la relación causal entre la ayuda financiera recibida por el regimen de Pinochet, el funcionamiento del aparato burocrático-criminal y los delitos mismos.

El *Informe Cassese* es, presumiblemente, el primer trabajo encomendado y ejecutado por la ONU que investiga e identifica la conexión fáctica y jurídica entre la ayuda financiera provista y las violaciones de derechos humanos a gran escala. Es una ventaja científica, institucional y política de la que goza Chile.

7, 2005, p. 187; Nash Rojas, Claudio, "Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)", en *Centro de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile) 2009, p. 86.

198 Kornbluh, Peter, *The Pinochet File: A Declassified Dossier on Atrocity and Accountability*, (New Press) 2003, p. 224; Scott, Shaw W., op. cit., p. 1497.

199 Carranza, Ruben, "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", en *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 2008, pp. 310-330.

LA DECISIÓN SOBRE ABORTO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS *"A, B AND C V. IRELAND"* Y SU IMPORTANCIA PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO

Verónica Undurraga [1]

Este trabajo analiza la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *A, B and C v. Ireland*, que condenó a Irlanda por violar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida privada) al no cumplir con su obligación positiva de establecer un régimen legislativo o reglamentario que estableciera un procedimiento efectivo por el cual la demandante, una mujer embarazada, pudiera determinar si calificaba para realizarse un aborto legal en Irlanda, de acuerdo con el artículo 40.3.3 de la Constitución. El artículo explica los alcances de esta sentencia en el contexto de la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos y anticipa la influencia que esta decisión puede tener en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Introducción

A fines del año 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte EDH), con su sentencia en el caso *A, B and C v. Ireland*[2], escribió un nuevo capítulo en el desarrollo de la jurisprudencia de derechos humanos en materia de aborto y protección de la vida prenatal. Este trabajo analiza el fallo desde el contexto más amplio de la discusión sobre el estatus de la vida del *nasciturus* y el tratamiento del aborto en el derecho internacional de los derechos humanos, haciendo especial énfasis en aquellos aspectos en que la decisión puede tener influencia en futuros casos que deban resolver los ór-

1 Abogada de la Universidad de Chile, diplomada en Instituciones Modernas de Derecho de Familia, Master of Laws (LL.M.) Columbia University N.Y. y candidata a doctora en derecho por la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como Directora del Programa Mujeres y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La autora agradece la ayuda brindada por la ayudante María de los Ángeles González.

2 Corte EDH. Case of A, B and C v. Ireland, Fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.

ganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos). El artículo se divide en tres partes. En la primera parte se describen los hechos (1.1), el régimen jurídico del aborto en Irlanda (1.2), los argumentos de las partes (1.3) y la decisión de la Corte EDH (1.4). En la segunda parte se explica cómo se inserta este fallo dentro de la línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte EDH sobre el aborto y la protección de la vida prenatal. Finalmente, en la tercera parte, se analiza la influencia que podría tener este caso en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ante la eventualidad que deba resolver una denuncia por violación de derechos de la mujer reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) basada en los efectos de la penalización estricta del aborto que existe en la mayoría de los Estados parte de la CADH.

I

1.1. Los hechos

Las denunciantes en el caso son dos mujeres irlandesas (A y B) y una mujer de nacionalidad lituana (C), todas adultas y residentes en Irlanda, quienes tienen en común haber viajado al Reino Unido a practicarse un aborto durante el año 2005. La denunciante A es una mujer que vive en situación de pobreza, cesante, que había sido alcohólica y quien al momento de embarazarse estaba enfrentando una depresión y tratando de recuperar la tuición de sus cuatro hijos, uno de ellos discapacitado. Decidió abortar porque pensó que un nuevo embarazo perjudicaría las opciones para reunirse nuevamente con su familia. Para pagar el aborto en una clínica privada de Inglaterra, consiguió el dinero con un prestamista. Viajó secretamente y volvió a Irlanda al día siguiente de haber abortado, para no perderse la visita a sus niños. A su retorno sufrió una hemorragia y debió someterse a un procedimiento de curetaje. Afirma haber sufrido dolores, náuseas y sangramiento en las semanas posteriores, pero no buscó consejo médico.

Por su parte, la denunciante B se embarazó a pesar de haber tomado anticoncepción de emergencia. Dos médicos le señalaron que había un riesgo importante de que tuviera un embarazo ectópico, pero al momento de realizarse el aborto ese riesgo se había ya descartado. Abortó por no estar preparada para cuidar un hijo en esa etapa de su vida. Tuvo ciertas dificultades en conseguir el dinero para viajar a Inglaterra y pagó el viaje con la tarjeta de crédito de una amiga. En la clínica en que se practicó el aborto le aconsejaron que dijera a sus médicos irlandeses que había tenido

un aborto espontáneo. Al regresar a Irlanda, comenzó a tener coágulos y, estando insegura de haber cometido una ilegalidad por viajar para abortar, recurrió a una clínica de Dublín afiliada a la clínica inglesa donde se había hecho la intervención.

Por último, la denunciante C se encontraba en la etapa de remisión de un cáncer cuando quedó embarazada. Su médico le había señalado anteriormente que era imposible prever los efectos de un embarazo en el desarrollo de la enfermedad. Sin conocer aún de su embarazo, se realizó una serie de exámenes médicos contraindicados para su estado. Alega que, como consecuencia del efecto paralizante (*chilling efect*) que produce la penalización del aborto en los médicos, recibió información insuficiente sobre los efectos que los exámenes y el embarazo podían tener sobre su vida y salud. Después de investigar ella misma en Internet, decidió abortar en Inglaterra. A su regreso a Irlanda, sufrió complicaciones derivadas de un aborto incompleto, incluyendo prolongadas hemorragias e infección.

1.2 Régimen jurídico del aborto en Irlanda

La regulación del aborto vigente en Irlanda es muy particular y solo puede entenderse como resultado de difíciles compromisos entre valores e intereses políticos, que han ido plasmándose en reformas constitucionales, legislación, medidas administrativas e interpretaciones jurisprudenciales. En esta sección se hace referencia a estos antecedentes, cuya consideración fue fundamental en la sentencia de la Corte EDH en el caso que analizamos.

En Irlanda el aborto está penado en la sección 58 de la *Offense Against the Person Act,* que establece la pena de presidio perpetuo para la mujer y los terceros que realicen actos ilegales con el fin de provocar un aborto.[3] A pesar de lo estricta de esta norma, previéndose que la jurisprudencia pudiera interpretarla de manera de admitir algunas causales de aborto, se realizó un referéndum el año 1983, por el cual se incorporó el siguiente texto, con el fin de dar estatus constitucional al derecho a la vida del *nasciturus*:

> Artículo 40.3.3 "El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con debido respeto a igual derecho a la vida de la madre, garantiza

3 Section 58 of the Offences Against the Person Act 1861: "Every women, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, shall be guilty of a felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for life."

> en sus leyes respetar y, en la medida que sea practicable, por sus leyes defender y afirmar ese derecho"[4].

Como puede apreciarse, el texto, aunque establece la igual jerarquía del derecho a la vida del *nasciturus* y de la mujer embarazada, condiciona la obligación de protección de la vida prenatal a la *medida de lo practicable*.

La primera ocasión de probar el alcance de la protección de la vida prenatal bajo esta norma se dio cuando la Corte Suprema de Irlanda falló que era ilegal difundir información que incluyera datos de contacto respecto de servicios de aborto ofrecidos en el extranjero, que tuviera el efecto de facilitar la comisión de abortos.[5] Las organizaciones afectadas por este fallo recurrieron a la Corte EDH, la que el año 1992, en el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, condenó a Irlanda por violar el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que reconoce el derecho a la libertad de expresión.[6]

La siguiente oportunidad que tuvo la Corte Suprema irlandesa de interpretar la norma constitucional se dio en la causa *Attorney General v. X and Others* que tuvo un gran impacto en la sociedad irlandesa por las trágicas circunstancias del caso. X era una niña de 14 años cuando quedó embarazada producto de una violación. Antes de llevarla a realizarse un aborto al Reino Unido, los padres de X preguntaron a la policía irlandesa si era posible realizar pruebas científicas a los tejidos fetales para determinar la identidad de la persona que violó a X. La situación llegó a conocimiento del *Attorney General*, quien pidió una orden judicial para impedir que X viajara al extranjero para procurarse un aborto. La orden fue concedida, pero finalmente dejada sin efecto por la Corte Suprema de Irlanda en apelación. En *Attorney General v. X and Others*, la Corte Suprema fijó la interpretación hasta ahora vigente del artículo 40.3.3 de la Constitución, al señalar que:

> El test apropiado que debe ser aplicado es que si es probable que haya un riesgo real y sustancial a la vida de la madre (distinto de un riesgo

4 Article 40.3.3 "The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right."

5 Ver Attorney General (S.P.U.C.) v. Open Door Counselling (1988) I.R. 593. También S.P.U.C. (Ireland) v. Grogan and Others (1989) I.R. 753.

6 Corte EDH. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, fondo, sentencia de fecha 29 de octubre de 1992.

> a su salud), que solamente puede ser evitado por la interrupción de su embarazo, esa interrupción es permisible, de acuerdo a la interpretación correcta del Artículo 40.3.3 de la Constitución.[7]

Aplicando esta interpretación del artículo constitucional, y considerando que si la niña no accedía al aborto podría intentar suicidarse, la Corte determinó que X podía realizarse un aborto legal en Irlanda. Desde ese momento, debe entenderse que la excepción terapéutica por riesgo de vida de la madre, formulada de acuerdo al test recién citado de la Corte Suprema, incluye también el riesgo de muerte por suicidio.

La conmoción que provocaron los casos *Open Door* y *Attorney General* llevó a la realización de otro referéndum en el cual se aprobaron dos enmiendas constitucionales, cuyo objetivo específico fue autorizar la divulgación de información sobre servicios de aborto en el extranjero y la salida del país con el fin de procurarse uno.

Luego de estas reformas, el actual texto del artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda establece:

> El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con debido respeto a igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en la medida que sea practicable, por sus leyes defender y afirmar ese derecho.
> Esta subsección no limitará la libertad de viajar entre el Estado y otro estado.
> Esta subsección no limitará la libertad de obtener o hacer disponible en el Estado, sujeta a aquellas condiciones que se establezcan por ley, información relativa a servicios legalmente disponibles en otro estado.[8]

7 Al respecto señala que "[...] the proper test to be applied is that if it is as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article 40.3.3 of the Constitution." Corte EDH. Case of A, B and C v. Ireland, fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, párrafo 37.

8 La version original señala que "The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right. This section shall not limit freedom to travel between the State and another State. This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another State."

Por último, otras dos sentencias dictadas por las altas cortes irlandesas completan la interpretación judicial que se ha dado a la protección constitucional de la vida prenatal.

En la primera, la *High Court* falló que el derecho a viajar para realizarse un aborto garantizado en el artículo 40.3.3 tenía precedencia frente al derecho a la vida del no nacido. El caso se trataba de una niña embarazada de un feto anencefálico (condición incompatible con la vida extrauterina) que fue impedida por la autoridad local de viajar fuera de Irlanda para realizarse un aborto. La corte falló que no había ningún impedimento constitucional o legal para que la niña viajara al Reino Unido para practicarse un aborto.[9]

En la segunda, la Corte Suprema de Irlanda determinó, en un caso en que las partes se disputaban el derecho a disponer de embriones fertilizados *in vitro,* que la protección concedida al no nacido en el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa solo alcanzaba a los embriones o fetos implantados en el útero de una mujer y no a embriones no implantados.[10]

Como puede apreciarse, la sociedad irlandesa ha buscado un complejo compromiso entre sus valores culturales asociados a la identidad católica, que la llevan a prohibir en su territorio todo aborto con excepción de aquel que se realiza en caso de peligro de la vida de la mujer, y su necesidad de asumir que muchas mujeres irlandesas eluden esa prohibición viajando a otras jurisdicciones. En el contexto europeo, en que la mayoría de los países tiene regímenes liberales en materia de aborto, Irlanda ha mantenido su postura a favor de la criminalización del aborto, pero intentando minimizar los perjuicios que pueden sufrir las mujeres que recurren al aborto a pesar de la prohibición.

Con este fin, el año 1995 se dictó la legislación que regula las condiciones en que puede ser difundida la información relativa a los servicios de aborto ofrecidos en el extranjero, la *Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act 1995*. La Corte Suprema tuvo la oportunidad de darles una interpretación oficial a estas normas al hacer el examen preventivo de constitucionalidad de la ley. De acuerdo a la interpretación que hizo la Corte Suprema, estas normas permiten a las mujeres irlandesas recibir en Irlanda información sobre servicios legales de aborto que se ofrezcan fuera del país, tener a su disposición todas sus fichas clínicas y tener la garantía de que su médico irlandés pueda comunicarse con los médicos extranjeros

9 D (A Minor) v. District Judge Brennan, the Health Services Executive and the Attorney General, sentencia no publicada de la High Court, 9 de mayo de 2007.

10 High Court. MR v. TR and Others, sentencia del 15 de noviembre de 2006.

que practicarán el aborto para intercambiar información sobre la condición de la paciente. En Irlanda, los médicos pueden dar información completa a sus pacientes sobre su estado de salud, los efectos del embarazo y las consecuencias que puede éste tener sobre su vida y la salud y, en general, darle todos los antecedentes necesarios para que la propia mujer tome una decisión informada sobre si continuar o terminar el embarazo. La ley solamente les prohíbe promover la opción del aborto y contratar servicios de aborto en el extranjero a nombre de la mujer.

El año 2001 se creó la *Crisis Pregnancy Agency*, con el objetivo de prevenir los embarazos no deseados, ofrecer alternativas al aborto y entregar atención post aborto. Entre otras labores, esta agencia elaboró guías para los médicos y material informativo para las mujeres, con miras a asegurar una consejería oportuna y no condenatoria en casos de embarazos de crisis y controles médicos posteriores al aborto, cuando la mujer tomara la decisión de interrumpir su embarazo.

Diversos informes oficiales y estudios[11] han señalado la necesidad de dictar una legislación que especifique con claridad las condiciones médicas que justifican un aborto legal, pero hasta el momento no ha existido la capacidad política en Irlanda para avanzar en estas medidas. En ausencia de una legislación que regule estas materias, las mujeres y el personal de salud actúan en una zona de incertidumbre y recae en los tribunales de justicia definir, en cada caso específico que llegue a su conocimiento, el alcance de la autorización constitucional al aborto terapéutico.

Irlanda se encuentra bajo una presión internacional importante para que liberalice su regulación sobre aborto o al menos dicte legislación que aclare los términos de las normas actualmente existentes. El Comité de Derechos Humanos y el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), han expresado su preocupación por el carácter excesivamente restrictivo de la legislación sobre aborto,[12] el Comisionado para los Derechos Humanos llamó a las autoridades irlandesas a legislar para dar certeza legal a las normas existentes[13] y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó, con el voto en contra de los representantes irlandeses, una resolución el año 2008 titulada *Acceso al aborto*

11 Ver referencia a estos estudios en Corte Europea de Derechos Humanos. Case of A, B and C v. Ireland, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, sección C Public Reflection Processes, párrafos 62 a 76.

12 Ibíd., párrafo 110.

13 Ibíd., párrafo 109.

seguro y legal en Europa en que se llama a los estados miembros a despenalizar el aborto dentro de un periodo de la gestación que sea razonable, garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo al aborto seguro y legal, permitir a las mujeres la libertad de elección ofreciéndoles las condiciones para que tomen una decisión informada, eliminar las restricciones al aborto seguro y ofrecer condiciones apropiadas de cuidado de la salud y cobertura financiera.[14]

1.3. Los argumentos de las partes

Las demandantes A y B afirmaron que Irlanda había violado sus derechos garantizados en los artículos 3 (prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes), 8 (vida privada), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH, al obligarlas a viajar al extranjero para acceder a abortos que se justificaban por razones de salud y bienestar.

La demandante C alegó que la ausencia de leyes implementadoras del artículo 40.3.3 de la Constitución le impidió establecer si calificaba para un aborto terapéutico por riesgo para su vida, con lo cual se habrían violado sus derechos bajo los artículos 2 (derecho a la vida), 3, 8, 13 y 14 del CEDH.

La Corte EDH estableció como ciertos los siguientes hechos en la causa: a) que las demandantes viajaron el año 2005 a Inglaterra para interrumpir sus embarazos; b) que la demandante A abortó por razones de salud y bienestar (sus circunstancias personales de depresión, historia de alcoholismo, sus planes de recuperar la custodia de sus hijos), la demandante B por razones de bienestar (no podía hacerse cargo de su hijo) y la demandante C por miedo a que su embarazo pusiera en peligro su vida (por los efectos sobre el cáncer que padecía); c) que las demandantes enfrentaron una carga sicológica significativa por tener que viajar al extranjero para practicarse un aborto; d) que los costos económicos asociados al aborto en el extranjero constituyeron para A una carga financiera importante y para B y C, gastos considerables; y e) que solo respecto de A puede acreditarse que existió una demora en la realización del aborto no atribuible a decisiones de la propia denunciante, con las consecuencias físicas y sicológicas que ello conlleva.

El gobierno de Irlanda alegó que las demandantes no habían agotado los recursos internos que provee la legislación irlandesa para reclamar violaciones de derechos y que, de acuerdo al artículo 35.1 del CEDH[15], no podían acu-

14 Ibíd, párrafos 106 a 108.

15 Artículo 35.1 CEDH. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

dir al sistema internacional. La Corte EDH rechazó esta tesis argumentando que el Estado no demostró que los recursos internos existentes fueran en la práctica accesibles y efectivos.

La Corte EDH declaró inadmisible la demanda de C respecto de la violación del artículo 2 que consagra el derecho a la vida, por considerarla manifiestamente infundada[16] ya que la denunciante no habría tenido ningún obstáculo legal para viajar a Inglaterra a abortar y ninguna de sus complicaciones post aborto habrían puesto en peligro su vida. Asimismo, la Corte EDH rechazó por inadmisible el argumento de las tres demandantes basado en la violación del artículo 3 del CEDH que prohíbe la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes. A juicio de la Corte EDH, las cargas que debieron sufrir las demandantes por tener que viajar al extranjero a abortar no fueron tan severas como para ser consideradas un trato inhumano o degradante que caiga bajo la protección del artículo 3 del CEDH. Las demandas vinculadas a violaciones del artículo 13 del CEDH, en la medida que eran accesorias a las violaciones de los artículos 2 y 3, también fueron declaradas inadmisibles.

En consecuencia, la sentencia de la Corte EDH se centró en las demandas de violación al artículo 8 y las vinculadas a éstas, de los artículos 13 y 14, que sí consideró admisibles.

1.3.1. Argumentos de las partes en relación a la violación del derecho a la vida privada (artículo 8)

Las demandantes argumentaron que las restricciones al aborto existentes en Irlanda afectaron su derecho a la vida privada y familiar, protegido por el artículo 8 del CEDH. Aunque reconocieron que estas restricciones tienen como fin la protección de la vida prenatal, alegaron que no podían justificarse por ser inefectivas y cuestionaron la legitimidad del objetivo, considerando que contraría las posturas que sobre este tema tienen los organismos de derechos humanos y la propia opinión de la población irlandesa. Las demandantes también alegaron que los medios escogidos para alcanzar el fin de protección de la vida prenatal eran desproporcionados por no respetar los derechos de las mujeres. Citan como precedente las sentencias de *Vo v. France*[17] y *Tysiac v.*

16 Artículo 35.3 CEDH. El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva [...].

17 Corte EDH. Case of Vo v. France, sentencia de fecha 8 de julio de 2004

Poland[18], en las que habría quedado establecido que la preservación de la vida prenatal es un fin aceptable en la medida que se reconozca un valor proporcionado a la salud y bienestar de la mujer. Las mujeres, a juicio de las demandantes, sufren desproporcionadamente los efectos de la restricción al aborto, porque, al tener que viajar al extranjero a abortar, deben enfrentar un mayor riesgo por abortos tardíos, reciben menos cuidados médicos antes y después del aborto, enfrentan cargas financieras, y experimentan la estigmatización y el peso sicológico asociados a la realización de un acto que se considera un grave crimen en su propio país. Alegaron que Irlanda debió optar por los medios alternativos que existen para proteger la vida prenatal, los que han sido favorecidos por los organismos de derechos humanos y no afectan el acceso de las mujeres a la salud.

Las denunciantes hicieron notar también que la postura de Irlanda se contrapone al claro consenso que existe entre los Estados Parte del CEDH e internacionalmente, a favor de regímenes más flexibles en materia de aborto y que se considera que el estándar mínimo incluye permitir la interrupción del embarazo cuando es necesario para proteger la salud y bienestar de la mujer.[19]

La denunciante C ofreció argumentos adicionales. Ella sostuvo que, al no existir una legislación que implemente el artículo 40.3.3 de la Constitución, no pudo determinar si calificaba para un aborto terapéutico en Irlanda. Sin una adecuada legislación, no se sabe con certeza qué se entiende por la expresión *unborn* en el texto constitucional, cuáles son las condiciones que constituyen un peligro real y sustancial para la vida de la mujer, ni cómo se distingue entre un peligro grave para la salud y el riesgo vital. La denunciante afirmó que esta falta de procedimientos claros y la amenaza de sanciones criminales y disciplinarias, provocó en los médicos un efecto paralizante (*chilling effect*) que impidió que ella pudiera obtener una asistencia médica adecuada en Irlanda y la obligó a abortar en Inglaterra.

El gobierno irlandés afirmó que el artículo 8 no obligaba a los Estados Parte a proveer ciertos tipos de aborto y que el CEDH dejaba la decisión sobre regímenes de aborto a los procesos democráticos que se dieran en cada Estado Parte, reconociendo la diversidad de valores y tradiciones que tienen.

18 Corte EDH. Case of Tysiac v. Poland, sentencia de fecha 20 de marzo de 2007.

19 Las leyes de los Estados Parte del CEDH muestran que 31 de 47 estados permiten el aborto sin expresión de causa durante el primer trimestre del embarazo, 42 permiten el aborto cuando está en riesgo la salud de la mujer y 32 cuando existe anormalidad fetal. Los únicos países con regímenes estrictos como el irlandés son Malta, San Marino y Andorra.

Irlanda decidió, con acuerdo de su pueblo, proteger la vida prenatal lo que constituye un objetivo legítimo no sujeto al escrutinio de la Corte EDH. El gobierno argumentó también que las restricciones al aborto han permitido una reducción del llamado turismo abortivo y que Irlanda tiene una de las tasas más bajas de mortalidad materna de la Unión Europea. Adicionalmente, el gobierno alegó que las restricciones impuestas al derecho a la privacidad de las mujeres eran proporcionadas.

El gobierno irlandés se apoyó en jurisprudencia anterior de la Corte EDH, que deja entregado al *margen de discrecionalidad* que gozan los Estados Parte la interpretación que cada Estado haga del artículo 2 del CEDH[20] respecto a si incluye o no la protección de la vida prenatal. Se desprende de esta jurisprudencia, a juicio del gobierno, que los Estados Parte también pueden decidir soberanamente los límites al aborto legal que estimen conveniente adoptar, basados en sus concepciones morales, sean estas seculares o religiosas.

Rebatiendo el argumento sobre el consenso europeo respecto a dar mayor acceso al aborto legal, el gobierno objetó el intento de deducir de la legislación vigente en los Estados Parte la existencia de un derecho que no está en el texto del CEDH. De existir algún consenso, señaló, es precisamente en torno a reconocer autonomía a los estados para definir sus regímenes de aborto.

Respecto de los argumentos de la denunciante C, el gobierno señaló que los procedimientos para determinar cuándo un aborto es legal en Irlanda son claros y que, cuando la vida de la madre está en peligro, se interviene, estando prohibido a los médicos negar el tratamiento en razón de desaprobación moral. Los médicos aplican los criterios legales y la paciente tiene la posibilidad de acudir a la *High Court* si no está de acuerdo con las opiniones médicas.

El gobierno negó asimismo que las sanciones criminales produzcan un efecto paralizante en el actuar médico, señalando que no hay recuerdo de que se haya procesado a un médico bajo esta legislación.

Finalmente, el gobierno de Irlanda afirmó que sería inapropiado que la Corte EDH intentara ponderar los distintos intereses en conflicto, cuando llegar a una ponderación en el propio país ha sido resultado de un proceso largo, delicado y complejo. A juicio del gobierno, no habiendo consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, se debe dejar un amplio margen de apreciación a los Estados en esta materia.

20 El artículo 2.1 en cuestión señala que "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente [...]".

1.4. La decisión de la Corte EDH

La Corte EDH analizó el caso a partir de una serie de preguntas sucesivas, que constituyen el test habitual para determinar si existe violación de derechos del CEDH.

En primer lugar, se preguntó si las demandas basadas en la prohibición del aborto en Irlanda por razones de salud y/o bienestar y en la imposibilidad de determinar si una condición calificaba como aborto legal en ese país, caían bajo el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH que garantiza la vida privada y familiar. La Corte EDH, citando su jurisprudencia, respondió afirmativamente esta pregunta y señaló que la noción de vida privada tiene un contenido amplio que abarca, entre otros derechos, el derecho a la autonomía y desarrollo personal, el derecho a la integridad física y sicológica y la libertad para decidir tener o no hijos.

Habiendo determinado la aplicabilidad del artículo 8 al caso, en un segundo paso, la Corte EDH tuvo que definir si analizaba las denuncias desde la óptica de las obligaciones negativas (obligación de abstenerse de afectar el derecho) o desde la óptica de las obligaciones positivas (obligación de realizar una acción para asegurar el goce del derecho) que emanan para el Estado bajo el artículo 8.

Respecto de las denunciantes A y B, la Corte EDH optó por analizar las denuncias como posibles incumplimientos de obligaciones negativas del Estado, ya que lo que alegaron las denunciantes fue que la prohibición del aborto en Irlanda les restringió desproporcionadamente su derecho a la privacidad. En cambio, respecto de la denunciante C, la Corte EDH prefirió analizar su denuncia como un eventual incumplimiento estatal de obligaciones positivas emanadas del artículo 8, considerando que la denuncia reclamaba por la falta de implementación de una legislación que implementara el artículo 40.3.3 de la Constitución.

Una vez adoptada esta segunda decisión, la Corte EDH pasó a una tercera etapa cuyo objetivo era definir si la afectación o restricción del derecho a la privacidad de las denunciantes era una restricción legítima. Esta tercera etapa se desarrolla a su vez a partir de un test que se compone de tres preguntas sucesivas: a) ¿está la restricción establecida por ley?, b) ¿se fundamenta la restricción en un objetivo legítimo? y c) ¿es la restricción necesaria en una sociedad democrática?

1.4.1 La decisión de la Corte EDH respecto de las demandas de las denunciantes A y B

Respecto de las demandas de A y B, la Corte EDH determinó que la restricción cumplía con los requisitos para considerar que *estaba establecida por ley*,

porque tenían una base en la legislación interna irlandesa que era accesible para las denunciantes y que, sobre la base de esas normas, podían claramente saber que no existía un derecho al aborto en Irlanda basado en razones de salud o bienestar.

También la Corte EDH resolvió favorablemente la pregunta respecto del objetivo legítimo, al estimar que la protección de la moral, uno de cuyos aspectos en Irlanda es la protección del derecho a la vida del no nacido, es un objetivo legítimo. La Corte EDH no se convenció con los argumentos de las denunciantes que alegaron que las/os irlandesas/es ya no compartían esa postura moral, y señaló que las autoridades estatales, por estar en contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, están en mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de los requerimientos de la moral en su país y también sobre la necesidad de establecer restricciones para cumplir con esos requerimientos.

Para definir si la restricción era necesaria en una sociedad democrática, la Corte EDH, siguiendo una práctica establecida, examinó si existía una necesidad social imperiosa y si la restricción era proporcionada al objetivo legítimo perseguido, considerando que debe existir una ponderación justa entre el derecho a la vida privada de las denunciantes y el objetivo de proteger los valores morales del pueblo irlandés, y reconociendo al mismo tiempo que el Estado goza de un margen de apreciación para realizar esa ponderación.

En este caso específico, la Corte EDH otorgó un amplio margen de apreciación a Irlanda, basándose en "la aguda sensibilidad de los temas morales y éticos que surgen con la pregunta del aborto y de la importancia del interés público comprometido"[21] La Corte EDH reconoció que existe un consenso entre los Estados Parte en permitir el aborto legal en términos más amplios que lo que lo hace Irlanda y también que normalmente se invoca el consenso para restringir el margen de apreciación que se concede a los Estados Parte. Sin embargo, en este caso, la Corte EDH señaló que el consenso no constituía razón para limitar el margen de apreciación concedido a Irlanda. La razón que dio es que el precedente del caso *Vo v. France*, que entregó a cada Estado Parte la posibilidad de decidir cuándo comenzaba la vida y si la decisión de interpretar el artículo 2 del CEDH como incluyendo o no la vida del *nasciturus*, obligaba también a incluir dentro del margen de apreciación la forma en que cada estado pondera la vida del feto con los derechos de la madre. Y, aunque

21 Corte EDH. Case of A, B and C v. Ireland, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, párrafo 233.

la Corte EDH afirmó que el margen de apreciación no es ilimitado y que la Corte EDH conserva la facultad de determinar si la restricción constituye una ponderación proporcionada de los intereses en conflicto, en la realidad la concesión de este margen amplio debilita significativamente la fuerza del escrutinio aplicado por la Corte EDH.

En el examen de proporcionalidad, la Corte EDH tuvo en consideración que, aunque la legislación irlandesa prohíbe el aborto por razones de salud y bienestar, permite a las mujeres que se encuentran en la situación de las demandantes A y B, y que quieren acceder a un aborto, viajar a otro Estado a realizárselo y recibir toda la información necesaria en Irlanda sobre dónde acudir, además de tener asegurado en su país el cuidado médico que necesiten antes y después del aborto. La Corte EDH reconoció que la prohibición del aborto en Irlanda podía ser inefectiva para proteger la vida prenatal, pero afirmó que no podía adoptar una conclusión al respecto por falta de antecedentes indisputados sobre ese punto. Tomando en cuenta estos antecedentes, la Corte EDH falló que la prohibición del aborto basado en razones de salud y bienestar, considerando que sus efectos están mitigados por el derecho a viajar al extranjero para acceder a un aborto y el derecho a acceder a información y cuidados médicos apropiados, no excedió el margen de apreciación de que goza el Estado irlandés y por lo tanto debe considerarse que constituye una ponderación justa entre el derecho a la privacidad de las denunciantes y los derechos invocados a favor del no nacido.

En consecuencia, la Corte EDH concluyó que no hubo violación del artículo 8 del CEDH respecto a las demandantes A y B.

1.4.2 La decisión de la Corte EDH respecto de las demandas de la denunciante C

La demanda de C se fundó en la omisión por parte de Irlanda de dictar legislación interna para implementar el artículo 40.3.3 de la Constitución que contemplara un procedimiento por el cual hubiera podido determinarse si ella calificaba para acceder a un aborto terapéutico en Irlanda.

La Corte EDH analizó la denuncia de C como un eventual incumplimiento por parte de Irlanda de la obligación positiva de asegurar el respeto efectivo a la integridad física y sicológica de C, protegidas bajo el contenido de la garantía a la vida privada en el artículo 8 del CEDH. La pregunta que se planteó la Corte EDH en este caso fue si el artículo 8 imponía a Irlanda la obligación de tener un procedimiento efectivo y accesible mediante el cual C hubiera podido establecer si tenía derecho a un aborto legal en ese país.

Para determinar el contenido de la obligación positiva del Estado, la Corte EDH tuvo en consideración que, en el caso de C, la determinación del riesgo a la vida que importaba su embarazo era un asunto que claramente involucraba aspectos esenciales del respeto a su vida privada.

El gobierno irlandés alegó que el procedimiento para determinar si una paciente tenía derecho a un aborto legal era la consulta médica, en la cual el médico, siguiendo los parámetros legales, podía decidir si el caso cabía dentro de la hipótesis de aborto permitido. En caso en que hubiera disconformidad entre distintas opiniones médicas, o la mujer no estuviera de acuerdo con la opinión médica, el procedimiento apropiado era acudir a los tribunales de justicia.

La Corte EDH consideró insuficiente e inefectiva la consulta médica como procedimiento para determinar el riesgo de la mujer, ya que los parámetros legales en los que tenía que basarse el médico no daban certidumbre al momento de su aplicación. Al médico se le exigía tener que basarse en los términos abstractos y generales del artículo 40.3.3 de la Constitución y, además, calificar estos términos de acuerdo a los criterios establecidos jurisprudencialmente por la Corte Suprema en el caso X. Por otra parte, el médico se veía enfrentado a la prohibición categórica contenida en las normas penales de las secciones 58 y 59 del Acta de 1861, pero debía entender que existía una excepción impuesta por la Constitución respecto del aborto terapéutico. Asimismo, a juicio de la Corte EDH, las guías médicas existentes eran insuficientes para otorgar precisión a los criterios legales. Más aun, la Corte EDH hizo notar que no existía procedimiento médico para resolver si un caso calificaba bajo la excepción terapéutica cuando había diferencia de opiniones entre la mujer y su médico o entre distintos médicos. Ante este escenario de incertidumbre, la Corte EDH estuvo de acuerdo con la demandante en que la criminalización del aborto producía un efecto paralizante en las mujeres y médicos, quienes quedaban expuestos a la posibilidad de ser sancionados criminal y/o disciplinariamente si decidían que un aborto calificaba bajo la excepción terapéutica y después se fallaba que la decisión no se conformaba a los parámetros legales.

En consecuencia, y dadas las circunstancias, la Corte EDH descartó que la consulta médica fuera un procedimiento efectivo para determinar si la condición de la denunciante calificaba en la excepción terapéutica.

La Corte EDH también fue enfática en rechazar el argumento del gobierno de que la denunciante pudo haber acudido a los tribunales de justicia para

que se hiciera esa determinación y, en caso de calificar, se oficiara a los médicos a realizar el aborto. La Corte EDH sentenció que las cortes no son el foro apropiado para definir si una mujer califica para un aborto legal, tanto porque los tribunales no son el organismo adecuado para analizar evidencia médica como, además, porque este procedimiento implicaría un desarrollo caso a caso del criterio legal aplicable para determinar el riesgo relevante a la vida de la mujer. La Corte EDH agregó que no existía información oficial respecto a los profesionales y los lugares que practican abortos legales, por lo que mal podrían los tribunales ordenar la realización de éstos.

Basada en estos argumentos, la Corte EDH consideró que "la incertidumbre generada por la falta de una implementación legal del artículo 40.3.3 y particularmente por la ausencia de procedimientos efectivos y accesibles para determinar un derecho al aborto bajo esa norma, ha resultado en una discordancia impactante entre el derecho teórico al aborto legal en Irlanda por razones de riesgo relevante para la vida de una mujer y la realidad de su implementación práctica"[22].

En consecuencia, la Corte EDH declaró que Irlanda había violado el artículo 8 del CEDH por no cumplir con su obligación positiva de asegurar a la demandante C un efectivo respeto a su vida privada, al no existir un régimen legislativo o reglamentario que estableciera un procedimiento accesible y efectivo por el cual se pudiera determinar si C calificaba para realizarse un aborto legal en Irlanda, de acuerdo con el artículo 40.3.3 de la Constitución.

Habiendo fallado de esta manera, la Corte EDH no consideró necesario referirse a las supuestas violaciones al artículo 14 del CEDH y del artículo 13 respecto de la demandante C. También rechazó, por improcedente, el argumento de las demandantes A y B, respecto de una supuesta violación al artículo 13 en conjunto con los artículos 8 y 14 del CEDH.

Aplicando el artículo 41 del CEDH, la Corte EDH ordenó medidas de reparación monetaria para la demandante C. Rechazó el pago de costas porque las demandantes no las acreditaron en la forma debida.

II

La sentencia *A, B and C v. Ireland* debe leerse como una nueva pieza en el desarrollo paulatino de la jurisprudencia de la Corte EDH en materia de aborto

22 Ibíd., párrafo 264.

y protección de la vida prenatal. En esta parte del trabajo, se hace un breve recuento de esta jurisprudencia y se explica cómo se inserta en ella el fallo *A, B and C v. Ireland*.

Un aspecto fundamental de esta jurisprudencia dice relación con la interpretación del artículo 2 del CEDH, que establece el derecho a la vida. En lo pertinente, el texto es el siguiente:

> *Artículo 2. Derecho a la vida*
> 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente [...].

La jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (institución eliminada del sistema en 1998) y de la Corte EDH ha evitado reiteradamente decidir sobre la aplicabilidad del artículo 2 del CEDH al *nasciturus*, dejando la interpretación de esta norma a los propios Estados Partes del Convenio. Esa deferencia que el sistema europeo de derechos humanos otorgó a los Estados Parte en las decisiones que precedieron a *A, B and C v. Ireland* fue la pieza central en la que el gobierno irlandés basó su defensa y terminó siendo definitoria de la sentencia de la Corte EDH en este caso.

Sin embargo, cabe destacar que la jurisprudencia europea que precedió a *A, B and C v. Ireland* afirmó también que, incluso en el caso de que el artículo 2 del CEDH fuera aplicable al feto, el derecho a la vida y salud de la mujer embarazada tiene prioridad, en caso de conflicto, sobre la protección de la vida prenatal. Es por eso que las denunciantes alegaron que la protección de la vida prenatal debía ser compatible con la protección de los derechos de la mujer que ellas afirmaban habían sido violados por Irlanda.

Como tercer elemento, es necesario tener presente que el contexto en que se había otorgado deferencia a los Estados Parte en la interpretación del artículo 2 del CEDH había sido muy distinto al que se presentó en *A, B and C v. Ireland*. La jurisprudencia del margen de apreciación en esta materia se formó en casos en que los Estados involucrados admitían el aborto en variadas circunstancias. El margen de apreciación permitió que se considerara que el artículo 2 del CEDH era compatible con legislaciones europeas que en su mayoría permiten el aborto en términos amplios.

El primer fallo relevante recae en la causa *Paton v. the United Kingdom,* donde se estableció el principio de que la protección de la vida prenatal no puede ser considerada absoluta. En esta decisión, la Comisión Europea (en

adelante Comisión EDH) señaló que el uso general del término *toda persona* en el CEDH, y el contexto en que éste fue usado en el Artículo 2 de dicho texto, no incluían al no nacido. Respecto del término *vida* en el mismo artículo, la Comisión EDH hizo notar la divergencia existente entre los Estados Partes respecto de cuándo se inicia la vida.[23]

La Comisión EDH se planteó tres posibles interpretaciones del Artículo 2 del CEDH. La primera, considerar que esta norma no se aplica al feto. La segunda, interpretar que reconoce al feto un derecho a la vida, pero con ciertas limitaciones implícitas. Y la tercera, leerla como si reconociera al feto un derecho absoluto a la vida. La Comisión EDH rechazó categóricamente la tercera de estas lecturas. Señaló que "la vida del feto está íntimamente conectada y no puede ser mirada separadamente de la vida de la mujer embarazada. Si el Artículo 2 incluyera al feto y la protección de éste, sin ninguna limitación expresa, fuera vista como absoluta, un aborto tendría que ser considerado como prohibido incluso cuando la continuación del embarazo implicara un serio riesgo para la vida de la mujer embarazada. Esto significaría que la vida no nacida del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la mujer embarazada"[24]. La Comisión EDH hizo notar que, a la fecha de la firma del CEDH, en 1950, casi todos los Estados Partes aceptaban en sus legislaciones el aborto terapéutico y que posteriormente las legislaciones internas de estos estados habían mostrado una tendencia hacia una mayor liberalización del aborto. La Comisión EDH, sin embargo, decidió no pronunciarse respecto de las otras dos interpretaciones.

En los casos que siguieron, *H. v. Norway* (1992)[25] y *Boso v. Italy* (2002)[26], la Comisión y la Corte EDH, respectivamente, reconocieron un margen de apreciación a los Estados Parte demandados para determinar si consideraban protegida o no la vida prenatal bajo el artículo 2 y si, optaban por protegerla, decidir en qué medida lo hacían.

El caso *H. v Norway*, trata de una mujer que se había hecho un aborto legal (no terapéutico) contra la voluntad de su pareja, pero de acuerdo con las leyes noruegas. La Comisión EDH señaló que, habiendo entre los Estados Partes

23 Comisión EDH, Paton. v. United Kingdom, Application N° 8416/79, 13 de mayo de 1980, párrafo 12.

24 Ibíd., párrafo 19

25 Comisión EDH, Case of H. v. Norway. Application N° 17004/90, decisión sobre admisibilidad, de fecha 19 de mayo de 1992.

26 Corte EDH, Case of Boso v. Italy. Application N° 50490/99, decisión sobre admisibilidad, de fecha 5 de septiembre de 2002.

una divergencia considerable de puntos de vista respecto a si el Artículo 2 protegía o no la vida no nacida y, de protegerla, hasta qué medida lo hacía, era necesario que en este aspecto los estados tuvieran un margen de discrecionalidad. La Comisión EDH concluyó que la decisión de la mujer, tomada dentro de los términos permitidos por la legislación de su país, no excedía ese margen de discrecionalidad[27], y por consiguiente, rechazó la demanda de la pareja de la mujer.

Boso v. Italy es un caso en que una mujer accedió al aborto legal contra la voluntad de su pareja. Esta vez la Corte EDH aplicó el precedente de la Comisión EDH en *H. v. Norway* y declaró que, incluso suponiendo que en ciertas circunstancias el feto pudiera ser considerado como titular de derechos bajo el Artículo 2 del CEDH, en ese caso el embarazo fue terminado en conformidad con la ley italiana, que "establecía un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y el interés estatal en proteger al feto"[28]. Al igual que en *H. v. Norway*, la demanda de la pareja de la mujer fue rechazada.

La Corte EDH, en sentencia dictada en el caso *Vo v. France*, de 2004, recapitula la jurisprudencia precedente en los siguientes términos:

> En las circunstancias examinadas hasta el momento por las instituciones del Convenio –esto es, en las varias leyes sobre aborto– el niño no nacido no es considerado como una "persona" directamente protegida por el Artículo 2 del Convenio y si el no nacido tuviera un "derecho" a la "vida", este estaría implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Sin embargo, las instituciones del Convenio no han descartado la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, pudieran concederse protecciones al niño no nacido.[29]

Vo v. France no es un caso de aborto, lo que permitió a la Corte EDH analizar la aplicabilidad del Artículo 2 del CEDH al *nasciturus* en un contexto distinto. La denunciante, en este caso, se vio obligada a someterse a la interrupción clínica de un embarazo deseado debido a la negligencia de un médico que

27 Comisión EDH, Case of H. v. Norway. Application N° 17004/90, decisión sobre admisibilidad, de fecha 19 de mayo de 1992.

28 Corte EDH, Case of Boso v. Italy. Application N° 50490/99, decisión sobre admisibilidad, de fecha 5 de septiembre de 2002.

29 Corte EDH, Case of Vo v. France. Application N° 53924/00, sentencia, de fecha 8 de julio de 2004, párrafo 80.

provocó la ruptura de la membrana amniótica y la pérdida del líquido en grados incompatibles con la continuación del embarazo. El asunto que debió resolver la Corte EDH fue si la ausencia de un remedio de carácter penal en la legislación francesa para castigar la destrucción no intencional de un feto constituía una violación del Estado de su deber de proteger el derecho a la vida contemplado en el Artículo 2 del CEDH.

En su sentencia, la Corte EDH nuevamente evitó decidir sobre la aplicabilidad del Artículo 2 al no nacido. Reafirmó la aplicación de la doctrina del margen de discrecionalidad de los Estados en esta materia, argumentando la falta de consenso tanto dentro de Francia como entre los Estados Partes del CEDH sobre el principio de la vida y el estatus jurídico del feto. El Tribunal señaló que no era deseable ni posible que decidiera el asunto en términos abstractos. Respecto de este caso específico, agregó que no era necesario hacerlo porque, aun en el supuesto que el Artículo 2 se aplicara al feto, la legislación francesa cumplía con las exigencias de protección a la vida impuestas por esta norma.

En 2007 el Tribunal confirmó en *Evans v. United Kingdom*[30] su jurisprudencia anterior y aplicó la doctrina del margen de discrecionalidad en la determinación del estatus jurídico del *nasciturus*. En este caso, una mujer alegó la violación del Artículo 2 del CEDH, entre otras normas, cuando su pareja retiró la autorización para la conservación de embriones en espera de una futura implantación. La peticionaria reclamó que, al exigir la destrucción de los embriones ante el retiro de la autorización, la ley inglesa vulneraba el derecho a la vida de éstos. El Tribunal hizo notar que, bajo la ley inglesa, un embrión no tiene derechos o intereses independientes y, por consiguiente, no puede exigirse en su nombre un derecho a la vida en conformidad con el Artículo 2.[31]

Esta es la principal línea jurisprudencial que antecede a *A, B and C v. Ireland*. En este contexto, la sentencia del caso es especialmente interesante porque permite establecer el otro extremo de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en relación al aborto.

Como se explicó, el Tribunal, haciendo uso de esta doctrina, había determinado que eran compatibles con el CEDH legislaciones que no reconocen al *nasciturus* derecho a la vida y que aceptan la destrucción de embriones (*Evans v. United Kingdom)* o admiten el aborto en términos amplios *(H. v. Norway* y *Boso v. Italy)*. En *A, B and C v. Ireland*, el Tribunal estableció que también era

30 Corte EDH, Case of Evans v. The United Kingdom. Application N° 6339/2005, sentencia de fecha 10 de abril de 2007.

31 Ibíd., párrafo 54.

compatible con el CEDH una legislación nacional como la irlandesa que sí reconoce al *nasciturus* el derecho a la vida y que contempla como única excepción la terapéutica por riesgo a la vida de la mujer. Este aspecto de la decisión permite concluir que el margen de discrecionalidad que la Corte Europea de Derechos Humanos reconoce a los estados partes del CEDH es muy amplio y que el estatus del *nasciturus* y la protección que se conceda a éste quedan entregadas, en gran medida, a la política nacional de cada Estado.

Sin embargo, esta conclusión hay que matizarla si se quiere evitar errores serios en la comprensión de la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos respecto del aborto. Es necesario recordar que una razón determinante para que la Corte EDH considerara que la restrictiva legislación irlandesa era compatible con el respeto al derecho a la vida privada (integridad y autonomía) de las demandantes A y B, fue que estas tenían garantizadas bajo la propia constitución y las leyes, el derecho a viajar a realizarse abortos en el extranjero –y que para ello pudieran acceder a la información relevante– y a los cuidados médicos necesarios en Irlanda antes y después de practicado el aborto.

Asimismo, la condena de la Corte EDH a Irlanda por violación de la vida privada de la demandante C muestra que, para que efectivamente se considere compatible con el CEDH un régimen que contempla como única excepción a la penalización el aborto terapéutico, el acceso a aborto legal debe ser efectivo y no meramente teórico.

Es respecto de este último punto donde otra línea de jurisprudencia cobra relevancia. El Caso *A, B and C v. Ireland* debe también leerse a la luz de otras dos sentencias anteriores de la Corte EDH: el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* [32] y el caso *Tysiac v. Poland*[33]. En estas dos decisiones, la Corte EDH condenó a Irlanda y Polonia, respectivamente, porque la aplicación de sus regímenes de protección de la vida prenatal violaban derechos reconocidos en el CEDH. Como se señaló anteriormente, en el caso *Open Door*, la Corte EDH determinó que la prohibición impuesta a los demandantes de informar a mujeres embarazadas de Irlanda sobre servicios de aborto ofrecidos fuera de la jurisdicción de ese país afectaba el derecho a la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del CEDH y esa afectación no era una restricción legítima al ser desproporcionada, entre otras razones, por tener efectos nega-

32 Corte EDH. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, sentencia de fecha 23 de septiembre de 1992.

33 Corte EDH. Case of Tysiac v. Poland, sentencia de fecha 20 de marzo de 2007.

tivos para la salud de las mujeres, especialmente las de menores recursos.[34] En la misma línea, en el caso *Tysiac v. Poland*[35] en que la demandante no pudo acceder a un aborto legal en ese país por desacuerdos de los médicos sobre la concurrencia de la causal de peligro para la salud, el Tribunal condenó al Estado polaco por infracción del artículo 8 del CEDH. A juicio del Tribunal, el procedimiento médico-administrativo para determinar la concurrencia de una causal de aborto legal no aseguraba que las decisiones fueran oportunas, de manera de no perjudicar la salud de la mujer.

Las decisiones en *Open Door*, *Tysiac* y *A, B and C* confirman la postura fijada en *Paton v. United Kingdom* y mantenida hasta el momento en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, de que las normas estatales destinadas a proteger de la vida prenatal, respecto de cuya adopción y alcance los Estados gozan de un amplio margen de discrecionalidad, no pueden bajo ninguna circunstancia establecer un derecho absoluto a la vida del *nasciturus*, porque deben ser compatibles con el respeto y garantía de los derechos de la mujer embarazada reconocidos en el CEDH.

III

En esta tercera parte se analiza la influencia que podría tener este caso en la jurisprudencia que necesariamente tendrá que desarrollar la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) cuando se enfrente a una denuncia por violación de derechos de la mujer basada en los efectos de la penalización estricta del aborto que existe en la mayoría de los Estados parte de la CADH.[36]

A diferencia del artículo 2 del CEDH, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que consagra el derecho a la vida, contiene una mención expresa a la protección de la vida del no nacido.

> Artículo 4.1:
> [t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

34 Corte EDH. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, sentencia de fecha 23 de septiembre de 1992.

35 Corte EDH. Case of Tysiac v. Poland, sentencia de fecha 20 de marzo de 2007.

36 Es el caso de la Denuncia AN contra Costa Rica, ingresada en octubre de 2008, aún sin decisión sobre admisibilidad.

Esta mención claramente demuestra que la protección de la vida prenatal es un objetivo a que los Estados Parte se comprometen al ratificar la CADH. Sin embargo, del propio texto de la norma y de la expresión *en general* se desprende que esta protección no es necesariamente absoluta. De acuerdo a los antecedentes que entregan los *travaux preparatoires*, la voluntad de los Estados Partes al aprobar esta norma no fue otorgar al *nasciturus* un derecho absoluto a la vida equivalente al de las personas nacidas, ya que esta norma se consideró compatible con diversos regímenes de aborto legalizado vigentes en algunos de esos estados. Esta interpretación fue confirmada por la decisión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en el caso Baby Boy.[37]

No existe otra jurisprudencia en el Sistema Interamericano que se haya pronunciado sobre el artículo 4.1 de la CADH, pero la práctica de la Comisión IDH ha reforzado la interpretación de que el aborto legal es compatible con las normas de la CADH, al aprobar el acuerdo de solución amistosa en el caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto con México*.[38] En ese acuerdo, cuya fundamentación jurídica es similar a la de los casos *Tysiac v. Poland* y *A, B y C v. Ireland* de la Corte EDH, México reconoció la violación de derechos de la peticionaria y la consecuente responsabilidad del Estado por la falta de un adecuado marco normativo que regulara los procedimientos para acceder a un aborto que era legal en el derecho mexicano.

Como antecedentes adicionales, pero fuera del ámbito del litigio, se puede agregar que en 2006 la Comisión IDH envió una carta al gobierno de Nicaragua en la que declaró que la prohibición de todo tipo de aborto contraviene el derecho internacional y pone en riesgo los derechos de las mujeres.[39] Esta posición de la Comisión IDH se confirmó en un comunicado público de abril de 2011 en que ese órgano afirmó la obligación de los Estados de "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", y agregó que "el aborto terapéutico es reconocido

37 Comisión IDH. Resolución N° 23/81 (Caso Baby Boy v. Estados Unidos). [En línea] Caso 2141, Estados Unidos de América, sentencia del 6 de marzo de 1981. <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>.

38 Comisión IDH. Informe N°21/07. Op. cit.

39 Center for Reproductive Rights, La Comisión Interamericana afirma que la prohibición del aborto en Nicaragua pone en riesgo los derechos humanos de las mujeres. 1 de diciembre de 2006 [en línea] <http://reproductiverights.org/es/centro-de-prensa/la-comisi%C3%B3n-interamericana-afirma-que-la-prohibici%C3%B3n-del-aborto-en-nicaragua-pone-e>.

internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando ésta se encuentra en peligro a consecuencia de un embarazo; servicio cuya negación atenta contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres. [40]

La posibilidad de que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pronuncien sobre la compatibilidad de una legislación sobre aborto con las normas de la CADH es cierta. Probablemente el primer caso será el que se inicie si se admite a tramitación una denuncia presentada en 2008 en contra de Costa Rica, motivada por la situación de una mujer de 26 años, A.N., que en la semana 13 de embarazo recibió el diagnóstico de que el feto tenía una malformación incompatible con la vida extrauterina. La mujer quiso acceder a un aborto terapéutico legal, pero sus múltiples solicitudes fueron negadas o ignoradas y finalmente, cuando acudió al poder judicial, la Corte Suprema falló que sus derechos fundamentales a la vida o a la salud no estaban amenazados, a pesar de los diagnósticos médicos que indicaban que su vida corría peligro por la grave depresión en que se encontraba. A.N. dio a luz un feto muerto.

Al igual que C en el caso *A, B and C v. Ireland,* la denunciante en este caso reclama que el Estado costarricense ha fracasado en establecer regulaciones que aseguren el acceso al aborto legal o que establezcan procedimientos mediante los cuales reclamar dicho acceso.

¿En qué medida la jurisprudencia de la Corte EDH puede ser recogida por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En los párrafos que siguen intentaré una respuesta a partir de los antecedentes jurídicos existentes.

A mi juicio, es previsible que se mantenga en este tema la práctica común de la Comisión y la Corte Interamericanas de seguir y citar en sus informes y sentencias la jurisprudencia del Sistema Europeo y, por lo tanto, utilizar criterios similares para el tratamiento de casos parecidos. Esto hace probable que se sigan en materia de aborto los lineamientos que hasta ahora ha fijado la Corte EDH .

Podría argumentarse que la diferencia de los textos de las disposiciones sobre derecho a la vida de los artículos 2 del CEDH y 4 de la CADH, en que esta última, a diferencia de la primera, es explícita en su mandato de protección del no nacido, podría dar lugar a que la jurisprudencia del sistema interameri-

40 Ver http://www.cidh.org:80/Comunicados/Spanish/2011/28A-11sp.htm

cano se alejara de los precedentes europeos y estableciera obligaciones fuertes de protección del *nasciturus* basadas en ese texto. Sin embargo, no me parece que esta sea una hipótesis probable, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque los precedentes que ya existen en el sistema interamericano, el caso *Baby Boy* y la solución amistosa del caso *Paulina,* están alineados con los europeos en el sentido de considerar que legislaciones que contemplan sistemas de despenalización parcial del aborto bajo las modalidades de indicaciones y plazos son compatibles con los tratados de derechos humanos en ambos sistemas.

En segundo lugar, porque la jurisprudencia europea está respaldada por las interpretaciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales cuando se refieren a los derechos de las mujeres bajo los tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos. Los comités del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la Convención contra la Tortura, han criticado unánimemente las leyes que penalizan el aborto en toda circunstancia, señalando que esas legislaciones llevan a las mujeres a recurrir a abortos ilegales y en condiciones inseguras.[41] El Comité de Derechos Humanos y el Comité de la CEDAW explícitamente han señalado que la existencia de estas normas constituye una

41 Para un listado de las observaciones finales a los Estados por parte de estos comités, ver Center for Reproductive Rights, *Bringing Rights to Bear. Abortion and Human Rights*, (CEDAW) 2008, pp. 4-5; 6 (CDN); 8 (PDPC); 11 (PDESC); 14 (Convención contra la Tortura). Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Chile, CEDAW/C/CHI/CO/4, 2006, p. 4, párrafo 19; Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Antigua y Barbuda, A/52/38/Rev. 1, 1997; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño, Chad, CRC/C/15/Add.107, 1999, párrafo 30; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, CCPR/C/79/Add.104, 1999, párrafo 15; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 2003, párrafo 14; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 2001, párrafo 19; Observaciones del Comité de Derechos Humanos, Kenia, CCPR/CO/83/KEN, 2005, párrafo 14; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Kuwait, CCPR/CO/69/KWT, 2000; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Mauricio, CCPR/CO/83/MUS, 2005, párrafo 9; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/2, 2006, párrafo 10; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Perú, CCPR/CO/70/PER, 2000, párrafo 20; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Trinidad y Tobago, CCPR/CO/70/TTO, 2000, párrafo 18; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Tanzanía, CCPR/C/79/Add.97, 1998, párrafo 15; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Venezuela, CCPR/CO/71/VEN., 2001, párrafo19; Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Nepal, E/C.12/1/Add.66., 2001, párrafos 32-33; Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Polonia, E/C.12/1/Add.26, 1998, párrafo 12; Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Polonia, E/C.12/1/Add.82, 2002, párrafos 29 y 51; Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Perú, CAT/C/PER/CO/9, 2006, p. 5, párrafo 23.

violación por parte de los estados respectivos de los derechos a la vida y la salud de las mujeres.[42] El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 28, llama a los estados a que, cuando informen el cumplimiento de sus obligaciones positivas bajo el artículo 6 del PDCP (derecho a la vida), provean información sobre las medidas que hayan tomado para ayudar a las mujeres a prevenir embarazos no deseados y garantizar que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que ponen en peligro su vida.[43] Asimismo, para evaluar el cumplimiento del artículo 7 del PDCP, el Comité requiere a los Estados informar si dan acceso al aborto en condiciones de seguridad cuando una mujer queda embarazada como consecuencia de una violación, exigiendo que también se refieran a las medidas de protección que existan en el Estado, incluyendo los recursos judiciales, para proteger a la mujer cuyos derechos en virtud del artículo 7 hayan sido vulnerados.[44]

En la misma línea que las sentencias europeas en los casos *Tysiac v. Poland* y *A,B and C v. Ireland*, los órganos de supervisión de tratados han también revisado la legitimidad de ciertas restricciones que se imponen a la práctica del aborto cuando este es legal de acuerdo a la legislación interna de un estado parte del respectivo tratado. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, resolviendo en un procedimiento de petición individual, declaró en el caso *K.L v. Perú*[45] que el estado peruano había violado los artículos 7 (prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes), 17 (vida privada), 24 (protección a la niñez) y 2 (obligación de respeto y garantía de derechos de la Convención) en relación con las infracciones anteriormente señaladas, por no cumplir con su obligación de garantizar esos derechos a K.L., una adoles-

42 Para un listado de las observaciones finales a los Estados por parte de estos comités, ver Center for Reproductive Rights, *Bringing Rights to Bear. Abortion and Human Rights*, 2008, pp. 4-8. Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, Belize, Supplement No. 38 (A/54/38/Rev.1), 1999, p. 52, párrafo 57; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women. Chile, Supplement No. 38 (A/54/38/Rev.1), 1999. p. 67, párrafos 228-229; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women. Colombia, Supplement No. 38 (A/54/38/Rev.1), 1999. p. 37, párrafos 393-394; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, República Dominicana, Supplement No. 38 (A/53/38/Rev.1), 1998, p. 31, párrafo 349; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, Paraguay, Supplement No. 38 (A/51/38), 1996, p. 19, párrafo 131; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 2007, p. 3, párrafo 8; y Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos.,Madagascar, CCPR/C/MDG/CO/3, 2007, p. 4, párrafo 14.

43 Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 28. Artículo 3: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, párrafo 10.

44 Ibíd., párrafo 11.

45 Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005.

cente embarazada de feto anencefálico a quien el director del hospital público le negó la autorización que exigía la ley para que pudiera acceder a la interrupción de un embarazo que ponía en peligro su vida.

En tercer lugar, porque cada vez se hace más evidente la *fertilización cruzada* que está operando a nivel de tribunales constitucionales y tribunales de derechos humanos a nivel mundial, impulsada por el carácter trasnacional de muchas de las organizaciones que litigan o presentan *amicus curiae* en esos tribunales y por el intercambio creciente de información y experiencias por parte de los y las jueces/zas, académicos/as y profesionales que intervienen en estas causas. Sin duda, las sentencias constitucionales más citadas a nivel mundial en materia de aborto son las de la Corte Suprema de Estados Unidos y las del Tribunal Constitucional alemán. En América Latina, se cita también la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1985, muy parecida en su razonamiento a la sentencia alemana de 1975, y las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia de 2006 y de la Corte Suprema de México de 2008. La reciente sentencia del Tribunal Constitucional Portugués de 2010 posiblemente será también conocida y citada en América Latina, a través de la influencia que tendrá en Brasil. Todas estas sentencias justifican en términos más o menos amplios la despenalización del aborto, utilizando argumentos basados en derechos fundamentales. Sería bastante excepcional que los órganos del sistema interamericano pudieran sostener en el tiempo una interpretación del artículo 4.1 de la CADH que se apartara demasiado de las tendencias de este *derecho transnacional*.[46]

Por último, otro elemento de juicio que permite pensar que los órganos del sistema interamericano seguirán los precedentes europeos es que la Corte Interamericana, al igual que su par europea, suscribe y utiliza en sus sentencias el principio de protección efectiva y el principio de proporcionalidad en el análisis de las restricciones a los derechos humanos.[47]

46 El término derecho transnacional se utiliza para hacer referencia al fenómeno de asociación creciente entre derecho internacional y el derecho comparado. Ver, por ejemplo, Koh, Harold, "The Globalization of Freedom", en *Yale Journal of International Law*, 26, 2001, p. 306.

47 Sobre utilización del principio de protección efectiva en derecho internacional de los derechos humanos, ver Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 15; sobre el principio de proporcionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos, ver Harris, O'Boyle y Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights,* Segunda edición, (Oxford University Press) p. 10; Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, (Intersentia) 2002; Viljanen, Jukka, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*, Academic Dissertation, (University of Tampere) 2003; Jacobs y White, *The European Convention on Human Rights*, cuarta edición, (Oxford University Press) 2006, pp. 218-240.

La aplicación del principio de protección efectiva hace prever que, en un caso como el de A.N contra Costa Rica, la Corte IDH adoptaría una posición parecida a la de la Corte EDH en *A, B and C v. Ireland*, que exigió que el reconocimiento del aborto legal no sea meramente teórico sino que se concrete en un acceso real para quienes califican en la causal terapéutica. Y también es previsible que analice el caso desde la perspectiva de las obligaciones positivas que emanan de los derechos de la Convención y se exija a Costa Rica tener regulaciones que implementen el acceso al aborto legal previsto en la legislación, siguiendo el mismo razonamiento de la Corte EDH en *Tysiac v. Poland* y en el propio caso *A, B and C*. Si se siguen estos precedentes, la sola consulta médica ordinaria o el litigio judicial no serían considerados procedimientos efectivos para determinar si una persona califica para un aborto legal.

La utilización del principio de proporcionalidad por parte de la Corte IDH presenta una situación particular e interesante. Tanto la Corte EDH como la Interamericana abordan el análisis de legitimidad de las restricciones a los derechos humanos a partir de una serie de preguntas sucesivas, como se ha explicado en la primera parte de este trabajo. Dentro de estas preguntas opera el test de proporcionalidad. Aunque las Cortes no son siempre metódicas en aplicar todos los pasos de análisis consecutivamente, el método es ampliamente reconocido por la doctrina y adoptado por la jurisprudencia internacional. Como se explicó, en primer lugar, se determina si la situación denunciada cae dentro del ámbito de aplicación de la norma del tratado que se dice vulnerada. Si esa pregunta se responde afirmativamente, se analiza si el objetivo perseguido por la norma o práctica estatal que restringe los derechos de el/la denunciante es un objetivo legítimo. Si el objetivo es legítimo, se confirma si la norma o práctica estatal tiene una fuente legal, y por último, si la restricción que esta norma o práctica implica es "necesaria en una sociedad democrática"[48].

Para determinar que la restricción a un derecho es necesaria en una sociedad democrática, se aplica el principio de proporcionalidad, que, a su vez, contiene tres requisitos: a) la restricción debe ser idónea, esto es, conducente a la satisfacción de un interés público imperativo (el objetivo legítimo), b) deber ser, dentro del conjunto de medidas que podrían ser conducentes para

48 Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento (CADH artículos 15, 16 y 22). Sin embargo, se hace extensivo a los demás derechos en razón del objeto y propósito de la CADH, establecidos en el preámbulo y en su artículo 29 (c).

satisfacer ese interés, la opción que restringe en menor escala el derecho protegido, y c) el beneficio obtenido con la restricción debe compensar el sacrificio impuesto al derecho afectado.[49]

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, esta metodología de análisis de la legitimidad de una restricción a derechos del CEDH se ve muchas veces afectada por la aplicación de la doctrina del margen de apreciación.

Esto se vio claramente en el caso *A, B and C v. Ireland,* donde el margen concedido fue tan amplio que el análisis de proporcionalidad realizado por la Corte EDH fue casi inexistente respecto de las denuncias de A y B. A la Corte EDH le bastó constatar que la restricción al aborto en Irlanda no afectaba mayormente la integridad física y sicológica de las denunciantes porque ellas igualmente podían acceder al aborto en el extranjero y a información y cuidados médicos en su propio país. En el caso de la denunciante C, en cambio, el margen de apreciación no justificó un grado tal de deferencia. La restricción se consideró ilegítima porque la falta de implementación legal de la causal terapéutica afectaba el derecho a la vida privada de la denunciante en forma tal que no se lograba una ponderación justa entre los intereses en conflicto, es decir, la restricción no cumplía con el principio de proporcionalidad. Estos dos juicios, sin embargo, se emitieron sin un examen detallado de los tres requisitos del examen de proporcionalidad: idoneidad de la medida para lograr el objetivo legítimo, necesidad de la medida (no hay otros medios alternativos igualmente idóneos) y proporcionalidad en sentido estricto.

La Corte IDH, hasta el momento al menos, ha decidido no adoptar la doctrina del margen de apreciación. Esto ha hecho que su análisis de la legitimidad de las restricciones de derechos esté exclusivamente basado en confirmar la existencia de un objetivo legítimo, la fuente legal de las restricciones y los requisitos propios del test de proporcionalidad, sin que en este análisis intervengan, al menos explícitamente, consideraciones de deferencia hacia la apreciación que el propio Estado demandado pueda tener de la situación. Al menos teóricamente, es posible sostener la hipótesis que, sin aplicar la doctrina del margen de apreciación, la Corte IDH podría ser más inquisitiva que su par europea en exigir que las restricciones a los derechos de las mujeres

49 Para jurisprudencia en el Sistema Interamericano, ver: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, considerando 46; Corte IDH, Kimmel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafos 58, 63, 71, 74, 76 a 78, 83 y 84; Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafos 106 y 120 a 123; Corte IDH, Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafos 95, 96, 117, 123, 124, 129 y 131-133; Corte IDH, Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 144-149.

como consecuencia de una norma que prohíba el aborto no sean desproporcionadas.

La gran mayoría de los países latinoamericanos tienen regímenes de aborto restrictivos. Algunos, como Nicaragua, El Salvador y Chile, no admiten el aborto en ninguna circunstancia. Entre aquellos que contemplan hipótesis de aborto legal, como Costa Rica, lo común es que no existan normas implementadoras que aseguren el acceso efectivo a ese derecho. Ninguno de estos países tiene normas o instituciones como las irlandesas destinadas a asegurar la atención médica pre y post aborto y a disminuir los riesgos a la salud asociados al aborto ilegal o que se realice en el extranjero. Esto significa que es muy posible que la Corte IDH, llegado el caso, compruebe que la prohibición estricta del aborto en estos países afecta derechos reconocidos en la CADH, entre otros, el derecho a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5). En esa situación, la Corte IDH deberá analizar si la penalización estricta del aborto es una medida idónea para proteger la vida prenatal y, en caso de considerar que sí es idónea, preguntarse si el Estado tenía disponibles otras medidas alternativas que lograran el mismo objetivo afectando menos los derechos de la mujer y, en caso de responder a esta pregunta negativamente, determinar si el beneficio obtenido por la criminalización justifica el perjuicio representado por la afectación de los derechos de la mujer.

A mi juicio, sería muy difícil que la Corte Interamericana considere legítimas las restricciones impuestas por las normas que penalizan el aborto en términos de toda circunstancia o en términos muy amplios. Existe una enorme evidencia empírica, avalada por la Organización Mundial de la Salud, que muestra que la penalización del aborto no es una medida idónea o efectiva en la protección de la vida prenatal, porque no impide los abortos sino que solamente aumenta el riesgo de que éstos se realicen en condiciones peligrosas, con lo que sí se afecta, en cambio, la vida y la integridad personal de las mujeres.[50] También existen estudios que demuestran que hay medios alternativos que sí pueden cumplir con el objetivo de evitar el aborto, como las políticas de educación y salud pública de educación sexual y planificación familiar.

En conclusión, si se atiende solamente a la argumentación jurídica y a la práctica de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible prever que la jurisprudencia de la Corte EDH y, específicamente,

50 Grimes, David A. et al. "Unsafe Abortion: The Preventable Pandemic". World Health Organization, en Sexual and Reproductive Health, 4, 2005, disponible [en línea]: <http://www.who.int/reproductive-health/publications/unsafe_abortion/ua_paper/en/index.html>.

la sentencia *A, B and C v. Ireland*, podría servir de referente persuasivo en la decisión de casos sobre aborto que, tarde o temprano, deberán decidir la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE ANTES Y DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA: EFECTOS, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

Juan Pablo Arístegui [1]

El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa que unifica la *doble identidad* de la Comunidad Europea y de la Unión Europea (UE), y otorga explícitamente personalidad jurídica internacional a esta última. Tres han sido las mayores modificaciones introducidas por este tratado: i) clarificación acerca de las competencias exclusivas y compartidas de la UE; ii) un más importante papel para el Parlamento Europeo; y iii) la radicación exclusiva en la UE de las competencias relativas a la inversión extranjera directa (IED), hasta el momento competencia fundamentalmente de los Estados miembros de la Unión. Estas reformas han desencadenado numerosos problemas interpretativos cuyas consecuencias legales son todavía inciertas. En cualquier caso, la IED se incorpora a la política comercial común (PCC) de la Unión y, en ese sentido, se necesitará desarrollar un modelo de tratado de inversión de la UE. En cuanto a los tratados bilaterales de inversión (TBI) de los que forman actualmente parte los Estado miembros de la Unión, no existe certeza sobre cuál será su devenir, pero es muy posible que deban ser renegociados o terminados/denunciados. Este escenario incumbe a muchos países del mundo fuera de Europa. El objetivo de este artículo es averiguar cómo puede afectar a nuestra región y en particular a Chile.

Introducción

Como apunta Rafael Leal-Arcas, la evolución de la UE consiste en dos direcciones: la ampliación (*enlargement*) y la profundización (*greater integration*) de la Unión.[1] El Tratado de Lisboa (TdL), vigente a partir del 1 de diciembre de

1 Profesor de Derecho e Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

2009, es la última pieza de dicha evolución. Mediante este acuerdo internacional, los Estados miembros enmiendan las actuales fuentes de derecho de la UE, a saber, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), y otorgan personalidad jurídica internacional a la UE. Sus disposiciones buscan reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción.[2]

Dentro de sus disposiciones más novedosas, el TdL transfiere la competencia sobre la inversión extranjera directa IED desde los Estados miembros a la UE, pasando a formar parte la IED de la PCC de la Unión[3], lo que implica una nueva cesión de soberanía de los Estados miembros con el objetivo declarado de alcanzar unidad en la política comercial, lo que a su vez permitiría una posición internacional más concertada en los temas económicos mundiales.

Esta extensión de la competencia exclusiva de la UE en materia de IED debería permitirle concluir acuerdos comprensivos de comercio e inversión, a la vez que ofrece, según Stephen Woolcock, la oportunidad de fortalecer la capacidad de la UE para moldear la política internacional sobre inversión así como mejorar el acceso a los mercados de terceros países claves, como China e India.[4] Sin embargo, la competencia exclusiva de la UE sobre la IED tras el TdL encierra diversas interrogantes jurídico-políticas que no se encuentran resueltas, lo que indica que será necesario un período de transición relativamente largo. Algunas de las preguntas más relevantes dicen relación con lo siguiente:

- Si mantendrán los Estados miembros competencia para negociar y concluir TBI en el futuro.
- Cuál es el estatus legal de los actuales TBI concluidos por los Estados miembros.
- Si la UE tendrá capacidad para concluir tratados internacionales de inversión comparables a los TBI.[5]

Leal-Arcas, Rafael, "The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon", en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 11, 4, 2010, pp. 463-514.

2 Preámbulo del Tratado de Lisboa.

3 Véase al respecto, Bungenber, Marc, "Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon Treaty", en *European Yearbook of International Economic Law*, Vol. 1, Parte 1, 2010, pp. 123-151.

4 Woolcock, Stephen, *The EU Approach to International Investment Policy After the Lisbon Treaty*, European Commission Directorate-General for External Policies, Policy Department, 2010, p. 6. Disponible en http://www.acp-eu-trade.org/library/files/Woolcock_EN_011010_The%20EU%20approach%20to%20international%20investment%20policy%20after%20Lisbon.pdf.

5 Estas tres interrogantes han sido abordadas en: Endeder, Carrier, "Bilateral Investment Treaties and

- El alcance de la nueva competencia exclusiva de la UE, dado que el TdL no define qué se entiende por IED.
- La necesidad de definir los principales elementos de la política sobre inversión de la UE (esto comprende un acuerdo acerca de los estándares de protección, la resolución de conflictos y la manera de abordar el objetivo de la Unión relativo a la promoción de la *inversión sustentable*).
- Definir los criterios para decidir cuáles terceros países deberían tener prioridad cuando la UE comience a negociar acuerdos internacionales de inversión.
- Cómo debería manejarse la transición desde los TBI de los Estados miembros a los acuerdos de inversión de la UE.[6]

Como se aprecia, hay poca deferencia hacia los países *extra* UE en cuanto a las consecuencias que puede tener la nueva competencia de la Unión en materia de IED. El efecto sobre otros países de los cambios operados en el derecho comunitario es evidente y, sin embargo, no se ve una postura decidida de las instituciones de la UE en cuanto a estudiar los mismos. Siendo justos, lo anterior se explica por cuanto ni siquiera existe claridad de cómo afectará esta nueva competencia a los Estados miembros de la Unión, pero no cabe duda que habrá también consecuencias más allá de la UE. De hecho, los países de la UE mantienen cientos de TBI con Estados *extra* UE, muchos de los cuales están vigentes con países de nuestra región.[7]

Lo anterior plantea algunos desafíos y oportunidades para muchos países del mundo en vías de desarrollo. Por lo mismo, y no obstante que los intereses de acceso de mercado de la UE estén puestos en gigantes como China e India,[8] los países de nuestra región deberían estar conscientes de lo que puede ocurrirles en un futuro cercano. Con seguridad nos enfrentaremos a extensas re-negociaciones de nuestros TBI o incluso a la denuncia de alguno de ellos. Por otro lado, nos veremos compelidos a negociar con un bloque regional con personalidad jurídica internacional que querrá imponer su parecer.

---

the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty", en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, 3, pp. 851-882.

6 Estos últimos cuatro puntos son los problemas identificados en el informe de Woolcock, op. cit., p. 1.

7 Se estima que los países de la UE han concluido alrededor de 1.300 TBI. Solo Chile tiene vigente con países de la UE casi 20 TBI.

8 Véase Woolcock, Stephen, op. cit, p. 23.

El desafío está, entonces, en la capacidad de anticiparse a los cambios que vendrán de manera de poder contener una eventual avalancha de negociaciones, renegociaciones y/o denuncias de TBI. Un ejemplo de lo anterior, en el contexto chileno, posiblemente será el acuerdo de asociación económica entre Chile y la UE de 2002, que es el más avanzado acuerdo bilateral de libre comercio en vigor de la UE que incluye cuestiones relativas a inversión.

Por otra parte, el actual escenario europeo en materia de protección de la inversión extranjera no es nada halagüeño para los inversionistas de afuera de Europa. Reina hoy la inseguridad jurídica y, por lo tanto, nuestras empresas necesitan un mayor diálogo con sus gobiernos para adelantarse a posibles problemas y alcanzar, por ejemplo, acuerdos con la Unión, como en su oportunidad lo hizo EE.UU. a través de un memorando de entendimiento.[9] La oportunidad, sin embargo, es lograr un acuerdo internacional de inversión con la UE que refleje menor asimetría, por cuanto hasta el momento los TBI revelan un desequilibrio entre los derechos del inversionista y el derecho a regular de los Estados.

Teniendo lo anterior en mente, cabe preguntarse si la asimetría de los TBI se puede atenuar –al menos en parte– con la reformulación de los estándares de protección, con una mayor definición del mecanismo de resolución de conflictos y, en particular, con la inclusión de lo que la propia UE ha llamado *inversión sustentable*. Por consiguiente, el TdL debería alertar a los Estados en vías de desarrollo para aprovechar la oportunidad de modificar el actual sistema hacia una inversión más cualificada que no suponga solo incremento en la tasa de riqueza (si lo hay), sino que implique un desarrollo de calidad, asumiendo las dificultades que encierra el concepto y definición de desarrollo y de desarrollo sustentable.

Complementa lo anterior la necesidad de que los TBI no se erijan como potenciales disuasivos de la capacidad regulatoria de los Estados. Este llamado *chilling effect* (o *regulatory chill*) no proviene naturalmente de los estándares de protección de estos tratados; es decir, los TBI no limitan por sí mismo la capacidad regulatoria de los Estados, pero, en caso de violación de sus disposiciones, obligan a compensar daños definidos en foros distintos de los nacionales y bajo criterios que no toman en consideración muchas veces el derecho público de los Estados. Se sostiene que, ante esta realidad, los Estados pueden

9 El memorando de entendimiento entre EE.UU. y ocho países del este de Europa puede visitarse en: http://www.eurunion.org/eu/2003-News-Releases/EU/NR-59/03-EU-COMMISSION-EIGHT-ACCEDING-COUNTRIES-AND-US-SIGN-BILATERAL-INVESTMENT-UNDERSTANDING.html

incurrir en un congelamiento regulatorio para evitar ahuyentar la inversión extranjera, así como eventuales demandas internacionales. Esto, sin embargo, atenta contra la función misma del Estado y sus poderes públicos, y puede afectar los objetivos detrás del desarrollo sustentable.

El riesgo que existe con el movimiento jurídico y político del que seremos testigos es que los cambios estructurales que supondrá el TdL en materia de IED no redunden en cambios reales y concretos a favor de los países (y empresas) *extra* UE. De ser así, se producirá un cambio gatopardiano, es decir, que todo cambie para que nada cambie.

A continuación se revisa el orden jurídico de la UE en relación a los TBI antes y después de la entrada en vigor del TdL. Luego, se ahonda en la tesis según la cual la asimetría de los TBI puede atenuarse mediante la reformulación de los TBI en aquellas cuestiones más estructurales así como en la profundización de la idea de *inversión sustentable*. Por último, se concluye con una recapitulación orientada a llamar la atención de las autoridades de la región y de Chile en cuanto al rol y actitud que deberían asumir para enfrentar esta realidad pauteada desde afuera, de manera de tomar ventaja y aprovechar la coyuntura para mejorar un sistema reconocidamente irregular.

1. El orden jurídico de la UE en relación a los TBI

La estructura jurídica supranacional de la UE es compleja. Si bien no es un Estado federal como los Estados Unidos porque los países miembros mantienen su independencia soberana, tampoco es una organización puramente intergubernamental como las Naciones Unidas dada la cesión de competencias soberanas desde los países miembros a la Unión propiamente tal.[10]

Hasta antes de entrar en vigor el TdL, la fuente primaria del derecho comunitario consistía en un conjunto de tratados que formaban la base de todo lo que la UE hacía, conocidos como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) o Tratado de Roma de 1957 y el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado de Roma es el que disciplina las instituciones más relevantes de la UE, considerado entonces como una especie de *constitución*, cuyo alcance incluye las políticas económicas, sociales, ambientales y regionales. Hoy, después del TdL, el TCE ha pasado a llamarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por su parte, en Maastricht los gobiernos de los Estados miembros acordaron trabajar

10 Véase, *How the European Union Works: Your Guide to the EU Institutions,* Comisión Europea, http://www.eurunion.org/infores/HowEUWorks072007.doc.

juntos en materia de política y seguridad exteriores y en el área de justicia y asuntos de seguridad interior. Al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema comunitario existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres *pilares*, estructura que es tanto política como económica y es la base actual de la UE.[11] Sin embargo, ese tratado no otorgó personalidad jurídica internacional a la UE, sino que quien ostentaba la capacidad internacional era la Comunidad Europea, que debía negociar en ocasiones junto a los países miembros para alcanzar acuerdos mixtos, como el de Chile en materia de comercio internacional en 2002.[12]

Las competencias de la Unión Europea están divididas en tres categorías principales: exclusivas, compartidas y de apoyo. En cuanto a las primeras, es la Comunidad quien tiene el poder absoluto para regular sobre las materias que caen dentro de esa competencia.[13]

En cuanto a las competencias compartidas, la UE y los Estados miembros comparten poder regulatorio en algunas áreas. Si la Unión nada hace en una determinada área compartida, los Estados tienen la opción de tomar la iniciativa; si, en cambio, la Unión regula un área compartida, los países pueden no obstante elevar los mínimos a estándares superiores que los impuestos por la UE y apuntar a grados de desarrollo más ambiciosos.[14]

En relación a las competencias de apoyo, por último, la Unión se limita a establecer objetivos generales en un determinada materia,[15] pero los Estados miembros retienen el poder regulatorio exclusivo en estos campos de acción.

Según esta división de competencias, bajo el Tratado de Roma –o TCE– tanto la UE como los Estados miembros retenían control regulatorio sobre diferentes aspectos de la inversión extranjera. Como apunta Jan Ceyssens, la UE puede ejercer sus competencias mediante la adopción de medidas relativas a la inversión extranjera siempre y cuando actúe dentro de los límites conferi-

11 Ibíd., p. 5.

12 Véase el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica y sus Estados Miembros y la República de Chile suscrito el 18 de noviembre de 2002 y vigente desde el 1 de febrero de 2003: http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/TEXTO_UE.pdf. A pesar del nombre, cabe advertir que a este acuerdo se le conoce como acuerdo de asociación económica entre Chile y la UE. Lo destacado es del autor.

13 Entre otras: unión aduanera, la política económica y monetaria, derecho de la competencia, comercio internacional y conclusión de algunos acuerdos internacionales.

14 Entre estas competencias se encuentran la seguridad alimentaria, el empleo, el medio ambiente, la contaminación y la energía, el transporte, las telecomunicaciones, los derechos humanos, etc.

15 Como el deporte, el turismo, la educación, etc.

dos por el Tratado de Roma.[16] Este tratado, en efecto, contiene un conjunto de disposiciones relativas a la inversión extranjera. Los artículos 43 y del 48 al 56 establecen, por ejemplo, el derecho de establecimiento que opera entre los países miembros. Los artículos 56 a 60 se refieren al movimiento de capitales entre países miembros o entre estos y terceros países. Junto a otras normas atingentes,[17] todas ellas de alguna manera pueden entrar en contradicción con los TBI concluidos por los Estados miembros.

Ahora bien, a pesar de que el Tratado de Roma contiene disposiciones relativas a la inversión extranjera, no confiere competencia exclusiva sobre la cuestión a la UE ni le otorga el poder de concluir acuerdos internacionales sobre inversión con Estados *extra* UE, puesto que esto último cae dentro de la competencia de los Estados miembros. En efecto, los países de la UE han efectivamente negociado y concluido cientos de TBI desde el Tratado de Roma. Sin embargo, en el último tiempo, algunos solapamientos –que a veces suponen violación del derecho comunitario– han sido revelados por la justicia comunitaria y arbitral. Estos problemas se han producido tanto con TBI *intra* UE como con TBI *extra* UE. En cuanto a estos últimos, tras el TdL, las incompatibilidades anteriores se suman a otras debido a la competencia exclusiva de la UE en materia de IED.

1.1. La inversión extranjera y los TBI *intra* UE

Los TBI *intra* UE son aquellos tratados de inversión celebrados entre un Estado actualmente miembro de la Unión y otro sobreviniente. Esto es producto de la ampliación del número de Estados que forman parte de este bloque regional, originalmente compuesto por 6 Estados y en la actualidad, por 27. La mayoría de estos TBI son el resultado de la incorporación a la Unión de 12 países de Europa central y del este. Se entiende, entonces, que estos países tenían vigente un TBI con países de la Unión antes de su acceso a la misma. Los problemas que plantea esta situación nos son menores, como tampoco es menor el número de TBI vigentes *intra* UE: aproximadamente 190 en la actualidad.[18]

El problema central es el de la relación que existe entre el derecho de la UE

16 Ceyssens, Jan, "Towards a Common Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution", en *Legal Issues of Economic Integration*, 32, 2005, pp. 259-291.

17 Artículos 181, 310 del Tratado de Roma.

18 Véase el siguiente documento de la UNCTAD: http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1

y las obligaciones que los países han contraído bajo un determinado TBI,[19] cuestión que a su vez supone el problema de si la inversión *intra* UE está gobernada por el derecho de la Unión o por el derecho doméstico de los Estados miembros; si el TBI *intra* UE es derogado por el derecho de la UE; y si el arbitraje Estado-inversor bajo un determinado TBI *intra* UE está o no en conflicto con el orden jurídico de la Unión.

Aunque estas cuestiones -–de importancia práctica y académica– no constituyen el argumento central de esta publicación (además, por su relevancia merecen un estudio singularizado), cabe mencionar de todos modos el caso más citado en la literatura, que revela los complejos temas que ha planteado la existencia de TBI *intra* UE en relación al derecho internacional público como al orden jurídico de la UE, resuelto en 2007 por un tribunal arbitral internacional bajo las reglas de la UNCITRAL.

Bajo el TBI entre Checoslovaquia y Países Bajos de 1991 –que, luego de la separación entre la República Checa y en la República Eslovaca en 1993, fuera asumido exclusivamente por la República Checa–, la empresa *Eastern Sugar B. V.* demandó en 2003 a esta última por supuestos actos discriminatorios en contra de la transnacional, materializados en tres decretos que la afectaban considerablemente.[20] El Tribunal consideró que la República Checa había violado el estándar de trato justo y equitativo contenido en el artículo 3(1) del TBI porque uno de los decretos mencionados estaba *dirigido* hacia la empresa de forma indebida, configurándose de esa manera una medida discriminatoria y no razonable[21], y condenó a ese país al pago de 25 millones de euros.

La República Checa ingresó a la UE en 2004 mediante el Tratado de Acceso del 16 de abril de 2003. Como Países Bajos ya era miembro comunitario, ese TBI se transformó en un tratado *intra* UE. El argumento del gobierno checo, por consiguiente, consistió en la falta de jurisdicción del tribunal arbitral en consideración a que el TBI bajo el cual se nombró al mismo había terminado. Dada la competencia del tribunal arbitral, este estimó que el Tratado de Acceso a la UE no disponía **expresamente** que el TBI terminara por la nueva situación jurídica relativa de ambos países (énfasis añadido).[22] Tampoco decía nada

19 Stanimir, Alexandrov, "The Future of Investment Treaty Protection in Eastern Europe", en *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009.

20 Eastern Sugar B.V. *v.* Czech Republic, Decisión Parcial, SCC No. 088/2004, UNCITRAL (Mar. 27, 2007).

21 Ibíd., parráfos 335-338.

22 Ibíd., parágrafos 143.

al respecto el TBI. Para llegar a esta conclusión, el tribunal se concentró en el artículo 59 (en relación con el 42) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), rechazando, sorprendentemente, los argumentos del gobierno checo basados en el artículo 30 de la misma convención. Además, el tribunal ni siquiera se refirió al artículo 307 del TCE (actual 351 del TFUE).

El artículo 59 de la CVDT contiene lo que la doctrina denomina *abrogación tácita*. "Estaremos en este supuesto cuando todas las Partes celebren posteriormente otro Tratado sobre la misma materia y conste o se deduzca la intención de las Partes de regirse por el Tratado posterior. También en los casos en que los Tratados sean incompatibles o no aplicables simultáneamente".[23] El gobierno checo alegó la última de las hipótesis (art. 59 (1)). Además, señaló que si el TBI sobrevivía después del ingreso de la República Checa a la UE se estaría contradiciendo la regla comunitaria que exige tratamiento igualitario (cuestión zanjada por el Tribunal de Justicia Europeo –TJE– en el caso *Matteucci* c. *Bélgica*),[24] así como el principio de confianza mutua.

A diferencia del artículo 59 de la CVDT que se ubica en la Parte V, Sección Tercera, relativa a la terminación y suspensión de los tratados, el artículo 30 se ubica en la Parte III, Sección Segunda, relativa a la aplicación de los tratados. Este artículo contiene lo que la doctrina llama *tratados sucesivos incompatibles*. Son reglas de carácter subsidiario para resolver los conflictos que puedan plantearse sobre la misma materia. Lo interesante de este artículo es precisamente ese carácter subsidiario, puesto que, en caso que los exigentes requisitos del artículo 59 no fueran capaces de cumplirse, los tratados deberían aplicarse de conformidad con lo que señala el artículo 30 de la CVDT, claro está, cuando exista incompatibilidad, cuestión que el tribunal arbitral no entró a analizar.

Por último, el artículo 307 del TCE ni siquiera fue considerado por los árbitros porque solo se aplica cuando el conflicto entre tratados ocurre entre uno o más Estados miembros en relación con otro u otros terceros Estados, cuestión que no ocurre en este caso, aunque el tribunal igualmente hubiera podido fijarse en esta regla clave comunitaria para interpretar los problemas de jurisdicción aludidos por el gobierno checo.[25]

23 Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ffi ed., (Tecnos) 2009, p. 219.

24 TJE, 235/ 87, Matteucci v. Begium, [1988] ECR, 5589, párrafo 23.

25 Artículo 307 del TCE (actual 351 TFUE) dice lo siguiente (sobre estas hipótesis, volveremos más abajo): "1. Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

De acuerdo con el tribunal UNCITRAL, bajo el TCE los TBI *intra* UE permanecen aplicables hasta que sean terminados, cuestión que, desde una perspectiva comunitaria, no es una respuesta satisfactoria. Por consiguiente, *Eastern Sugar* es un caso que tiene importancia más allá de sí mismo. Por eso la Comisión europea ha instado a los Estados miembros a terminar los TBI *intra* UE para evitar choques entre las obligaciones TBI y las obligaciones comunitarias, al punto que algunos países efectivamente han terminado sus TBI como fue el caso entre Italia y Hungría en 2009.

Cabe advertir, por último, que los problemas planteados sobre los TBI *intra* UE no se verán modificados ni agravados específicamente con la entrada en vigor del TdL.

1.2. La inversión extranjera y los TBI extra UE antes del Tratado de Lisboa

En cuanto a los TBI *extra* UE celebrados antes del TdL, han surgido problemas todavía más recientemente que aquellos vistos arriba. Y, si bien las consecuencias se han concentrado en pocos Estados miembros, las posibilidades de conflictos entre los TBI y el derecho comunitario es una cuestión que potencialmente afecta a todos los países miembros, cuestión que, como se verá, se ha acentuado una vez en vigor el TdL, aunque por otros motivos.

De acuerdo con el artículo 307 (2) del TCE, los Estados miembros "recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades" entre aquellos convenios celebrados con anterioridad al TCE o con anterioridad a la adhesión al mismo.[26] En base a este artículo, se iniciaron en 2003 negociaciones entre la Comisión Europea, EE.UU. y ocho países del centro-este europeo para asegurarse que los TBI entre estos últimos dos eran compatibles con el derecho europeo.[27]

No fue sino hasta el año 2009 cuando hubo oportunidad para que la Comisión Europea identificara ciertas incompatibilidades de algunos TBI *extra* UE previos a la entrada en vigor del TdL. Dos son los casos más relevantes: la Comisión Europea c. la República de Austria[28] y la Comisión Europea c.

2. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común".

26 Ver cita anterior.

27 Endeder, Carrier, op. cit., pp. 869-70.

28 Ver C-205/06, European Commission v. Republic of Austria, 2009, E.C.R.

la República de Suiza.[29] En ambos casos, la Comisión inició sendos procedimientos por infracción del artículo 307 (2) del TCE, al considerar que estos países habían fallado al no armonizar las disposiciones contenidas en sus TBI *extra* UE concluidos con anterioridad a su acceso a la Unión.

Dichos TBI contenían cláusulas bajos las cuales cada parte garantizaba al inversor de la otra parte la libre transferencia de capitales relacionada con la inversión.[30] En ambos casos, como señala Anderer, la Comisión objetó dichas cláusulas sosteniendo que las mismas impedían que Austria y Suiza cumplieran con las obligaciones del TCE, en particular, con lo dispuesto en los artículos 57 (2), 59 y 60 del TCE relativos a la regulación de los movimientos de capital, los que en ocasiones pueden ser restringidos por la UE.[31]

Más allá de la interpretación de la Comisión del artículo 307 (2) –la cual se ve reforzada si se relaciona este artículo con lo contenido en el artículo 10 del TCE que establece el deber de cooperación y lealtad–, estos casos, al igual que el de *Eastern Sugar* visto más arriba, suponen la posibilidad cierta de que cientos de TBI *extra* UE puedan verse contestados por la Comisión Europea ante el TJE, en particular por los problemas derivados de la libre transferencia de capitales relacionada con la inversión,[32] y por el derecho de establecimiento, según el cual la protección de la inversión extranjera se extiende incluso antes que la misma se materialice o ingrese al país.

1.3. La inversión extranjera y los TBI extra UE después del Tratado de Lisboa

Limitaciones a la competencia de la UE en materia de IED

Como señalamos en la introducción, una de las mayores modificaciones introducidas por el TdL es la radicación exclusiva en la UE de las competencias relativas a la inversión extranjera directa. El artículo 207 del TFUE establece: "La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e

29 Ver C-249/06, European Commission v. Republic of Sweden, 2009, E.C.R.

30 Ibíd.

31 Ibíd. Véase nota 21.

32 De acuerdo a una conversación privada con el profesor y miembro del Comité de Inversiones Extranjeras, Carlos Dettleff, algunos TBI chilenos contiene normas que han sido exigidas por el Banco Central de Chile en orden a la libre transferencia de capitales que coincidirían en este sentido con las disposiciones exigidas por la Comisión Europea; es decir, desde este punto de vista, los TBI chilenos que contengan semejante cláusula no estaría sujetos a modificaciones.

industrial, las **inversiones extranjeras directas**, [...]" (énfasis añadido). Que la política comercial común se extienda a la IED bajo el TdL significa que la UE tiene la competencia exclusiva para negociar y concluir tratados de inversión en relación con la IED.[33]

Existe acuerdo entre los especialistas en cuanto a que la IED, aunque no se encuentre definida en el TdL, no contempla la inversión de cartera o inversión de portafolio. Lo que se entiende por inversión de portafolio no es, sin embargo, una cuestión clara, por lo que una manera de definirla es negativamente, es decir, como todo aquello que no sea IED.[34] En consecuencia, los acuerdos internacionales de inversión comprensivos de las inversiones de portafolio, como algunos capítulos de inversión de los TLCs de EE.UU. o el modelo de TBI de ese mismo país, deberán ser negociados tanto por la UE como por los Estados miembros; es lo que se conoce como *acuerdos mixtos*.

Aparte de esta limitación relativa al alcance de la IED, otros autores han deducido del enunciado del artículo 207 del TFUE que la competencia de la UE en materia de IED se restringe a aquella vinculada al comercio internacional. Sin embargo, esta interpretación –que tuvo exponente en las deliberaciones del tratado–[35] no fue finalmente incluida en el texto y todo conduce a la intención de ampliar las competencias de la Unión hacia la IED, con la excepción mencionada arriba sobre la inversión de portafolio.

Otra aparente limitación dice relación con el tema del estándar sustantivo de trato en contra de la expropiación, que para algunos debería quedar fuera de la competencia de la UE y permanecer en los Estados miembros.[36] Lo anterior podría derivarse de la relación entre los artículos 207 (6) del TFUE,

33 El artículo 2(1) del TFUE establece: "Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión"

34 En el contexto de la UE, el TJE ha señalado que la participación de 25% en una empresa constituye IED, aunque ha demostrado flexibilidad para analizar casos concretos. Queda, no obstante, igualmente abierto el problema en tanto no hay acuerdo sobre qué debe entenderse por *control* y *manejo efectivo*. Como apunta Markus Burgstaller, parece razonable ante este escenario mirar hacia las definiciones contenidas en otros instrumentos jurídicos internacionales, como la definición dada por el FMI y la de la OCDE. Véase, Burgstaller, Markus, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member Status", en *European Yearbook of International Economic Law*, número especial sobre International Investment Law and the EU Law, 2011, p. 63.

35 Un representante (Sr. Hain) enfatizó la necesidad de aclarar en el tratado que no era la intención quitarle a los Estados miembros la competencia de concluir TBI. Sin embargo, ninguna aclaración fue hecha ni tampoco se incluyó limitación alguna en el texto del tratado. Véase: http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/866/Art23Hain.pdf.

36 Esta es la opinión del catedrático de derecho internacional Javier Díez-Hochleitner que puede leerse en el blog *aquiescencia*: http://aquiescencia.net/2010/07/05/javier-diez-hochleitner.

que dice que "el ejercicio de las competencias [de la Unión] no conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados Miembros", y el artículo 345 del TFUE que señala: *"*los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*"*. Sin embargo, fuera del reconocimiento general de que la propiedad cumple una función social, el TJE ha interpretado restrictivamente el artículo 345 en el sentido que su alcance no deja a los Estados miembros el poder de decidir las condiciones bajo las cuales una expropiación puede ocurrir.[37]

En conclusión, la única limitación de la UE en materia de IED es que su competencia no alcanza a la inversión de portafolio, pero no obstante puede –después del TdL– concluir tratados de inversión comprensivos. La nueva competencia de la UE cubre el acceso a mercados, los estándares de trato pre y post establecimiento, los requisitos de desempeño, la resolución de disputas y la expropiación directa e indirecta.[38]

El futuro de los TBI vigentes extra UE

Fuera de las limitaciones que tiene la UE en materia de IED analizadas arriba, quedan por resolver otras interrogantes que atañen más directamente a países no comunitarios. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 307 (2) del TCE (actual 351 (2) del TFUE), sobre los Estados miembros recae la obligación de terminar aquellos TBI incompatibles con el derecho comunitario. El problema, no obstante, es que el TdL no contiene ninguna disposición que reconozca a los Estados miembros el derecho a mantener los TBI *extra* UE vigentes. Tampoco el TdL establece un período de transición, aunque todo indica que estos TBI, en tanto se solapen o contrapongan al derecho comunitario, deben terminarse o renegociarse.[39] No se sabe cuál será el camino a seguir.

En este panorama de incertidumbre, pueden presentarse diversos escenarios. Así, por ejemplo, se podría establecer un tiempo de transición para la terminación o renegociación de los TBI *extra* UE basándose en las decisiones del Consejo Europeo de 1961 y 1969, que establecía directrices sobre la duración de los acuerdos comerciales con terceros Estados. Otro camino para

37 Véanse los casos del TJE citados en la nota 50 del artículo de Burgstaller, Markus, op. cit., nota 34.

38 Esta afirmación, no obstante, cuenta con detractores, dentro de los cuales los más relevantes son algunos de los países más poderosos de la UE que consideran demasiado amplia la competencia de la UE en relación a la IED.

39 Cabe recordar que la mayoría de los TBI contienen cláusulas de protección post-terminación; en algunos casos, por muchos años después de terminado el tratado. Por consiguiente, incluso una vez terminados estos TBI, los inversionistas gozan de las garantías en ellos establecidas.

la transición sería la conclusión de un acuerdo marco de inversión de la UE con terceros Estados que dejara los detalles a los Estados miembros. Hasta el momento lo más avanzado parece ser una propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo que establece un arreglo de transición para los TBI de los Estados miembros con terceros Estados.[40]

Ahora bien, la exigencia de la UE hacia sus Estados miembros de renegociar o terminar los TBI[41] puede traer consecuencias jurídicas de conformidad con el derecho comunitario, pero no ocurre igual en el plano internacional. En efecto, de acuerdo con el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), que es el tratado normativo que regula los TBI en todo aquello sobre lo que estos nada digan, las partes no pueden invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 42 y 59 de la CVDT,[42] relativo este último a la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación por la celebración de un tratado posterior, no puede concluirse que los Estados miembros de la UE estén obligados a terminar los TBI vigentes sencillamente porque los Estados partes de los BIT *extra* UE no son partes de la Unión Europea. Sin embargo, a *contrario sensu*, de acuerdo con el llamado de atención hecho por Woolcock, "Los terceros países, en aras de ganar influencia en las negociaciones o escapar de su aplicación, podrían empezar a cuestionar la validez de sus propias obligaciones en el marco del TBI *vis-à-vis* los inversores europeos".[43] En otras palabras, se desliza entre líneas que los países *extra* UE podrían argumentar que los Estados partes de los TBI vigentes con ellos no son capaces de asegurar su cumplimiento, lo cual podría constituir una razón suficiente para, por su lado, no cumplirlos.

En segundo lugar, si la UE concluyera en el futuro un TBI sin la concurrencia de los Estados miembros, el mayor problema que enfrentaría sería no poder resolver las eventuales disputas de inversión ante el CIADI, que constituye en la actualidad la institución arbitral más importante en materia

40 Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo, para establecer un arreglo de transición para los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, Comisión Europea, Bruselas 7 de julio de 2010, COM(2010)344 final.

41 Cabe aclarar que los Reglamentos de la UE tienen aplicación directa en los Estados miembros y forman parte así de su derecho interno. Las Directivas, por su parte, requieren de una implementación previa.

42 Véase el apartado 1.1. de este trabajo donde dichos artículos están citados con motivo de los problemas que sufren los TBI *intra* UE.

43 Woolcock, Stephen., op. cit, p. 54.

de disputas Estado-inversionista. En efecto, de acuerdo con el artículo 67 del Convenio de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el mismo quedará abierto a la firma de los *Estados* miembros del Banco (Banco Mundial). En otras palabras, la UE, al no ser un Estado, no puede formar parte de este Convenio.[44]

El artículo 67 del Convenio CIADI puede, por supuesto, modificarse. Sin embargo, según su artículo 66 (1), para enmendarlo se requiere de la aceptación o aprobación de todas las partes del mismo, cuestión que impide pensar realistamente que llegue a ocurrir. Por consiguiente, como afirma Anderer, los inversores extranjeros que tengan una diferencia con un Estado miembro de la Unión necesariamente deberían llevar sus disputas ante el TJE.[45] No poder llevar las disputas ante el CIADI y tener que ventilarlas ante el TJE es un obstáculo que puede llevar a los inversionistas extranjeros a replantear su inversión en Europa.

2. El derecho a regular y el desarrollo sustentable en el contexto de los acuerdos internacionales sobre inversión, y su importancia en los TBI extra UE después del Tratado de Lisboa

Hemos advertido más arriba que el derecho a regular y el desarrollo sustentable son dos cuestiones diferentes, al punto que puede existir el primero y no alcanzarse los objetivos del segundo. Sin embargo, se trata de cuestiones relacionadas, puesto que el derecho a regular es condición necesaria del desarrollo sustentable, aunque, en ningún caso, suficiente.

Por su parte, la noción de *desarrollo sustentable* –sumamente exitosa desde que fuera acuñada en el Informe Brundtland (Nuestro Futuro Común) en 1987–, aunque continúa sin un contenido normativo demasiado exacto (parte de su virtud y de su problema), juega un rol que trasciende lo político,[46] sobre todo si tomamos en cuenta alguna jurisprudencia, no solo en el área ambiental, sino que en el comercio internacional,[47] hermano de la inversión extran-

44 Diferente es la situación de la Organización Mundial del Comercio –OMC–, organización respecto de la cual pueden formar parte, de acuerdo con el tratado constitutivo de la misma, tanto Estados naciones como organizaciones intergubernamentales y de integración, como es el caso de la UE, que efectivamente es miembro de la OMC.

45 Endeder, Carrier, op. cit., p. 880.

46 Rodrigo Hernández, A., "El concepto de desarrollo sostenible en el Derecho internacional", en *Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas,* Agenda ONU, n° 8/2006-07.

47 Véase, Informe del Órgano de Apelación de la OMC, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp I), Doc. WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

jera. Por consiguiente, la inclusión del objetivo del desarrollo sustentable en el régimen de protección de la inversión extranjera inevitablemente pasa por una definición de lo que se entiende por derecho a regular o intereses regulatorios.

La tendencia que revelan los últimos modelos de TBI de algunos países desarrollados[48] a definir con más precisión el límite entre el poder regulatorio y los derechos de los inversionistas responde, entre otras cosas, a que la jurisprudencia arbitral en materia de inversión extranjera ha demostrado en importantes decisiones poca deferencia hacia el derecho público del Estado y su derecho a regular en áreas sensibles como el medio ambiente y la salud pública,[49] revelando que los TBI están estructuralmente diseñados en base a una asimetría.

Esta asimetría entre los derechos del inversionista versus el derecho a regular del Estado se acentúa, en desmedro de los países en vías de desarrollo, si se tiene en cuenta que los TBI continúan siendo en su gran mayoría tratados bilaterales de *iure* pero no de *facto*. En otras palabras, hay una doble asimetría, una relativa al desequilibrio entre los derechos del Estado frente a los del inversionista extranjero y otra en relación a los flujos de inversión cubiertos por los TBI. Mary Hallward-Driemeier lo expuso en sencillos términos en 2003 cuando, en base a estudios prácticos, concluyó que los TBI no solo no atraen inversión sino que son tratados con *dientes*, que pueden *morder*.[50] Que los TBI puedan morder significa, por una parte, que dichos acuerdos cuentan con la posibilidad de hacer efectivas sus disposiciones en arbitrajes internacionales a los que generalmente se ha prestado el consentimiento con anterioridad y, por otra, que las obligaciones que pesan sobre el Estado anfitrión pueden mermar la voluntad regulatoria de los Estados en determinadas áreas. En verdad, ambas cuestiones son expresiones de un mismo problema visto desde ángulos diferentes.

Si los flujos reales de inversión entre dos países vinculados por un TBI fueran similares, habría bilateralidad tanto de *iure* como de *facto*, y, no obstante, dicho TBI podría igualmente *morder* en términos de su incidencia en las políticas pú-

48 Es el caso de EE.UU., Canadá, Bélgica, Luxemburgo, etc.

49 Véase, Metalclad Corporation v. México, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1; Ethyl Corporation v. Canada, 38 I.L.M. 708 (1999) (NAFTA Arb. Trib. (1998); Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2.

50 Véase, Hallward-Driemeier, Mary, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite*, World Bank, 2003. Disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636541

blicas de los Estados. Por lo tanto, la afirmación relativa a que los TBI deberían asegurar el derecho a regular e inclinarse hacia una inversión más sustentable, aunque valedera para todas las diferentes realidades, lo es todavía con más fuerza para los casos en que los TBI son además unilaterales en términos prácticos.

En suma, hay que distinguir entre las dos asimetrías relacionadas y el objetivo de la sustentabilidad. Los TBI son, por supuesto, bilaterales, pero, muchas veces, en términos reales son muy dispares porque los flujos de inversión son predominantemente unilaterales. Por su parte, los TBI han revelado ser asimétricos si comparamos los derechos del inversionista con el derecho a regular de los Estado; este último muchas veces limitado (*chilling effect*) para evitar conflictos con el inversionista.[51] La incorporación del paradigma de la sustentabilidad en los TBI permitiría –en teoría– alcanzar el objetivo de la inversión sustentable; pero la inversión sustentable exige sin duda plena capacidad regulatoria de los Estados.

Resulta fundamental determinar qué se entiende por inversión sustentable, cuál es su contenido, etc. Por otra parte, todavía no es claro que el objetivo detrás de la inversión sustentable garantice efectivamente sustentabilidad o, incluso, que este objetivo fomente al Estado anfitrión a regular.[52] Y por último, tampoco está claro que detrás de este loable fin no se esconda un nuevo tipo de intervencionismo. En efecto, si la manera de implementar el objetivo *desarrollo sustentable* en el plano interno deja de ser una prerrogativa estatal y pasa a definirse en un tratado, surge el problema de quién define y llena de contenido la *inversión sustentable*.

Sin embargo, las críticas al actual sistema de TBI permiten afirmar que la incorporación del desarrollo sustentable (con sus debilidades) colaboraría a atenuar la asimetría existente entre los derechos del inversionista y el derecho a regular del Estado anfitrión (no así la unilateralidad de los flujos de inversión). A continuación, se identifican los intereses regulatorios que podrían reforzarse en los TBI para alcanzar una mayor simetría; luego tocaremos el problema del desarrollo sustentable, aunque es común en la literatura ver ambas cuestiones sin distinguirlas o incluso confundiéndolas; para terminar con una breve referencia a la importancia de lo anterior en el contexto de la UE.

51 La asimetría se produce precisamente porque el inversionista extranjero está más protegido que el inversionista nacional si existe un TBI entre su Estado nacional y el Estado anfitrión (algo similar ocurre con los contratos de inversión extranjera). Si el primero tuviera los mismos derechos que el nacional, claramente no podríamos afirmar la existencia de esta desigualdad.

52 En materia ambiental, por ejemplo, una democracia puede estar estructuralmente diseñada para contaminar, aunque abrace el concepto de desarrollo sustentable.

2.1. El derecho a regular o los intereses regulatorios de los Estados anfitriones

Este es un tema poco estudiado hasta el momento en la literatura, aunque en el último tiempo se han publicado varios trabajos en esta dirección.[53] Posiblemente esto se explica porque no ha sido sino hasta un tiempo relativamente reciente que las diferencias entre los inversionistas extranjeros y los Estados anfitriones se ventilan masivamente en arbitrajes internacionales. Además, como sabemos, estos arbitrajes han sido mayoritariamente entre inversionistas de países desarrollados en contra de Estados en vías de desarrollo; Estados que hasta hace poco no habían reaccionado como lo hacen hoy ante el rigor de estos tratados. Por ejemplo, aunque sea una cuestión más simbólica que práctica, Estados como Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado el Convenio de Washington por considerar una afronta a sus soberanías las decisiones alcanzadas en el CIADI. Argentina, por su parte, ha tenido que defenderse varias veces en arbitrajes de inversión por la crisis financiera de 2001, sin que se hayan atendido las razones de políticas públicas que motivaron las demandas, con el consecuente desagrado y desgarro que ello ha supuesto.[54]

Cuando las diferencias, por último, han involucrado a países desarrollados, como ha ocurrido en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la alerta en cuanto a la asimetría en materia de derechos del inversionista *vis-à-vis* el derecho a regular de los Estados ha sido más temprana. En efecto, el Capítulo 11 del TLCAN ya no es el mismo ni los modelos de TBI de EE.UU. y Canadá son similares a ese Capítulo, puesto que se han incorporado disposiciones que buscan garantizar mejor los intereses regulatorios de los Estados.

Lars Markert recientemente ha identificado cuáles serían estos intereses regulatorios, diferenciando a su vez entre el actual régimen (statu quo) de aquel otro que se está estableciendo poco a poco en nuevos TBI o acuerdos internacionales de inversión plurilaterales.[55]

---

53 Véase Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección de la inversión y regulación de servicios públicos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL), Documento de Proyecto, LC./W.382, Santiago, Chile, 2011; y Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicancias para la formulación de políticas públicas* (en especial, referencias a los servicios de agua potable y saneamiento), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.326, Santiago, Chile, 2010; Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, (Oxford University Press) 2010.

54 Para una mirada a este problema en Argentina, véase Barraguirre, J., *Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina*, en Colección de Documentos de Proyectos, CEPAL, 2010, pp. 13-30.

55 Markert, Lars, "Balancing Investor's and Host States Rights. What Alternatives for Treaty-Makers?", en *European Yearbook of International Economic Law*, número especial sobre International Investment Law and the EU Law, 2011, pp. 141-171.

El derecho a regular, entonces, estaría conectado en materia de inversión extranjera con el estado de necesidad, con las medidas para la protección de la seguridad nacional y del orden público, con la protección ambiental y de la salud, con los estándares sociales y laborales, con las excepciones culturales, con los derechos humanos y, por último, con la regulación de la economía en tiempos de crisis.[56] Como se puede ver, muchas de estas cuestiones conjugadas coinciden con los pilares del desarrollo sustentable: crecimiento económico, protección ambiental y protección social.

Todos estos intereses regulatorios no se ven *per se* limitados por los TBI, pero las cláusulas de estos tratados *abren la puerta* a ciertas interpretaciones anti-regulatorias lo que, a su vez, puede terminar en una disuasión regulatoria. Por lo tanto, el poder regulatorio permanece después de los TBI con la aprensiones del caso.

La más amplia libertad en materia regulatoria en los TBI dice relación con las disposiciones sobre la admisión, puesto que la admisión de una inversión debe por lo general cumplir con la legislación nacional en vigor del Estado anfitrión, lo que permite regularla sin que esto suponga una violación del tratado. Incluso los modelos de TBI de Canadá y EE.UU., que extienden la protección de la inversión al pre establecimiento, contienen un conjunto de excepciones que precisamente buscan resguardar el poder regulatorio en un conjunto de áreas (o intereses) claves del país.[57] Una vez que la inversión ha ingresado, la historia es distinta.

Igual afirmación podría hacerse de la expropiación, directa e indirecta. En efecto, nada en los TBI apunta a negar el derecho de los Estados a expropiar, siempre y cuando no sea discriminatoria, se haga por un interés público, se observe un debido proceso y se compense de manera pronta, adecuada y efectiva (lo que se conoce como la fórmula Hull). Es en este último punto, y en relación a la expropiación indirecta, donde más problemas ha tenido la jurisprudencia al momento de abordar problemas reales, siendo incapaz todavía de fijar un límite claro entre regulaciones que deban compensarse de aquellas otras que no.[58]

56 Ibíd., p. 148.

57 Es el caso del TLC Chile-EE.UU., donde existen disposiciones expresas en orden a excluir del pre-establecimiento algunos sectores, como el de las energías provenientes de combustibles fósiles en el caso de Chile, de manera de compatibilizar con las disposiciones constitucionales chilenas.

58 Ver, Newcombe, A, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", en *ICSID Review-FILJ*, Vol. 20, 2005.

En respuesta a esta situación, los nuevos modelos de TBI han incorporado disposiciones que deberían guiar y limitar a los tribunales arbitrales en los casos difíciles, como las que se hallan en los actuales modelos de TBI de EE.UU. y de Canadá y en algunos capítulos de inversión de los TLC suscritos por esos países, como, por ejemplo, lo dispuesto en el TLC Chile-EE.UU. letra b) del número 4 del Anexo 10-D (Expropiación) que señala que "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".

Junto a tales disposiciones que buscan retener poder regulatorio, como apunta Markert, hay otras instituciones en el derecho internacional que van más allá de la inversión extranjera y que han tenido hasta el momento poco rendimiento, lo cual no significa que no puedan tenerlo, y que apuntan precisamente a permitir a los Estados más margen de maniobra regulatoria.[59]

Una de ellas es la interpretación sistémica reconocida en el CVDT, en su artículo 31.3.c, que señala que, junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.[60] Dejando al margen el problema de lo que se entienda por *pertinente*, esta regla es una puerta de entrada a otros regímenes respecto de los cuales los Estados también han asumido compromisos, como el del medio ambiente y el de los derechos humanos, y que deberían tenerse en cuenta al momento de juzgar una disposición de un TBI.[61]

Otra institución relevante es la del estado de necesidad, esgrimida como un *estado económico de necesidad* por Argentina en diversos arbitrajes internacionales con motivo de la crisis financiera de 2001.[62] El estado de necesidad exige requisitos muy estrictos para su configuración, lo que ha impedido el éxito de su invocación. Además, la necesidad, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, solo opera como circunstancia que excluye la ilicitud y, por lo tanto, la responsabilidad internacional, pero no exime del

59 Es lo que Markert subtitula como Statu quo in international law beyond IIAs, op. cit., pp. 155 y ss.

60 En inglés, lengua oficial del Convenio, el término *pertinente* es *relevant*.

61 Ver, Hirsch, "Interactions Between Investment and Non-Investment Obligations", en Muchlinksi, Ortino y Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p.154 y ss.

62 Barraguirre, J., op. cit.

cumplimiento una vez desaparecida la ilicitud ni exime de la indemnización que quepa,[63] lo que puede inducir a un congelamiento regulatorio.

Por último, está aquella categoría de normas denominadas *ius cogens*, definidas como normas imperativas que no admiten pacto en contrario.[64] Este tipo de normas podría ampliar el espectro regulador de los Estados si consideramos que estos deben velar por el cumplimiento de las mismas dentro de sus territorios, cuestión sobre la cual se ha discutido mucho en relación a los derechos humanos. Por consiguiente, una supuesta violación de un TBI debería eventualmente revisarse si estuviera presente una norma imperativa en el caso concreto puesto que, en caso de estarlo, aquella se vería desplazada por esta última.

Ahora bien, en caso de que los Estados se pongan de acuerdo en la necesidad de incorporar en los nuevos TBI el derecho a regular de forma explícita, habría que definir dónde y cómo incorporarlo. Esto no es un problema baladí. Es muy distinto reconocer este derecho en el preámbulo que en estándares de trato específicos o, por último, estructurar este derecho como excepciones generales al estilo del artículo XX del GATT. En la práctica estatal, todas estas alternativas son posibles de verificar en la actualidad, a veces en solitario, otras veces combinadas, aunque no resuelvan por sí mismas los problemas que puedan ocurrir en el futuro, puesto que deberán ser sometidas al cedazo de la interpretación arbitral, a menos que se incluya una cláusula –como la que se encuentra en el artículo 40 del Acuerdo Comprensivo sobre Inversión de la ASEAN– que exija poner de acuerdo a los Estados sobre el sentido y alcance de una disposición cuando exista un arbitraje, y de oficio, o cuando el Estado involucrado así lo requiera, cuestión de por sí polémica.[65]

2.2. El desarrollo sustentable en el contexto de la inversión extranjera

Este último tiempo se ha escrito mucho sobre la relación entre el desarrollo sustentable y los acuerdos internacionales sobre inversión.[66] Y con seguridad

63 Véase el artículo 27 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito de 2001, que codifica el derecho consuetudinario en la materia (texto en español: A/RES/56/83).

64 Véase el artículo 53 de la CVDT.

65 De acuerdo con el artículo 40.2 de este tratado –que, según la información disponible, aín no ha entrado en vigor–, el Tribunal tiene solicitar, de oficio o a petición de parte, una interpretación conjunta de cualquier disposición del tratado que esté en disputa. Los Estados miembros tiene 60 días para entregar la decisión conjunta de interpretación y, en caso contrario, cualquier interpretación individual entregada por algún Estado miembro deberá ser tenida en cuenta por el Tribunal.

66 Un buen exponente de lo último que se discute al respecto es el libro *Sustainable Development in World*

se continuará discutiendo sobre la conveniencia de *contaminar* la protección de la inversión extranjera con el paradigma del desarrollo sustentable. En todo caso, la tendencia parece apuntar hacia esa dirección. Basta recordar lo dispuesto en la Agenda 21 de la Cumbre de Río donde se declara que la IED es necesaria para el desarrollo sustentable,[67] o bien la incorporación de este concepto en el preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC).[68]

Al margen de lo anterior, es importante averiguar si la IED se presenta como neutra o si, por el contrario, favorece o desfavorece el desarrollo sustentable de los países. De acuerdo con Andrew Newcombe, [69] el régimen de protección de la inversión extranjera no es un impedimento serio para el desarrollo sustentable. Pero, en caso de afirmar, nos dice Newcombe, que la IED debe ser una fuerza positiva para el desarrollo sustentable, la protección de la inversión debería ser consistente con los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sustentable.[70]

Esos principios dicen relación con el uso sustentable de los recursos naturales; con la equidad y erradicación de la pobreza; con las responsabilidades comunes, pero diferenciadas; con el enfoque precautorio; con la participación y acceso a la información y a la justicia; con la buena gobernanza; y con el principio de la integración de los objetivos económicos, sociales, ambientales y de derechos humanos.

La conclusión a que llega Newcombe es que el régimen de protección de la inversión extranjera no es un impedimento ni subvierte los principios detrás del desarrollo sustentable, en particular porque los Estados no dejan de retener su poder regulatorio y, por consiguiente, pueden actuar de conformidad con estos principios sin que necesariamente sean desafiados en juicios arbitrales. Sin embargo, concluye también que el régimen no promueve activamente el desarrollo sustentable y sugiere que una de las formas para lograrlo es que se asegure que la toma de decisiones relacionadas con el desarrollo,

Investment Law, editado por Marie-Claire Cordonier Segger y Andrew Newcombe en 2010.

67 Véase el parágrafo 2.23 de la Agenda 21.

68 El Acuerdo de Marrakech (abril de 1994), en virtud del cual se crea la OMC, contempla en su preámbulo el objetivo de un desarrollo sustentable en relación con la utilización (óptima, señala el acuerdo) de los recursos mundiales.

69 Newcombe, Andrew, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 3, 2007.

70 Newcombe sigue los principios identificados en la Resolución de la International Law Association 3/2002 (New Delhi Principles), publicada como documento de las NUdoc. A/57/329.

como es el caso de un TBI, sea el resultado de un proceso que promueva el desarrollo sustentable, cuestión que puede alcanzarse, por ejemplo, a través de evaluaciones ambientales estratégicas o de evaluaciones de impacto de sustentabilidad.[71]

A este respecto resulta muy atingente el Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sustentable de 2005 del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (sigla en inglés, IISD).[72]

Como expone Katia Fach, dos son las ideas más importantes de este modelo, apuntadas tanto en el preámbulo como en el texto del Modelo:

> En primer lugar, se considera que la inversión extranjera no debe generar cualquier tipo de desarrollo, sino únicamente aquel que sea sostenible. El Modelo del Instituto canadiense está optando claramente por el elemento cualitativo de la inversión, frente a una priorización cuantitativa-cumulativa que, siendo la práctica tradicional en muchos países en vías de desarrollo, se ha constatado que no ofrece buenos resultados medioambientales ni sociales en el largo plazo. En segundo lugar, para alcanzar este desarrollo sostenible es necesario, que los Acuerdos de Inversión se instrumentalicen de forma que permitan alcanzar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de todos los sujetos involucrados: fundamentalmente, inversores, Estado anfitrión y Estado local.[73]

Como se aprecia, los esfuerzos por llenar de sustancia al concepto *desarrollo sustentable* son reveladores de la necesidad de otorgarle un contenido normativo capaz de ser introducido con un rendimiento real en regímenes como el del comercio y, ahora, el de la inversión extranjera. La duda que todavía cabe es que dichos esfuerzos provienen, por regla general, de países desarrollados a pesar de que –en teoría– la inversión sustentable de alguna manera rebaja los actuales estándares de protección de la propiedad de los inversionistas extranjeros. Por otro lado, fuera de los movimientos ciudadanos ambientalistas, en los países en vías de desarrollo los gobiernos no aprecian el objetivo del desarrollo sustentable de la misma manera que los países desarrollados, pues,

71 Newcomb, Andrew, op. cit., p. 402 y ss.

72 Ver http://www.iisd.org/investment/model/

73 Fach, K., "Construyendo un nuevo Derecho internacional de las inversiones: Las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 18, 2009.

en cierta medida ,puede retardar los objetivos del crecimiento económico o del desarrollo a secas, sin adjetivos como el de *sustentabilidad*. La UE sin embargo está *obligada* a dar prioridad al tema.

2.3. El debate en la UE sobre el tema...

La UE cuenta entre sus principios rectores al desarrollo sustentable. La nueva competencia exclusiva de la UE en materia de IED tras la entrada en vigencia del TdL debe, por consiguiente, seguir la prescripción del Título V del TUE relativo a la Acción Exterior de la Unión.

El artículo 21, que inicia el Capítulo 1 del Título V del TUE, señala en el número 2.d lo siguiente: "La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de: d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental **de los países en desarrollo**, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza;" (énfasis añadido).

Adicionalmente, si la protección de la inversión extranjera está contrapunteada por los objetivos detrás del desarrollo sustentable, por supuesto que también favorecería a la propia UE y sus Estados miembros. Buscar que la inversión sea sustentable implica que los Estados no pierdan su poder regulatorio en áreas sensibles que permitan el objetivo de la sustentabilidad. La discusión en la UE hoy se centra, entonces, en las ventajas de un nuevo trato en materia de inversiones que les permita profundizar su política social y ambiental sin que esto a su turno signifique una desprotección de sus inversionistas en el extranjero.[74]

3. Recapitulación y conclusiones

La UE ha sufrido cambios importantes tras la entrada en vigor, en diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa en materia de IED (entre otras cosas). Estos cambios implican que la UE, a partir de esa fecha, tiene competencia exclusiva sobre la IED, quedando sin embargo fuera de la misma la denominada inversión de portafolio. Ello significa que la UE puede celebrar tratados internacionales sobre protección de inversiones, al estilo de los TBI, con países *extra* UE sin la anuencia de los Estados miembros, a menos que incluyan cuestiones relativas a la inversión de portafolio, en cuyo caso estaríamos fren-

74 Woolcock, Stephen, op. cit., p. 49 y ss.

te a tratados mixtos en que se necesitaría del consentimiento adicional de aquellos Estados.

Pero esta realidad, simplemente expuesta, presenta múltiples interrogantes que han motivado cientos de estudios que no coinciden en los efectos posibles de esta nueva competencia, pero sí en la necesidad de un tiempo de transición más o menos largo. Tres escenarios pueden distinguirse claramente: el futuro de los TBI *intra* UE; el futuro de los TBI *extra* UE; y si la UE llevará a cabo TBI por sí misma o delegará esa capacidad, y durante cuánto tiempo. Un cuarto problema, relacionado con todos los escenarios anteriores, es la reconocida necesidad de redefinición de los estándares de trato y, en general, de los derechos de los inversionistas versus el derecho a regular de los Estados. A su vez, ese derecho a regular está relacionado con los objetivos del desarrollo sustentable, objetivo que el TUE exige en relación con la política exterior de la Unión y en particular en aquella llevada a cabo con países en vías de desarrollo. La intención de este artículo ha sido presentar estos escenarios exponiendo las dificultades y tratando de develar los temores y las suspicacias que pueden surgir tanto en la UE como en los países de la región (América Latina).

Todo apunta a que los TBI, ya sean *intra* o *extra* UE, deben ser renegociados o incluso denunciados para no verse expuestos a ser contrarios al derecho comunitario. Esto, en el caso de los *extra* UE, supone desafíos y oportunidades para los países de la región. Caben dudas acerca de la conciencia de esta situación y de la manera que asumirán los Estados este desafío una vez en marcha el proceso de renegociaciones. El llamado entonces es a estar preparados, lo que supone contar con una política al respecto, cuestión que no siempre existe en los países latinoamericanos.

Asimismo, se presentan muchas oportunidades. En particular, la posibilidad de atenuar la asimetría intrínseca de los TBI en cuanto a los derechos de los inversionistas en relación al derecho a regular de los Estados, que, según revela la jurisprudencia arbitral –que se encarga de aplicar estos tratados–, no refleja la deferencia esperada hacia el derecho público de los Estados y no incluye los principios de derecho administrativo en la solución de sus casos.

Por consiguiente, el *nuevo trato* que debería proponerse desde la UE representa una oportunidad siempre y cuando los Estados tengan claro qué es lo que realmente buscan a través de estos tratados: si quieren figurar como países atractivos porque someten sus diferencias a foros internacionales o si esperan que la IED promueva el desarrollo sustentable, para lo cual los TBI

no deberían erigirse como potenciales disuasivos de la potestad regulatoria de los Estados. O un camino intermedio que permita entregar fuertes derechos de propiedad a los inversionistas extranjeros a la vez que salvaguardar la capacidad regulatoria de los Estados para poder avanzar en áreas donde es menester regular y por ende afectar las inversiones.

En conclusión, los Estados en vías de desarrollo, es decir, toda nuestra región, tienen que conocer y aprovechar las oportunidades que esta situación no buscada nos presenta. En particular, creo que los países de la región deberían estar concientes de: i) el momento de la negociaciones; ii) las propuestas que pueden hacer; iii) exigir la participación de los órganos relevantes de la UE; iv) exigirles claridad acerca de la competencias e interpretaciones en caso que no se presenten de manera clara; y v) respecto de las renegociaciones de los actuales BIT, exigir clarificación sobre el futuro de las obligaciones y la inclusión de cláusulas relativas al derecho a regular, al desarrollo sustentable y a los derechos humanos; etc.[75]

En suma, los países de la región han sido llamados a asumir una actitud proactiva, lo que no debe confundirse con que un país tenga muchos o pocos TBI, sino que dice relación con el contenido de los mismos. Está por primera vez la posibilidad de terminar los TBI o de transformarlos en instrumentos que promuevan objetivos de política interna alineados con un desarrollo más cualificado y no solo el incremento en la riqueza, si cabe afirmar que los TBI colaboran en esto último.

75 Ver al respecto lo señalado por Moerenhout, Tom, y Pérez Aznar, Facundo, "Competence Shift in FDI from the UE members to the EU", en *Trade and Investment Law Clinic*, Final Paper, IISD, 2010, p. 29-30.

SECCIÓN COLOQUIOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONES DURADERAS. UNA CRÍTICA DEMOCRÁTICA.

Allan C. Hutchinson [1] *y Joel Colon-Rios* [2]

Algunos hombres ven las constituciones con sagrada reverencia y las consideran la clave de un pacto, demasiado sacras como para ser tocadas. Le atribuyen a los hombres de generaciones anteriores una sabiduría sobrehumana, y piensan que lo que ellos hicieron no debe ser enmendado.

THOMAS JEFFERSON[3]

La relación entre democracia y constitución es larga y turbulenta. La tendencia de los que se inclinan hacia el lado constitucionalista ha sido de percibir la democracia como una amenaza al orden político y a la preservación de ciertos valores considerados importantes, mientras que los que adoptan una postura democrática, más que cualquier otra cosa, tienden a tratar a las constituciones como un obstáculo a la participación popular. En este trabajo, queremos aportar a la teoría constitucionalista un análisis teórico y político más amplio. A modo de explicación, vamos a considerar las posibilidades y problemas de poner en práctica una postura anti-constitucionalista; la experiencia reciente del Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica provee un terreno fértil para examinar estas ideas. En resumen, desde una postura democrática, el desafío para la ciudadanía no es tanto el definir los valores que una constitución debe contener como el hecho de que el cambio constitucional se encuentra fuera del proceso democrático y generalmente ocurre a través de la interpretación judicial o de mecanismos de reforma constitucional diseñados precisamente para que realizar cualquier cambio sea difícil y poco probable. Con demasiada frecuencia, las constituciones imponen controles y límites a la participación democrática en el nombre de algún otro conjunto de verdades

1 Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de York en Canadá, Licenciado en derecho por la Universidad de Londres, LLM y LLD Universidad de Manchester, Inglaterra.

2 Profesor Distinguido de Investigación, Osgoode Hall Law School, Toronto, Canadá y Lecturer, Faculty of Law, Victoria University of Wellington, Nueva Zelanda. Agradecemos a Jhonny Pabón y a Kate Stone por su ayuda en la traducción de este escrito.

3 Jefferson, Thomas, Carta a Samuel Kercheval, 12 de julio, 1816 en Peterson, Merrill D., *The Portable Thomas Jefferson*, (Harmondsworth: Penguin) 1975, pp. 558-559. Por supuesto, Jefferson no fue un "Santo Tomás": quería ampliar la franquicia exclusivamente a los hombre blancos. Ver Appleby, Joyce, *Thomas Jefferson*, (Times Books) 2003.

proclamadas o valores que favorecen a las élites. Para el demócrata ferviente, las constituciones formales y su parafernalia institucional hacen más para inhibir y atenuar el potencial emancipador de la democracia que para nutrirla y realizarla.

La Democracia y el cambio constitucional

La relación entre democracia y constitución es larga y turbulenta. La tendencia de los que se inclinan hacia el lado constitucionalista ha sido la de percibir a la democracia como una amenaza al orden político y a la preservación de ciertos valores considerados importantes, mientras que los que adoptan una postura democrática, más que cualquier otra cosa, tienden a tratar a las constituciones como un obstáculo de la élite a la participación popular. Sin embargo, hoy en día, la opinión que prevalece es decididamente más constitucionalista que democrática. Teóricos, políticos y jueces dan alguna importancia a la participación popular pero sostienen que la misma debe ser canalizada y disciplinada dentro de una amplia estructura constitucional: procedimientos complejos de reforma constitucional, control judicial de la legislación que se considera inconsistente con la constitución y oportunidades limitadas para la intervención popular en decisiones políticas fundamentales. Desde este punto de vista, lejos de negar la democracia, el constitucionalismo promueve la creación de una estructura dentro de la cual la democracia pueda florecer y ser protegida. Suficientemente restringida, la democracia permite que los ciudadanos se involucren de forma más apropiada en la gobernanza política y que tomen decisiones políticas más razonables. Tal como los jueces de la Corte Suprema de Canadá han dicho tajantemente: "visto correctamente, el constitucionalismo y el imperio de la ley no están en contra de la democracia; más bien, son esenciales a la misma"[4].

Sin embargo, la posibilidad de un enfoque más democrático a los desafíos de la gobernanza política en los estados modernos merece atención. La desconfianza constitucionalista a la participación popular en la elaboración y modificación de leyes fundamentales ha sido aceptada sin mayor controversia; el espectro de *la mobocracia* ha sido invocado con demasiada facilidad. En este trabajo, queremos aportar a la teoría constitucionalista un análisis teórico y político más amplio. Nuestra crítica se enfocará en enumerar las deficiencias de tal postura y en estimular un punto de vista más democrático. A modo

4 Reference re Secession of Quebec, 1998, 2 S.C.R 217, párrafo 78.

de explicación, vamos a abordar y recomendar las posibilidades y problemas de poner en práctica una postura anti-constitucionalista; la experiencia reciente del Estado de California en los EE.UU. provee un terreno fértil para examinar estas ideas. En resumen, desde una postura democrática, el desafío para la ciudadanía no es tanto el definir los valores que una constitución debe proteger sino, el hecho de que el cambio constitucional se encuentra fuera del proceso democrático y generalmente ocurre a través de la interpretación judicial o de mecanismos de reforma constitucional diseñados precisamente para que realizar cualquier cambio sea difícil y poco probable. Con demasiada frecuencia, las constituciones imponen controles y límites a la participación democrática en el nombre de algún otro conjunto de verdades o valores que favorecen a las élites. Para el demócrata ferviente, las constituciones formales y su parafernalia institucional hacen más para inhibir y atenuar el potencial emancipador de la democracia que para nutrirla y realizarla.

El *cuerpo* constitucional

Un punto de partida útil para nuestro análisis es el trabajo de Elkins, Ginsberg y Melton.[5] En un libro reciente, estos autores llevan la postura constitucionalista a su conclusión lógica: una preocupación respecto a la duración de las constituciones nacionales. En el centro de su proyecto empírico se encuentra la pregunta "¿Por qué [...] algunas constituciones perduran, mientras otras fallan?"[6]. Los autores se ocupan de la difícil tarea de examinar cuidadosamente un conjunto de datos que incluye cada estado independiente desde 1789 hasta 2005 y que representa 935 constituciones en 200 estados-nación diferentes. Con claridad y sutileza, estos autores relatan que, así como la Constitución de EE.UU. ha perdurado por 220 años, la mayoría de las constituciones duran mucho menos: la esperanza de vida media de las constituciones nacionales es de 19 años, lo cual, como los autores señalan, es exactamente lo que el joven Jefferson pensaba era su duración *óptima*.[7] Entre los factores que tienden a desestabilizar a los órdenes constitucionales se incluyen: crisis económicas, conflictos armados, cambios de régimen y reorganizaciones territoriales. Además, los riesgos al mantenimiento de la constitución no es-

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

6 Ibíd., p. 2.

7 Jefferson, Thomas, Carta a Samuel Kercheval, 12 de julio de1816, op. cit., p. 560.

tán distribuidos uniformemente; las constituciones son vulnerables desde su nacimiento y su punto máximo de riesgo se encuentra cercano a los 17 años, pero disminuye a su mínimo cerca de los 50 años.[8] Para las democracias, la duración promedio es alrededor de 21 años.[9]

Sin embargo, Ekins, Ginsberg y Melton no se conforman solo con presentar estos datos. A través de su trabajo, defienden la hipótesis de que hay una correlación importante entre el diseño constitucional y la duración de las constituciones. Los autores utilizan tres criterios claves para medir el impacto del diseño en la longevidad constitucional:

- *Inclusión:* El alcance de la participación pública en la negociación constitucional, así como el continuo debate público sobre el significado del texto constitucional, tienden a afectar de manera positiva la importancia de la constitución desde la perspectiva ciudadana.[10]

- *Flexibilidad*: Para que una constitución sea duradera, la existencia de mecanismos que permitan modificarla a la luz de cambios sociales y políticos es necesaria. Esos mecanismos no tienen que ser formales; es preferible que los mismos sean informales y flexibles. En ese sentido, la revisión judicial puede jugar un papel importante en *coordinar*, *complementar* y poner al día la constitución.[11]

- *Especificidad*: El nivel de detalle y el alcance de la aplicación de una constitución son fundamentales para que la misma sea exitosa a través del tiempo. Estas características promueven el apoyo popular siempre y cuando el ordenamiento constitucional sea visto "como un marco para la política y no como un recipiente de políticas públicas".[12]

Descansando en una gran cantidad de ejemplos históricos, los autores demuestran como estos factores son esenciales para la duración de una consti-

8 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op .cit., p. 131.

9 Ibíd., p. 132.

10 Ibíd., p.97.

11 Ibíd., pp. 107, 141.

12 Ibíd., p. 105.

tución; cada uno contribuye al nivel de cambio que una constitución tolera y, en ese sentido, tiene una conexión causal con su longevidad. A través de su análisis, Elkins, Ginsberg y Melton demuestran que la idea de que "el diseño constitucional puede hacer una profunda diferencia en la mortalidad"[13] de una constitución, goza de validez general. De hecho, al defender y elaborar esta idea, los autores llegan a la conclusión de que "las constituciones duran cuando son más similares a las leyes ordinarias [flexibles, detalladas] que la imagen convencional de las constituciones nos haría creer".[14] Aunque hay buenas razones para pensar que estas conclusiones son correctas, los autores no pueden resistir la tentación de enmarcar su análisis con una serie de argumentos normativos mucho más controversiales.

Así, comienzan por sugerir que, si bien las vidas de las constituciones son "notablemente efímeras", "desde un punto de vista normativo, la mayoría de los académicos y aquellos que las diseñan asumen que deben ser duraderas".[15] En ese sentido, los autores asumen un acercamiento abiertamente "fisiológico"[16] a sus estudios empíricos: tratar a las constituciones como si fueran humanos. Al incorporar ese criterio claramente evaluativo, aceptan que, "tal como una vida humana, la vida de una constitución da muchas vueltas y pasa por distintas fases de desarrollo [y] puede terminar por muchas razones".[17] Al igual que en el caso de la mortalidad humana, los autores reconocen que no existe una fórmula exacta para asegurar una vida larga y que "las vidas de las constituciones son el producto de la interacción entre muchos factores".[18] Sin embargo, aunque algunas constituciones son víctimas de ciertos eventos históricos independientemente del diseño constitucional, Elkins, Ginsberg y Melton insisten en que un diseño constitucional superior o inferior va a tener un efecto estadístico significativo en la probabilidad de una muerte prematura.

Los autores reconocen que "existen algunos beneficios reales en el reemplazo constitucional periódico"[19], pero asumen que *una larga vida es una vida mejor* y que *la supervivencia es el éxito*. Para ellos, una larga esperanza de

13 Ibíd., p. 143.

14 Ibíd., p. 211.

15 Ibíd., p. 10.

16 Ibíd., pp. 8, 93.

17 Ibíd., p. 123.

18 Ibíd., p. 207.

19 Ibíd., p. 207.

vida es el mejor indicador de la salud constitucional; cuanto más tiempo una constitución vive, mejor la salud constitucional de la nación. Por supuesto, habrá excepciones, pero las excepciones solo logran comprobar la regla estadística. Tan comprometidos están estos autores con tal asunción que concluyen su impresionante estudio revelando que "la esperanza de vida de constituciones, en todo caso, ha disminuido en los últimos 200 años [de tal manera que] a diferencia de la de los seres humanos, la salud constitucional no está mejorando con la modernidad"[20].

La insistencia de Elkins, Ginsberg y Melton en tratar a las constituciones como si fueran personas revela varios problemas en la preocupación de los constitucionalistas con la duración constitucional. El primer problema es que, incluso si su analogía fisiológica fuera válida, la misma asume que vivir una larga vida es la única o la mejor medida de una buena vida. Mientras que una vida más larga puede ser una meta preferible, no es la única y ni siquiera la meta predominante. Para muchos, la duración de la vida tiene que ser evaluada en relación a la calidad de vida; una vida larga –pero miserable– no siempre es preferible a una más corta que sea plena y gratificante. De hecho, este enfoque, basado únicamente en la extensión de la esperanza de vida, se vuelve particularmente discutible en la medida en que las personas envejecen. Muchas no tienen un gran deseo de mantenerse vivas por todos los medios necesarios y a veces toman la decisión de no ser resucitadas o de no recibir ayuda para sobrevivir cuando su salud general y calidad de vida caen por debajo de cierto nivel. La duración en sí misma es poco atractiva y a menudo trae mucha preocupación para ancianos y enfermos. *Enfurécete, enfurécete ante la muerte de la luz* no es el mantra de todos; oscuridad y muerte pueden de vez en cuando ser bienvenidas.[21]

Lo mismo pasa con el divorcio. Mientras que un bajo índice de divorcio puede ser considerado más deseable, esto es difícilmente evidente o incontrovertible. Como la ecuación de la larga vida con la buena salud, la preferencia por *los matrimonios duraderos* requiere un grado de equilibrio entre consideraciones cuantitativas y cualitativas. Determinar si es mejor para una pareja permanecer juntos pase lo que pase o ir por caminos separados depende del

20 Ibíd., p. 214.

21 Davies, Walford (ed.), Dylan Thomas, *Selected Poems*, (J. M. Dent) 1974. Aunque sigue siendo controversial, existe un movimiento internacional que busca facilitar la muerte con dignidad. Ver Hillyard, Daniel y Dombrink, John, *Dying Right: The Death with Dignity Movement*, (Routledge) 2001.

estándar con el cual se midan las vidas exitosas o felices. Por ejemplo, no es evidente que parejas e hijos lleven una vida más plena dentro de una familia en conflicto en vez de en una familia separada. Cualquier resolución de estos asuntos estará basada en criterios normativos, no simplemente empíricos.

El segundo problema consiste en que no es claro por qué es deseable o útil tratar a las constituciones como si fueran seres vivos. Una analogía es útil e ilustrativa solo si contiene algún punto normativo. Mientras que es posible comparar a una constitución con toda una gama de seres vivos (por ejemplo, moscas, arboles, dinosaurios, etc.), estas analogías sirven de poco a menos que muestren a las constituciones en una forma nueva o reveladora; si no es acompañada de alguna defensa o explicación, la comparación puede ser tan engañosa como informativa. El que la Constitución de los Estados Unidos haya permanecido vigente durante 220 años es en sí mismo insuficiente para causar admiración (o para generar críticas); el transcurso y contenido de la historia norteamericana debe ser evaluada a la luz de otros criterios de tipo político. El canon implícito detrás de esta opinión es el orden institucional y la estabilidad política; la celebración de *la permanencia* ubica a estas virtudes formales sobre cualquieras otras. De acuerdo a esta concepción, los estados con constituciones antiguas son generalmente mejores a los que cambian su constitución con más frecuencia.

Elkins, Ginsberg y Melton parecen indiferentes a la necesidad de recurrir a la democracia como un valor político fundamental; se considera a la democracia como una de las características secundarias que pueden ser consideradas instrumentales para la vida continua y duración de las constituciones. Los autores explican que la estabilidad democrática (contraria a la gobernanza no democrática) se encuentra estrechamente ligada a la estabilidad constitucional y que las "constituciones duraderas son buenas para las democracias jóvenes".[22] Además, defienden un enfoque explícitamente constitucionalista de la gobernanza nacional. Sostienen que:

> [L]as constituciones generan un conjunto de principios inviolables y provisiones más específicas con las cuales las futuras leyes y la actividad gubernamental se deberán regir. Esta función [...] es vital para el funcionamiento de la democracia. Sin un compromiso a la ley superior, el estado opera por los beneficios de corto plazo de los que tienen el poder

22 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 35.

> o la mayoría actual [...] limitando el alcance del gobierno y renovando el compromiso de los políticos de respetar ciertos límites, las constituciones hacen posible el gobierno.[23]

En este pasaje, los autores se apoyan en todas las características formativas del constitucionalismo contemporáneo y en su arraigada desconfianza en la democracia: principios inviolables fuera del alcance democrático; límites a la participación democrática; constituciones como garantes de la democracia; y la autoridad de *la ley superior*. La idea básica es que, debido a que las constituciones están diseñadas no solo para capturar un consenso fugaz sino verdades más universales, la ausencia de revisión periódica a través de mecanismos de participación popular es necesaria o deseable.[24] De hecho, en la medida en que la democracia es vista como un mero facilitador de –e inferior a– otros valores superiores, se entrevé en su argumento que "la democracia es mensurablemente más hospitalaria a las constituciones [...] que situaciones autoritarias"[25]. Si algún régimen que se aproxima a *una situación autoritaria* fuera más hospitalario a una constitución, se presume entonces que se debe ser indiferente a la presencia o promesa del ideal democrático.

Por supuesto, esta actitud indiferente y escéptica hacia la democracia no es nada nuevo. Aunque el apoyo a los valores y procesos democráticos es abundante, existe una clara desconfianza en la capacidad del ciudadano común para participar plena, libre, frecuente y activamente en su propio gobierno. En el siglo veinte, la democracia llegó a ser asociada casi exclusivamente con la lucha y competencia institucional por los votos del pueblo entre líderes que buscaban el poder político.[26] De hecho, un examen escéptico de la historia de la democracia sugiere que casi hay una correlación inversa entre la extensión de poder a más grupos y la reducción en la cantidad de áreas en las cuales las personas con derecho a voto pueden participar: entre más personas adquieren derechos básicos de participación política, menor es la cantidad de decisiones a su alcance. Acomodando ideales normativos a las realidades descriptivas, los comentaristas y políticos han reducido la participación popular a poco más que a un reclamo por elecciones libres y justas entre varios partidos políticos

23 Ibíd., p. 38.

24 Para una crítica extensa de esta filosofía no-democrática del derecho y las constituciones, ver Hutchinson, Allan C., *The Province of Jurisprudence Democratised*, (Oxford University Press) 2009.

25 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 137.

26 Ver Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, (Harper) 1947.

en un contexto de información relativamente abierta: "la democracia es el gobierno de funcionarios responsables y destituibles por la mayoría de las personas en una jurisdicción".[27] Junto con la protección judicial de los derechos civiles más básicos, esta idea restringida de la democracia ha llegado a dominar el derecho y la teoría constitucional; la meta de proveer oportunidades para una participación popular más intensa parece haber quedado en el camino.[28]

El enfoque principal de los escritos de teóricos constitucionales contemporáneos es similar. Aunque no son hostiles a la democracia, no toman sus reclamos y dinámicas muy en serio; su enfoque es prudente e inhibido. Reconocen que la democracia es necesaria y loable pero no la promueven como una de las características centrales del constitucionalismo. Existen tres enfoques constitucionales básicos:

- Un enfoque basado en los derechos que recomienda la permanencia de los regímenes constitucionales consistentes con determinados principios abstractos y preceptos políticos *correctos*.[29] Ya que, bajo este enfoque, el poder interpretativo reside en magistrados no-electos, los ciudadanos y representantes se ven obligados a conformarse a la autoridad casi transcendente de estos principios.

- Un enfoque que fortalece la representación y le otorga *al pueblo* el derecho a tener la constitución que desee, pero que no distingue entre *pueblo* y *legislatura*.[30] Dejando a un lado cualquier participación

27 Nye, Joseph S., *The Paradox of American Power: Why the World's Only Superpower Can't Go It Alone* (Oxford University Press) 2002, p. 109. Este es un ejemplo de la tradición dominante en la teoría política. Ver además Schumpeter, Joseph A., op. cit.; Dahl, Robert A., *A Preface to Democratic Theory: How Does Popular Sovereignty Function in America?*, (University of Chicago) 1956; Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, (Harper) 1957; y Eckstein, Harry, *A Theory of Stable Democracy*, (Princeton University Press) 1961.

28 Hay un sub-campo académico que trata de medir la democracia mediante el establecimiento de indicadores objetivos de las dimensiones contestatarias y participativas de la democracia establecidas por Dahl. Ver por ejemplo Przeworski, Adam, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-being in the World, 1950–1990*, (Cambridge University Press) 2000 y Beetham, David, "Towards a Universal Framework for Democracy Assessment", en *Democratization*, vol.11, 2004, p. 1.

29 Ver por ejemplo Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, (Harvard University Press) 1996 y Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, (Princeton University Press) 2006.

30 Ver, por ejemplo, Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, (Oxford University Press) 1999; Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", en *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1346-1406; Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press) 1980; y Parker, Richard D., *Here the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, (Harvard University Press) 1994.

real de los ciudadanos en el cambio constitucional, toda tensión entre el constitucionalismo y la democracia se atribuye a los límites impuestos por la revisión judicial al poder de la asamblea legislativa elegida democráticamente; y

- Un enfoque más populista que tiene el objetivo de cerrar la brecha entre los ciudadanos y sus representantes, pero lo hace con el gran costo de reemplazar las vidas desorganizadas de los humanos de carne y hueso que realmente viven bajo del régimen constitucional por un casi mítico e incorpóreo Pueblo (siempre con una P mayúscula), cuyos deseos e intereses colectivos deben ser identificados *ex post facto* y cuyas decisiones deben ser protegidas por los jueces de las acciones de los representantes.[31]

Mientras que cada enfoque ofrece aclaraciones importantes sobre los dilemas de la políticas constitucional moderna, todos logran reducir o limitar el papel de la participación popular: el enfoque en los derechos rechaza totalmente la idea que todas las leyes, incluyendo las fundamentales, deben estar permanentemente abiertas a transformaciones a través de procesos altamente democráticos; el enfoque que refuerza la representatividad toma a la democracia mucho más en serio, pero no aprecia que la democracia y la participación popular requieran mucho más que la toma de decisiones mayoritarias por instituciones representativas y la desconfianza en la revisión judicial; el enfoque más populista, aun con sus buenas intenciones, no logra resistir la idea de que el cambio constitucional realmente democrático autoriza *la real* participación popular en las políticas constitucionales, no simplemente *el apoyo* implícito de un Pueblo presagiado por una academia de expertos auto-designados. Para contener y limitar la participación democrática directa en tal manera, se da prioridad a la constitución sobre la democracia. Las turbulencias de las políticas democráticas son demasiado riesgosas e inciertas para el preciado mundo de estos constitucionalistas.

31 Ver, por ejemplo, Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, (Harvard University Press) 1991 y Amar, Akhil Reed, "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", en *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, pp. 457-50.

Hacia un constitucionalismo débil

Hablar de democracia es hablar de auto-gobierno. La idea básica es que los ciudadanos se reúnen como iguales y deciden por sí mismos las leyes que regularán su conducta y las instituciones bajo las cuales vivirán. En ese sentido, los demócratas tienen una preocupación especial por los orígenes: los *quienes* y *cómos* de cualquier principio o regla les son de gran interés.[32] No importa cuán sustancialmente justas parezcan ser las reglas o los principios legales, un demócrata siempre estará interesado en preguntas sobre los orígenes de las mismas y, por lo tanto, sobre su legitimidad. Una dimensión vital en la evaluación de cualquier norma legal es precisamente si la misma se originó en un ejercicio de auto-legislación por los gobernados o si simplemente fue impuesta o creada a nombre del Pueblo: la democracia es el gobierno *por* el pueblo, no solo *para* el pueblo.[33] No obstante, la genealogía democrática de una ley no es la única preocupación de los demócratas: el linaje democrático es necesario, pero no es una condición suficiente para la calidad de la norma en cuestión. Ambos, la materia y la forma de las leyes, son importantes. De hecho, es precisamente su proceso de creación el que refuerza y garantiza el mérito sustantivo de estas leyes; materia y forma están íntimamente relacionadas y reforzadas. Mientras que la atención a los orígenes tiene gran relevancia en la arena legislativa, sus implicaciones son todavía más apremiantes respecto a las leyes constitucionales o fundamentales.

La susceptibilidad de los acuerdos constitucionales y de las leyes fundamentales a la reconsideración y revisión periódica es parte indispensable de cualquier pacto democrático. Aunque poner a la democracia en práctica en sociedades grandes y complejas requiere concesiones y compromisos, la democracia es un régimen de autogobierno popular que no solo permite sino que requiere la participación frecuente de los ciudadanos en la formulación y promulgación de la las leyes que gobiernan sus vidas. En su noción más general, la democracia es el gobierno de todos por todos.[34] Para el demócrata, un sistema político que ha consolidado una serie de principios que se consideran *correctos* en una constitución *terminada* y que ha intentado congelar un deter-

32 Ver Waldron, Jeremy, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009.

33 Ver, por ejemplo Michelman, Frank, "Constitutional Authorship", en Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, (Cambridge University Press) 1998, p. 76 y Michelman, Frank I., *Brennan and Democracy*, (Princeton University Press) 1999.

34 Hardt, Michael and Antonio Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire* (Penguin) 2004, p. 240.

minado régimen jurídico, es inconsistente con un compromiso genuino con el ideal democrático. La democracia robusta resiste el cierre político; fomenta, no anula la participación política y popular: un pueblo auto-gobernando tiene que tener la capacidad de enfrentar y reformular sus compromisos a menudo y de forma democrática.[35] En ese sentido, la democracia supone no solo suficientes oportunidades para la *participación popular*, sino también un régimen consistente con el ideal de la *apertura democrática*: no puede haber un conjunto de leyes cuya autoridad se da por sentada y que no están sujetas a la revisión democrática.

Esto no quiere decir que la postura democrática sea indiferente a los resultados: la misma descansa en la idea de que un aumento en la participación popular incrementa las posibilidades de construir una sociedad más justa. Su apuesta es que los procesos participativos conducirán más frecuentemente a resultados que beneficien a la sociedad entera que los dictados de principios parciales y abstractos, o las decisiones de instituciones y agencias de las élites. Debe entonces estar claro que la crítica democrática no está basada en un conflicto entre los derechos y la participación popular, sino en la institucionalización de regímenes jurídicos que, por encarnar ciertos principios y valores, se encuentran removidos de las prácticas democráticas. Si la democracia solo se trata de obtener los resultados *correctos*, y si estos resultados ya están integrados en el régimen constitucional y removidos del debate y discusión popular, los ideales de apertura democrática y participación popular respecto a las leyes fundamentales no significan nada. Por el contrario, una dinámica democrática insiste que todos los regímenes deben ser abiertos y fluidos y que esta apertura y fluidez se logra a través de procesos altamente participativos.

Mientras que la preocupación por "organizar instituciones políticas para prevenir que gobernantes malos o incompetentes hagan demasiado daño" es entendible en sociedades no-democráticas,[36] resulta condescendiente e impropia en culturas ostensiblemente democráticas. En general, los demócratas han fallado en sus esfuerzos de institucionalizar la creencia de que los gobernados no son solo competentes para elegir a los que los gobiernan, sino también para a tomar decisiones políticas por sí mismos, acerca de todo y no solo respecto a determinados temas. Si las leyes fundamentales no son el

35 Para un argumento contrario, ver Holmes, Stephen, *Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy*, (University of Chicago Press) 1995.

36 Popper, Karl, *The Open Society and Its Enemies, Volume One: The Spell of Plato*, (Routledge) 1965, p. 107.

resultado del ejercicio de la participación popular, entonces se podría hablar de leyes buenas y malas, pero no de democracia. En una democracia robusta, todo siempre *está disponible*, incluida la revisión y el reemplazo de los ordenamientos constitucionales. No es el caso de que *todo vale*, sino de que cualquier cosa puede ocurrir.[37] Con la democracia viene el riesgo, pero esa es a la vez la promesa y el peligro siempre presente en la gobernanza democrática.

Por supuesto, hay un papel para las constituciones, pero, en contraste con la opinión constitucional predominante, cualquier constitución debe ser sujeta a la autoridad constituyente, a la aprobación y reevaluación de la gente común. Cualquier restricción a la democracia solo se puede justificar en el nombre de la democracia, no por algún otro conjunto de valores y procesos supuestamente superiores. Existen razones a favor de un ajuste conceptual y práctico que ponga un constitucionalismo *débil* al servicio de una democracia *robusta*. Dentro de tal modelo, las leyes fundamentales permanecerían permanentemente abiertas a las transformaciones democráticas y a las intervenciones populares. No existe una constitución *buena* ni *completa*. El constitucionalismo débil tampoco es compatible con la noción de que, si bien las constituciones evolucionan, dicha evolución debe ocurrir a través de la interpretación judicial, como la mayoría de los constitucionalistas recomienda.[38] Solo una concepción de constitucionalismo acompañada por una democracia fuerte es consistente con un serio compromiso con el ideal democrático. Sin embargo, esta concepción rechaza la idea de que la democracia se agota en las actividades diarias de las legislaturas; incluye la deliberación y la toma de decisiones sobre el contenido mismo de la constitución. En contraste con los enfoques que tienden a *reforzar la representación*, así como a los que anteriormente identificamos como *más populistas*, defendemos la distinción entre la democracia al nivel de la gobernanza diaria y la democracia *a nivel de las leyes fundamentales*. Por su propia naturaleza, cada una de estas dimensiones requiere y permite niveles diferentes de involucramiento popular.

Una concepción del constitucionalismo más sensible a los ideales de la participación popular y la apertura democrática insistiría en que una constitución no debe ser el dominio de una élite de juristas y expertos. Debido a que

37 Ver Castoriadis, Cornelius, "The Greek Polis and the Creation of Democracy", en David Ames Curtis (ed.) *Castoriadis Reader*, (Blackwell) 2000. Ver además, Hutchinson, Allan C., *It's All in the Game: A Non-Foundationalist Account of Law and Adjudication*, (Duke University Press) 2000.

38 Ver Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., pp. 102-108. Ver también Waluchow, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, (Cambridge University Press) 2007.

se toma en serio la idea de la democracia a nivel de las leyes fundamentales, no ve en una ciudadanía activa una amenaza al bienestar de la sociedad, aun cuando su acciones podrían resultar en la destrucción de la constitución y la aparición de una nueva; la participación popular aparece como una fuerza deseable para hacer frente y remediar las injusticias existentes. Como tal, la idea de las constituciones como *pactos entre las élites*[39] es solo correcta en parte. Debido a que las constituciones son *pactos*, deben estar abiertas a la renegociación regular en tanto las circunstancias y las generaciones cambien. Sin embargo, esto definitivamente no puede ser logrado por *las élites*. En una sociedad democrática, una constitución es el premio de todos y, por lo tanto, debe ser propiedad de todos; la oportunidad a renegociar los términos y condiciones establecidas en la constitución es una condición *sine qua non* de una democracia robusta.

Entendido así, el constitucionalismo débil viene acompañado por la idea de que las transformaciones constitucionales importantes no deben ser el trabajo de instituciones ordinarias. Tales instituciones están diseñadas para operar al nivel de la gobernanza diaria, cuando episodios de participación popular no siempre son posibles por razones prácticas. El constitucionalismo débil no implica una constitución que, al igual a las leyes ordinarias, se puede cambiar fácilmente por mayorías democráticas, si el término *mayorías democráticas* se refiere simplemente a la mayoría de los funcionarios electos que actúan como legisladores. De hecho, el constitucionalismo débil requiere un grado de apertura que no es ni posible ni deseable en el contexto de una legislatura ordinaria. Si una legislatura, aunque sea entorpecida por especiales salvaguardias de procedimiento, posee el poder de enmendar o revisar la constitución sin la participación de los ciudadanos, el resultado es una pérdida de legitimidad democrática. Aun en el contexto de una legislatura no sujeta a los límites impuestos por una corte constitucional, la democracia requiere que la autoridad para determinar el contenido del texto constitucional recaiga en los ciudadanos comunes.

Asimismo, el constitucionalismo débil depende de un compromiso inquebrantable con una ciudadanía participativa y activa. El ciudadano es visto no simplemente como una persona con derechos que participa de vez en cuando en la política por medio de las elecciones de funcionarios, sino como alguien que juega un papel importante en la re-formulación de las normas que go-

39 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 7.

biernan al estado. En otras palabras, un ciudadano contribuye directamente a la legitimación democrática del régimen constitucional y sabe que, a pesar de todas las imperfecciones de tal orden, éste puede ser modificado. Los ciudadanos pueden sentirse así identificados con el régimen constitucional y pensar en él como suyo, no simplemente como la encarnación de la voluntad colectiva de un misterioso Pueblo.[40]

Sobre los constituyentes y el cambio

La antipatía constitucionalista hacia la participación popular es evidente en los enfoques prevalecientes sobre reformas constitucionales. El punto de vista generalizado es que el cambio constitucional debe ser infrecuente porque la estabilidad del orden jurídico es un valor fundamental que debe ser protegido. Sin embargo, la mayoría de los constitucionalistas concede que parte de la legitimidad de una constitución se basa en el hecho de que puede ser modificada. En consecuencia, y a manera de compromiso, las constituciones tienden a hacer el proceso de enmienda tan arduo que pocos proyectos de cambio son capaces de cumplir con sus estrictos requisitos.[41] Además, la prototípica constitución liberal raramente incluye mecanismos dirigidos a aumentar la participación popular durante momentos importantes de transformación o crisis constitucional. Se hace poca referencia, por ejemplo, a la elección de delegados que deliberan en asambleas extra-ordinarias cuyas propuestas tienen que ser ratificadas en referendos: la legitimidad democrática se considera satisfecha por la participación y la autoridad de representantes ordinarios.[42] El esfuerzo para regular y limitar efectúa un cierre permanente de lo político. Al hacer al poder político servil a los protocolos disciplinarios de la consti-

40 Para una idea general de la discusión sobre las formas en que una ciudadanía activa puede aumentar la virtud cívica y mejorar la calidad de la gobernanza democrática, ver Hagopian, Frances, "Latin American Citizenship and Democratic Theory", en Tulchin, Joseph S. y Meg Ruthenburg (eds.), *Citizenship in Latin America*, (Lynne Rienner) 2007. Ver además Walzer, Michael, "The Civil Society Argument", en Beiner, Ronald (ed.), *Theorizing Citizenship*, (State University of New York Press) 1995 y Putnam, Robert, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, (Princeton University Press) 1993.

41 Estos límites a la reforma constitucional van mucho más allá de proteger las libertades básicas; incluyen la estructura entera de las instituciones del gobierno. Las disposiciones de enmienda de la mayoría de constituciones modernas están dirigidas a garantizar la permanencia del orden constitucional. Ver por ejemplo el Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos y Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 99-103.

42 Ver Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, "The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe", en Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, (Princeton University Press) 1995, p. 277; y Elster, Jon, "Introduction", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, (Cambridge University Press) 1988, p. 3. Por supuesto, hay excepciones importantes. Por ejemplo, ver artículos 411, 441-442, 347-348 de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, respectivamente.

tución y el Estado de Derecho, no es razonable hablar de transformaciones constitucionales importantes excepto después de eventos catastróficos, como revoluciones o golpes de estado.[43] Y, aun después de estos eventos, se considera que "al hacer una constitución, las fuerzas revolucionarias cavan sus propias tumbas."[44]

Tomando el ejemplo de una sensibilidad Madisoniana, los constitucionalistas reconocen el potencial subversivo de la participación popular y es por eso que se oponen a ella. Para ellos, la participación popular es problemática por su propia naturaleza, pues implica compartir la toma de decisiones con ciudadanos comunes y promover iniciativas no elitistas.[45] Desde ese punto de vista, la *tiranía de la mayoría* aparece siempre como una amenaza mucho mayor que la tiranía ejecutiva, judicial o la tiranía de una minoría. A fin de apaciguar las amenazas de una democracia participativa, se le ofrece un lugar en la estructura constitucional siempre y cuando se asegure la estabilidad de la constitución. Los constitucionalistas tienden a preferir el gobierno representativo (que a su vez está sujeto a diferentes tipos de límites, uno de los más sobresalientes es la revisión judicial) precisamente porque puede funcionar como un baluarte contra la participación popular más turbulenta.

El hecho de que las instituciones y regímenes contemporáneos (que se consideran a sí mismos *democráticos*) no incorporen formas de organización política dirigidas a promover la participación popular, no es generalmente considerado una debilidad. Para los constitucionalistas, la configuración constitucional liberal (fuertemente influenciada por el constitucionalismo estadounidense) es precisamente el tipo de régimen que los demócratas deben defender: se ha llegado a la postura perversa en la cual la participación popular en el cambio constitucional no es considerada necesaria en una democracia. En el constitucionalismo liberal, la democracia se ve agotada en una constitución que establece el gobierno representativo, que protege derechos

43 Ver Carroza, Paolo, "Constitutionalism's Post-modern Opening", en Loughlin, Martin y Walker, Neil (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, (Oxford University Press) 2007.

44 Preuss, Ulrich, "Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution", en *Cardozo Law Review*, vol. 14, 1993, p. 641.

45 Ver Ake, Claude, "Dangerous Liaisons: The Interface of Globalization and Democracy", en Hadenius, Alex (ed.), *Democracy's Victory and Crisis*, (Cambridge University Press) 1997, p. 282; Wolin, Sheldon, "Fugitive Democracy", en Benhabib, Seyla (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, (Princeton University Press) 1996, p. 37 y Wood, Ellen Meiksins, "Democracy: An Idea of Ambiguous Ancestry", en Euben, J. Peter, Wallach, John R. y Ober, Josiah (eds.), *Athenian Political Thought and the Reconstruction of American Democracy*, (Cornell University Press) 1994, pp. 59-80.

básicos y que habilita a todos los ciudadanos para *participar* en el gobierno a través de la elección episódica de representantes o a través de las decisiones de sus funcionarios judiciales. Esta es una idea pobre, que provee poco espacio para el potencial emancipador de la participación popular y de la apertura democrática.

La combinación entre constitucionalismo débil y democracia robusta no ve el poder constituyente –entendido como el poder popular originario para crear y recrear constituciones–[46] como algo que tiene que ser amordazado y reprimido. En contraste con el constitucionalismo tradicional, el constitucionalismo débil acepta la idea de que hay una tensión permanente e insoluble entre la constitución y el poder político que busca regular y al que a la vez debe su existencia. En consecuencia, en vez de privilegiar la supremacía de una constitución que es difícil o poco menos que imposible de modificar, asume la constitución como una ley superior permanentemente susceptible de la reaparición del poder constituyente. Tomando tal postura, el constitucionalismo débil no busca resolver la antes mencionada tensión. Al contrario, reconoce que es una consecuencia inevitable de tener una constitución y, en efecto, la acentúa, dando a los ciudadanos los medios institucionales para actuar conjuntamente y reclamar la prioridad del poder popular sobre el texto constitucional, aunque solo ocurra ocasionalmente. Dicho de otro modo, el constitucionalismo débil permite una distinción viable y vibrante entre el gobierno democrático y la democracia al nivel de las leyes fundamentales.

Cuando un cambio constitucional importante es necesario, la democracia robusta recomienda que se realice a través de un ejercicio de participación popular lo más parecido posible al que se lleva a cabo cuando una constitución nueva es creada. Una asamblea constituyente, compuesta de delegados comisionados para deliberar sobre el futuro del régimen constitucional, es el método preferido a través del cual la elaboración democrática de las constituciones ha ocurrido tradicionalmente. Idealmente, una asamblea como tal es llamada en el contexto de un fuerte apoyo popular para el cambio constitucional, con

46 Las formulaciones más conocidas del poder constituyente se encuentran en las obras de Emmanuel Sieyes y Carl Schmitt. Sieyés, Emmanuel J., *What is the Third Estate?* (Praeger) 1963 y Schmitt, Carl, *Constitutional Theory* (Duke University Press) 2008. Para algunas discusiones contemporáneas de este concepto, ver Kalyvas, Andreas, "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power", en *Constellations*, vol. 12, 2005, pp. 223–244; *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Loughlin, Martin y Walker, Neil (eds.), (Oxford University Press) 2007; Colón-Ríos, Joel, "The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform", en *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 48, 2010, pp. 199-245.

la tarea específica de alterar el régimen vigente, organizada de una manera que maximiza la participación de todos los sectores de la sociedad, y no sujeta a límites sustantivos. Aunque normalmente las propuestas de una asamblea constituyente son ratificadas por el electorado antes de que cobren validez, la participación popular no debe ser limitada a un proceso en el cual expertos preparan el texto constitucional y luego lo someten a una votación de *sí* o *no* en una referendo; el proceso debe autorizar a los ciudadanos a proponer, debatir y, finalmente, decidir sobre el contenido de la constitución.

La asamblea constituyente evita las deficiencias más notables de las tres principales teorías constitucionales mencionadas anteriormente. Como un mecanismo para el ejercicio del poder popular, permite a la ciudadanía abordar el régimen constitucional como algo radicalmente abierto y susceptible a cualquier tipo de modificación. Como un organismo extraordinario, está basado en la distinción entre la legislatura ordinaria y el pueblo, entre los poderes constituidos y el poder constituyente. Finalmente, su naturaleza ocasional facilita la participación popular intensa en el cambio constitucional. Cuando es iniciada por los mismos ciudadanos (por ejemplo, a través de la recolección de firmas), una asamblea constituyente facilita la realización de los ideales de apertura democrática y participación popular. Por un lado, a diferencia de convenciones constitucionales convocadas exclusivamente por la legislatura, se reconoce a la ciudadanía como el protagonista de importantes transformaciones constitucionales de principio a fin. Por otro, una asamblea constituyente, como depositaria del poder constituyente, no tiene límites jurisdiccionales y puede hacer cualquier cambio en el régimen constitucional, no importa cuán fundamental. Puede incluso resultar en la (poco probable) abolición o modificación de los derechos que hacen posible la democracia y en la alteración de la propia fórmula de enmienda de la que proviene su convocatoria. Si eso sucede, la asamblea destruiría su propia legitimidad democrática junto a la del (nuevo) régimen constitucional.

Siempre hay un riesgo y no hay absolutamente ninguna garantía de que los ciudadanos comunes, así como los delegados a una asamblea constituyente, vayan a ser más o menos propensos a hacer las cosas *mal* (pueden cometer errores, al igual que los jueces, juristas o legisladores ordinarios). Sin embargo, la ciudadanía no podrá imprimir en sus decisiones la dudosa marca de la *verdad universal*. Solo podrán hablar a nombre de ellos mismos y no por las generaciones posteriores, quienes también poseerán el derecho a revisar la constitución. De hecho, los cálculos de Elkins, Ginsberg y Melton, en cuanto

a que la esperanza de vida media de las constituciones en las democracias es alrededor de 50 años, quizás sean una razón para preocuparse, pero no por las razones que ellos tienen en mente.[47] Es una vida un poco larga, no demasiado corta.

¿La excepción californiana?

Si la duración de las constituciones es vista como un valor político importante, no debe ser una sorpresa que, para la mayoría de los constitucionalistas, la Constitución de los Estados Unidos sea objeto de admiración. Permanece funcionando con fuerza a los 221 años de edad y sin un final a la vista; se presenta como el ejemplo modelo no solo de la duración constitucional, sino también de la virtud constitucional. Sus disposiciones equilibradas de especificidad, flexibilidad e inclusión; su enmienda ocasional; y su dependencia en la revisión judicial para poder conservar su relevancia moderna, probablemente han contribuido a su longevidad.[48] Sin embargo, la razón por la cual esa extensa esperanza de vida es equivalente a su excelencia no está clara. Para muchos, el hecho de que sea casi inmutable a enmiendas formales es prueba suficiente.[49] La estabilidad del orden constitucional no puede por sí misma ser razón para establecer su calidad. De hecho, desde una postura demócrata, el retorno a los modos de revitalización constitucional informales y de élite, especialmente a través del cambio político sub-constitucional (por ejemplo, prácticas del ejecutivo, convenciones legislativas, etc.) y la revisión judicial, ha exacerbado una situación precaria para la vitalidad del gobierno democrático.

La crisis económica y presupuestaria por la que hoy atraviesa el gobierno de los Estados Unidos ofrece una visión clara de los límites democráticos del enfoque constitucionalista. En la formulación y aplicación de una estrategia eficaz, el papel de la ciudadanía es extremamente distante y remoto. Aunque cada postura pretenda representar a *Main Street* y no solo a *Wall Street*, y hablar en nombre de *los americanos comunes*, la participación de los residentes

47 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 132.

48 Ibíd., p. 65.

49 Strauss, David, "The Irrelevance of Constitutional Amendments", en *Harvard Law Review*, vol. 114, 2001, pp. 1457-1505. Una excepción interesante a la falta de oportunidades para la participación popular en el cambio constitucional (a nivel estatal) es el Artículo 19(2) de la Constitución de Nueva York, el que dispone: "En la elección general que se llevará a cabo en el año mil novecientos cincuenta y siete, y cada veinte años después, y también en las ocasiones que la legislatura lo provea a través de una ley, la pregunta '¿Debe haber una convención para revisar la constitución y modificarla?' será presentada y votada por los electores del estado[...]"

de *Main Street* brilla por su ausencia. Aun si hay un gobierno *para* el pueblo (lo cual, por supuesto, está abierto al debate), no es *por* el pueblo. Además, las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno operan bajo la sombra de una compleja confrontación entre diversos intereses políticos; el Congreso es visto por muchos como totalmente disfuncional en su capacidad y disposición de responder de maneras no partidistas a cualquier tipo de crisis. Estos rasgos debilitantes del gobierno centralizado y burocrático también se encuentran a plena vista en el contexto de los esfuerzos para reformar el sistema de salud. En todos los frentes, las estructuras formales e informales del ordenamiento constitucional desaparecen en la acción, la intermediación del poder es el nombre del juego y la democracia se ha reducido a poco más que un ejercicio retórico.

La respuesta de los constitucionalistas bien podría ser que las oportunidades institucionales para un ejercicio democrático más participativo no ayudarían (e inclusive podrían empeorar) la habilidad del gobierno para actuar adecuadamente. Bien podrían llamar la atención a los problemas y tribulaciones del Estado de California. En posesión de una de las constituciones más largas del mundo, el Estado no solo está pasando por su propia crisis financiera, sino que también ha enfrentado propuestas para una convención constitucional en la cual una nueva constitución sería debatida y elaborada.[50] Algunos alegan que ha sido precisamente su estructura constitucional (caracterizada por su apertura democrática) la que ha empeorado o incluso precipitado este lamentable estado de cosas. Junto al proceso participativo para la reforma presupuestaria y fiscal, el villano de la obra es la democracia directa. En los últimos 100 años, se han adoptado cientos de enmiendas constitucionales a través de la iniciativa popular y el referendo. Los críticos constitucionalistas argumentan que, mientras la participación democrática es algo bueno, demasiada participación con demasiada frecuencia puede ser algo malo: la democracia tiene su lugar, pero este lugar debe ser adecuadamente limitado y balanceado con otros valores y procesos importantes.[51] Para los constitucionalistas, California se equivocó al balancear estos valores.

50 *Repair California*, el grupo que propuso la iniciativa popular para llamar a una nueva convención constitucional, recientemente anunció la necesidad de interrumpir su campaña por falta de fondos. No es ninguna sorpresa que estas iniciativas, tanto como la propia idea de una convención constitucional, hayan sido miradas con sospecha por la concepción tradicional del constitucionalismo. Ver, por ejemplo, la editorial de *The New York Times* sobre la posibilidad de llamar a una convención constitucional en ese Estado. The New York Convention Con, Editorial, *The New York Times* (10 de agosto de 2010).

51 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 38.

Cuando se les mira desde los estándares del equilibrio fiscal y la eficiencia burocrática, ni al modelo de gobernanza constitucionalista de los EE.UU. ni a la estructura democrática de la gobernanza de California parecen irles bien. Claro está, si esos fueran los únicos criterios de un gobierno exitoso, importaría poco si se tratara de un régimen constitucional monárquico, autoritario, populista o de cualquier otro tipo; todo lo que contaría sería la habilidad del gobierno para responder de modo correcto a las preocupaciones presupuestarias. Esto implica que existe un *modo correcto* de lograr el equilibrio fiscal, cuando en realidad existen enfoques diferentes y divergentes –el presupuesto equilibrado, la justicia social, y la responsabilidad democrática, etc.– a los desafíos de la política de las finanzas públicas. El mejor camino a seguir no es solo un cálculo técnico, sino uno que toque algunos de los asuntos fundamentales en la agenda ideológica; no hay una postura neutral ni una posición no-partidista con la cual se puede actuar o evaluar.[52] Siendo este el caso, no hay ninguna razón por la cual esas decisiones deban ser removidas de la arena política de la participación popular y dejadas en las manos de la élite política y sus ejércitos de técnicos y *expertos*. Como en tantas otras áreas de responsabilidad del gobierno, no hay "una ley superior" ni "un conjunto de principios inviolables...a los cuales las leyes y la actividad futura del gobierno debe conformarse [y que] hacen posible el gobierno".[53] Aun si las hubiera, no resulta obvio por qué no deberían de todos modos estar abiertas a la transformación habitual y democrática.

Por supuesto, no hay mandato, ni democrático ni de otro tipo, para que todas las decisiones del gobierno deban estar sujetas a la participación directa de los ciudadanos. Sin embargo, tampoco hay razón para que las ocasiones para tal participación no deban ser aumentadas y fortalecidas. El garantizar un proceso regular de participación democrática podría resultar no solo en una ciudadanía más hábil y preparada para resolver problemas políticos, sino también en una ciudadanía capaz de tomar responsabilidad por los problemas de la comunidad y sus soluciones. En una democracia robusta, la constitución facilitaría y ampliaría la participación permitiendo que los asuntos más fundamentales e importantes de la política gubernamental, incluyendo

52 Para una crítica del esfuerzo filosófico dirigido a identificar y priorizar determinados valores duraderos o transcendentes, ver Hutchinson, Allan C., op. cit., nota 23, pp. 11-15 y 129-35. También, para una introducción del debate sobre los estándares adecuados por la responsabilidad fiscal, consultar Philipps, Lisa y Miranda Stewart, "Fiscal Transparency: Global Norms, Domestic Laws, and the Politics of Budgets", en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, 2009, pp. 797-860.

53 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, op. cit., p. 38.

los mismos procesos e instituciones de la participación democrática, sean sometidos a la ciudadanía regularmente para su posible reformulación y resolución. A diferencia de los constitucionalistas, los demócratas confían más en los puntos de vistas del pueblo que en los de una élite profesional (aun si esta élite viene vestida de los adornos dudosos de la legitimidad representativa) sobre lo que es mejor para el pueblo. La democracia debe ser la norma en el gobierno constitucional, no la excepción.

Consecuentemente, y en contraste con el probable desprecio constitucionalista a los acontecimientos recientes de California, sostenemos que los esfuerzos democráticos trabajados allí ofrecen una mejor (o por lo menos igual) oportunidad que cualquier otro mecanismo para enfrentar los dilemas contemporáneos de la gobernanza política. Por supuesto, no hay ninguna garantía para que los californianos (al igual que cualquier otro grupo de personas) vayan a hacer las cosas *bien;* la presente lucha sobre *el matrimonio gay* es amplia evidencia de ello.[54] Sin embargo, la ciudadanía de California no está pretendiendo hablar en el nombre de *principios inviolables* ni de *preceptos perdurables*. Están simplemente expresando *sus* puntos de vista en cierto momento de la historia social que, por su propia naturaleza, pueden cambiar en el orden normal del debate constitucional y político. Por esta razón, la reciente propuesta Californiana para la primera convención constitucional en más de un siglo, cuyos miembros serían ciudadanos comunes seleccionados al azar en un proceso similar al de la selección de jurados, debería haber sido recibida con un gran entusiasmo democrático. El que no hubiese asemejado una asamblea Madisoniana de "semi-dioses"[55] (como ocurrió en Philadelphia en 1787, cuando la constitución Americana que aún sobrevive fue trazada y redactada) no debería ser considerado como un defecto. El que la gente común tenga el poder de tomar decisiones fundamentales no debería ser visto no como un síntoma de

54 La *Proposition 8* fue aprobada por los votantes de California en noviembre de 2008, lo cual resultó en una enmienda a la Constitución de California dirigida a eliminar el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo reconocido por la Corte Suprema de California en In Re Marriage Cases, 183 P.3d 384 (Cal. 2008). La constitucionalidad de la *Proposition 8* fue impugnada en las cortes de California. Uno de los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la misma era que constituyó una revisión, no una mera enmienda, a la Constitución del estado. Como tal, no podía ser adoptada a través del mecanismo de iniciativa/referéndum porque las revisiones solo pueden ser propuestas por una mayoría de 2/3 de la legislatura o por una convención constitucional; ver Artículo 18 de la Constitución de California. La Corte Suprema de California confirmó la constitucionalidad de la enmienda, aunque limitó su efecto con respecto a las parejas del mismo sexo casadas antes de que la enmienda fuese adoptada. Strauss v. Horton, 46 Cal.4th 364 (2009). Actualmente, la constitucionalidad del *Proposition 8* está bajo la consideración de las cortes federales. Perry v. Schwarzenegger.

55 Jefferson, Thomas, *Memoirs, Correspondence and Private Papers of Thomas Jefferson*, Vol. 1., Randolph, (ed.), (Henry Colburn and Richard Bentley) 1829.

un sistema en crisis que necesita intervención constitucional, sino como una señal alentadora de la rudimentaria salud de la democracia.

La adopción más generalizada de instituciones populares, como *la asamblea constituyente* de California, significaría una ruptura profunda con la tradición del siglo dieciocho, que todavía tiene influencia sobre la teoría constitucional y a la que Jefferson criticó vigorosamente, que mira "a las constituciones con sagrada reverencia y las consideran la clave de un pacto, demasiado sacras como para ser tocadas".[56] Estimular a los ciudadanos a convertirse en creadores de constituciones sería una señal de un verdadero cambio constitucional y podría corregir injusticias pre-existentes y actuales. Desde una perspectiva democrática, el mérito de una constitución se encuentra no tanto en su longevidad y su empuje hacia la estabilidad, sino en su capacidad para promover la participación democrática y la transformación constitucional. No solo es cuestión de si la gente puede participar en las decisiones constitucionales, sino también la facilidad, la frecuencia, y cuán activamente puede hacerlo; tiene que haber mecanismos y procesos adecuados para aprovechar al máximo estas oportunidades. Cuando se trata de las constituciones en las democracias, podría decirse que *solo las buenas mueren jóvenes*.

Conclusión

La resolución más favorecida del debate entre el constitucionalismo y la democracia consiste en tratar al constitucionalismo como el recipiente del *telos* democrático. Según esa concepción, el debate académico ha tendido a enfocarse estrechamente en el rol y legitimad de la revisión judicial.[57] No obstante, esto ha servido solo para reforzar el estatus de segunda clase de la participación popular. En contraste, hemos argumentado que es más constructivo pensar en las maneras en las cuales los ciudadanos pueden democratizar el régimen constitucional. En ese sentido, la adopción o rechazo de la revisión judicial no es un problema siempre y cuando, como cualquier otra institución y principio, sea vista como algo experimental y se encuentre abierta a la reconsideración democrática. Al ir más allá de las preguntas sobre la legitimidad de la revisión judicial, se hace posible pensar en la relación entre el constitucio-

56 Jefferson, Thomas, op. cit., nota 1, pp. 558-559.

57 Para un intento de ir mas allá de la dicotomía entre supremacía judicial y supremacía parlamentaria, y de enfatizar la participación popular en la toma de decisiones constitucionales, ver Hutchinson, Allan C., "A 'Hard Core' Case Against Judicial Review", En *Harvard Law Review Forum*, vol. 121, 2008, pp. 57-64.

nalismo y la democracia de una forma nueva y más emancipadora.

En particular, esta concepción nos obliga a mirar directamente hacia la relación entre los ciudadanos y las constituciones, y a considerar los medios de realizar la democracia al nivel de las leyes fundamentales; esto es mucho más preferible que obsesionarse sobre quién debe tener la última palabra sobre el significado de una disposición constitucional. Este cambio de enfoque, por supuesto, elevaría las apuestas políticas exponencialmente. Y eso no es malo. En vez de simplemente determinar cuál de dos instituciones más o menos no representativas (por ejemplo, la judicatura o la legislatura) debe disfrutar de más poder, teóricos y políticos estarían obligados a enfrentarse con los ciudadanos comunes en un encuentro democrático real. Este es un debate y un encuentro que vale la pena. No solo los Estados Unidos, sino el resto del mundo está todavía buscando sus Jeffersons modernos para desacralizar los pactos constitucionales y revitalizar las fuentes de la participación popular.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

Miriam Lorena Henríquez Viñas [1]

El presente trabajo analiza, desde la disciplina de las Fuentes del Derecho, la procedencia y alcance del control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno. Para ello se aborda la distinta naturaleza de las normas sobre la reforma, como normas formales, y la norma de reforma, como norma sustancial, y su relación desde la perspectiva de la validez.

1. Introducción

El tema de la *reforma constitucional* está asociado hoy a la constitución normativa, suprema y rígida. La regulación de la reforma de la constitución es una garantía jurídica extraordinaria de la supremacía constitucional –la garantía ordinaria será el control de constitucionalidad de las normas– y un instrumento de estabilidad y adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. Bajo este prisma, la temática propuesta adquiere una destacada relevancia para la teoría y práctica constitucionales y la disciplina de las fuentes del Derecho.

A pesar de la importancia apuntada, la doctrina de nuestro medio escasamente ha desarrollado este asunto, centrando su atención –aparte más de las cuestiones básicas o generales– solo en: a) la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, o entre poder constituyente y poder

1 Abogado, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Fuentes del Derecho, LLM Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional de las Universidades Alberto Hurtado, Andrés Bello y De Las Américas. Email: miriamhenriquez@yahoo.es

de reforma; b) los límites al poder de reforma, planteándose si los hay y sus tipos; c) el procedimiento de reforma constitucional; y d) el control de constitucionalidad de la reforma por el Tribunal Constitucional y los vicios que pueden ser objeto de ese control, diferenciándose por un lado los autores que sostienen el control de los aspectos procedimentales y materiales (expresos o implícitos), y, por otro, los que sostienen que solo procede el control respecto de los aspectos procedimentales.

En la doctrina comparada sobre la materia puede observarse que las cuestiones discutidas actualmente son heterogéneas y distintas a las previamente apuntadas incluyendo: a) el órgano que debe realizar la reforma constitucional; b) el órgano que debe controlar la reforma, en aquellos sistemas en que no se hubiera previsto expresamente; c) la conveniencia de instaurar un único procedimiento de reforma o diferenciarlos según las materias que pretendan modificarse, esto es, dilucidar si dentro de la constitución todas las normas son iguales o si hay normas que deben tener una especial protección frente a la reforma; d) el grado de rigidez que debe tener una constitución; e) la participación popular en el procedimiento de reforma, ya sea en lo relativo al referéndum o la iniciativa popular; f) la posibilidad de reformar las normas que regulan la reforma y de la revisión total de la constitución, entre otras[2]. Incluso la doctrina se ha llegado a cuestionar: ¿qué función cumple la reforma dentro del sistema constitucional? ¿Qué sentido tiene la institución? ¿En qué medida es el único procedimiento de adecuación del texto a la realidad, o es simplemente uno más y ni siquiera el más importante? ¿Hasta qué punto es compatible la existencia de otros procedimientos de desarrollo de la constitución con la reforma? Y, en el caso de que se admita esto último, ¿qué relaciones existen entre esta y aquellos?[3]

Sin perjuicio del interesante grupo de temas planteados, mi intención para este trabajo es acotar el análisis del asunto desde la disciplina de las Fuentes del Derecho, de forma de –a partir de determinar la *naturaleza de la norma de reforma*– establecer la procedencia de un eventual control de constitucionalidad de la reforma y las características que éste pudiere tener. Para ello seguiré el siguiente plan de análisis: a) primero, distinguiré entre la naturaleza de las normas sobre la reforma, como normas formales, y la norma de reforma, como norma sustancial; b) luego, intentaré establecer la naturaleza jurídica

2 Ver Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, (Porrúa) 2008, p. 232.

3 Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del Derecho*, (Tecnos) 2007, p. 106.

y tipo normativo de la norma de reforma; y c) finalmente, identificaré la relación entre la naturaleza de la norma de reforma y la procedencia de su control de constitucionalidad.

2. Naturaleza de las normas sobre la reforma y de la norma de reforma

Considerando la función de las normas, puede distinguirse al menos dos tipos: a) las normas sustantivas o de contenido, a través de las cuales tienen lugar las distintas manifestaciones del Derecho, y b) las normas formales, que regulan la forma en la que las normas sustantivas tienen que producirse, señalándoles el ámbito competencial y el procedimiento al que deben ajustarse para surgir válidamente[4]. El estudio de la *reforma constitucional*, desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho, implica distinguir entre las *normas sobre producción de la reforma,* en adelante, *normas sobre la reforma;* y las reformas concretas, en adelante, *norma de reforma*. Es decir, las primeras dicen relación con la producción y las segundas son las normas concretas realizadas conforme a las anteriores[5].

2.1. Naturaleza de las normas sobre la reforma

Las normas sobre la reforma son normas sobre producción o formales que van a determinar, en el caso de la reforma constitucional, el objeto y el procedimiento para la dictación de la norma de reforma. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de las normas sobre producción. Como es sabido, la escuela kelseniana basa la relación entre las normas sobre producción y las normas sustanciales en la jerarquía, esto es –según enseña Merkl–, las normas superiores son siempre formales respecto de las inferiores, en cuanto son un presupuesto procedimental para estas últimas. Sin embargo, también es conocido que los sistemas de normas plurales o complejos no están estructurados solo en base al criterio jerárquico. En los ordenamientos complejos, en los que existe una pluralidad de fuentes, una norma puede tener condicionada su validez no solo por una fuente (norma) jerárquicamente superior sino también por una fuente del mismo rango jerárquico[6], entrando así en escena otros principios estructuradores del sistema, como el principio de competencia.

4 Es menester aclarar que las categorías propuestas para distinguir los tipos de normas no son pacíficas en la doctrina. Así, por ejemplo, a las normas que denomino formales se las reconoce ya como normas secundarias (Hart), reglas que confieren poderes, reglas constitutivas o normas sobre la producción jurídica (Kelsen).

5 De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho,* (Trotta) 2003, p. 29.

6 Balaguer Callejón, Francisco, *Constitución y ordenamiento jurídico. I. Principios del ordenamiento constitucional,* (Tecnos) 1991, p. 103.

En tal sentido, las normas sobre la reforma son normas de competencia, por cuanto fijan el ámbito posible de la reforma y el procedimiento para reformar la Constitución[7]. La principal consecuencia de esta afirmación es que la norma de reforma que sea promulgada, por ejemplo, por un órgano distinto o por un procedimiento diferente de aquél fijado por la norma sobre la reforma, será inválida.

Así las normas sobre la reforma, previstas en la Constitución Política de la República (CPR) en el Capítulo XV, fijan, por un lado, el ámbito posible de la reforma y, por otro, su procedimiento. Por "el objeto de la reforma" nos referimos a los órganos a quienes está atribuida la competencia de reformar la Constitución y a los límites –si es que estuvieran previstos– que surgen de la propia naturaleza del orden constitucional.

Así, si se analiza el *ámbito posible de la reforma* y se busca establecer quién es el *sujeto* con competencia para realizarla, surge necesariamente como respuesta el poder de revisión o poder de reforma. De conformidad con la Constitución, el poder de reforma está encarnado en el Presidente de la República, el Congreso Nacional y en ciertos casos –de referéndum constitucional– en el propio electorado[8].

Por su parte, en lo relativo a los *límites* de la reforma, la CPR ha previsto solo límites en cuanto al sujeto y al procedimiento (procesales), esto es, un procedimiento distinto de aquel establecido para la modificación de la legislación ordinaria, renunciando a establecer de manera expresa límites a la reforma en términos semejantes a los plasmados en otras constituciones, como la alemana, italiana, griega y portuguesa, entre otras, que han previsto cláusulas de intangibilidad relativas, por ejemplo, a la forma de Estado o del gobierno.

---

7 Moreso afirma que estas disposiciones han sido, en varias ocasiones, calificadas de normas de competencia por autores como Guastini, Nino y Ross. Moreso, José, "Disposiciones de reforma constitucional", En *Doxa*, 10, 1991, p. 202.

8 El artículo 127 de la Constitución otorga iniciativa de reforma constitucional al Presidente de la República (mensaje) y a los miembros del Congreso Nacional (moción). Luego, en la discusión y en la aprobación de la reforma, participan fundamentalmente ambas ramas del Congreso Nacional y ,en la fase final, es decir, en la sanción, promulgación y publicación, interviene el Presidente de la República (artículo 128). Los supuestos de participación ciudadana son dos: el primero, para el caso de que el Presidente de la República rechazare totalmente el proyecto aprobado por las Cámaras y estas insistieran en su totalidad por los 2/3 de los miembros en ejercicio de cada Cámara; el segundo, para el supuesto en que el Presidente de la República observare parcialmente el proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y estas insistieran por los 2/3 de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobadas por ellas (artículo 128). En ambos casos, el Presidente de la República tiene la opción de promulgar el proyecto de reforma por la insistencia de las Cámaras o consultar a la ciudadanía en un plebiscito o, más propiamente, un referéndum constitucional.

Si bien el asunto de los límites –ampliamente debatido en la doctrina– no es el objeto de este trabajo, corresponde señalar que parece discutible y problemático reconocer la existencia de límites implícitos a la reforma de la Constitución, puesto que estos serían los queridos por el intérprete: "Y éste no puede querer ahí donde el constituyente, expresamente, no ha querido."[9]. De la lectura del propio articulado del Capítulo XV, es posible colegir que la Constitución permite incluso la modificación, sin reserva o excepción alguna, de aquellos capítulos –en los que la posición contraria ha reconocido se encontrarían los límites implícitos– que versan sobre las bases de la institucionalidad (I) y los derechos y deberes constitucionales (III), incluso admitiendo la reforma del propio capítulo dedicado a la reforma (XV)[10], exigiendo para ello solo un quórum más agravado que para el resto de las materias: esto es, 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio.

A pesar de lo dicho, parte de la doctrina afirma la existencia de límites materiales explícitos, tales como los que se derivarían de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo –los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes– sobre la irreversibilidad de los derechos fundamentales[11]. Asimismo, ciertos autores reconocen la existencia de límites materiales implícitos, tales como el carácter republicano y democrático de gobierno, el Estado Constitucional de Derecho[12] e incluso el Derecho Internacional. Sin embargo, a mi juicio, la Constitución no ha fijado límites materiales de ningún tipo, ni explícitos ni implícitos.

En relación con el procedimiento de la reforma[13], dado que la Constitución es rígida, este es distinto de aquel previsto para la modificación de la legislación ordinaria. La diferencia con la tramitación de una ley ordinaria está fundada en los más altos quórum exigidos para su aprobación y la posibilidad –en caso de desacuerdo entre la aprobación del proyecto de

9 Requejo Pagés, Juan Luis, "El Poder Constituyente constituido. La limitación del soberano", en *Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1, 1998, p. 363.

10 Ampliamente se ha discutido en la doctrina si el Poder Constituyente constituido puede auto-reformarse. Célebres son las posiciones de Merkl y Ross sobre la materia, postulando su imposibilidad. Tales posiciones pueden consultarse en Moreso, Juan, *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, (Fontamara) 2002, p. 43 y ss.

11 Nogueira, Humberto, "Los límites al Poder Constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, 2, 2006, pp. 444-445.

12 Ibíd., p. 445 y Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, X, (Editorial Jurídica de Chile) 2004, p. 264.

13 Para una completa tipología de la rigidez constitucional, ver Laporta, Francisco, *El imperio de la ley, una visión actual*, (Trotta) 2007, pp. 224-227.

reforma por las Cámaras del Congreso Nacional y el Presidente de la República– de convocar a referéndum constitucional[14]. Respecto de las mayorías exigidas para la aprobación de una reforma, es menester destacar que la Constitución distingue entre materias constitucionales, atribuyendo la exigencia de mayor quórum cuando se trate de los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV. Esto ha llevado a sostener en la doctrina nacional que, dentro de la Constitución, existen normas de distinto nivel jerárquico, lo que resulta inaceptable desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho. La distinción según las materias reformables y el mayor quórum exigido para la revisión de algunas, no puede explicarse en base al criterio jerárquico por cuanto se trata de la misma norma –la Constitución– y el mismo órgano productor de la norma; es nuevamente el principio de competencia el que permite estructurar la relación entre las normas constitucionales. Para un mejor entendimiento, corresponde señalar que el criterio jerárquico requiere la capacidad de una norma para derogar otra sin que esta pueda a su vez derogarla, que el ámbito material de ambas normas sea el mismo y que los órganos de los que emanan las normas sean distintos. Claramente, ninguno de estos requisitos se cumple en la distinción que hace la Constitución de las distintas materias constitucionales y el procedimiento a cumplir para su reforma, esto porque, esencialmente, el ámbito material referido en el Capítulo XV es distinto y porque emanan del mismo órgano con capacidad normativa, el poder constituyente. Por otro lado, no debe confundirse mayor jerarquía con mayor rigidez. La jerarquía busca dar preeminencia a una norma sobre otra y con ello dar certeza y orden a las Fuentes del Derecho. La mayor rigidez, que se logra agravando el procedimiento para la dictación de una norma, busca la estabilidad de aquella preeminencia y de esta certeza.

Una vez dilucidada la naturaleza de la norma sobre la reforma, corresponde establecer la naturaleza jurídica de la norma de reforma. La relación entre ambos tipos de normas estará marcada por la validez, esto es: la norma de reforma solo será válida en la medida en que en su producción se haya ajustado a lo dispuesto por las normas sobre la reforma. Sobre esto versará el control de constitucionalidad.

14 De conformidad con el artículo 127 de la Constitución, la forma de tramitación del proyecto de reforma constitucional deberá seguir, en lo no previsto por el Capítulo XV, las normas aplicables sobre la formación de la ley, salvo en lo relativo a los quórum que especifica el mismo artículo en su inciso segundo. Luego, la convocatoria a plebiscito, las formalidades del decreto, los plazos y la intervención del Tribunal Calificador de Elecciones, están mencionados en el artículo 129 de la Constitución.

2.2. Naturaleza de la norma de reforma constitucional

Para dilucidar la naturaleza de la norma de reforma –la norma sustancial–, corresponde comenzar preguntándose: ¿la norma de reforma es una ley o es constitución? La respuesta que adelanto es que se trata de "constitución". Si se supone lo contrario, es decir, que es una ley, las consecuencias que se derivarían de dicha afirmación son: a) que, por tratarse de una norma infraconstitucional, procedería ampliamente el control de constitucionalidad, previo y represivo, por vicios de fondo y forma; b) las normas incorporadas a la constitución en virtud de una reforma tendrían menor jerarquía que las normas de la constitución original.

En los sistemas en que las constituciones hacen referencia a "leyes de revisión"[15] o "leyes constitucionales", existe cierto fundamento para considerar a la norma de reforma como una ley. Es conocido que Carl Schmitt distinguió, en su obra *Teoría de la constitución*, entre "constitución" y "ley constitucional". Para Schmitt, la constitución en su sentido positivo es un acto del poder constituyente que puede consistir en una pluralidad de decisiones fundamentales, como, por ejemplo, la forma republicana del Estado, la forma democrática y federal del Estado, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes. Schmitt sostuvo que tales decisiones fundamentales –la constitución– no son reformables por los poderes constituidos, pero sí pueden serlo las leyes constitucionales. Un cambio que afecte a la constitución como un todo, es decir, que afecte a los principios constitucionales fundamentales, no puede concebirse como mera reforma[16].

Por otro lado, autores como Pérez Royo sostienen que la naturaleza de norma de reforma es una ley, separando de esta forma claramente el ejercicio del poder constituyente del poder constituido, es decir, el poder reformador. A su vez, estiman que la constitución es superior jerárquicamente a las leyes de reforma[17]. En sus palabras, "La Constitución, sin embargo,

15 La Constitución italiana, en su artículo 138, dispone expresamente sobre las leyes de revisión, de la forma que sigue: "Revisión de la Constitución. Leyes Constitucionales. Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación. Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de la Cámara o 500.000 (quinientos mil) electores o 5 (cinco) Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no se promulgara si no fuere aprobada por la mayoría de los votos validos. No habrá lugar a referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes."

16 Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza) 1982, pp. 23-31.

17 Pérez Royo funda su afirmación en el hecho que la constitución prescribe el procedimiento a través del

ocupa una posición jurídica superior a la de las Leyes de Reforma."[18] Sin embargo, cabe aclarar que Pérez Royo realiza este razonamiento –esto es, que la norma de reforma es una ley y, por tanto, inferior a la constitución– respecto de la reforma que aún no entra en vigencia, toda vez que luego –a juicio del autor–, una vez que la ley de reforma se aprobó, sancionó y publicó, esta se incorpora al texto constitucional y se convierte en constitución a todos los efectos. Expresa el referido autor: "Las leyes de Reforma o de Revisión aprobadas por estos procedimientos pasan a convertirse en Constitución a todos los efectos y a ocupar, en consecuencia, el lugar correspondiente en el ordenamiento jurídico."[19]

En idéntico sentido, en nuestro medio, Nogueira Alcalá distingue entre Constitución formal y leyes de reforma constitucional, asimismo atribuye mayor jerarquía a la Constitución. El referido autor señala: "Junto con la Constitución Política de la República como fuente formal del Derecho Constitucional, se encuentran las leyes de reforma de la Constitución, que requieren de la puesta en acción del poder constituyente derivado o instituido [...] Las leyes de reforma de la Constitución una vez que pasan por las etapas de aprobación, sanción, promulgación, se incorporan al texto constitucional y son Constitución para todos los efectos." Luego agrega:

> Sin embargo, la reforma de la Constitución ocupa una posición jurídica inferior a la Constitución establecida por el constituyente originario, en la medida que hay límites materiales que emanan de la naturaleza humana, que constituyen el límite a la soberanía (artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental), y la concepción republicana democrática además de los límites formales, ya que la Carta Fundamental determina el procedimiento a través del cual se realiza el proceso de revisión constitucional, fuera del cual la reforma es nula (vicio de inconstitucionalidad de forma), el cual lo controla el Tribunal Constitucional [...]

cual tienen que ser aprobadas las leyes de reforma, siendo por lo tanto la constitución superior desde un punto de vista lógico, ya que fija los criterios en base a los cuales las leyes de reforma pueden incorporarse válidamente al ordenamiento jurídico, y desde un punto de vista normativo, ya que una ley de reforma aprobada con violación del procedimiento previsto en la constitución sería nula y susceptible de control por el Tribunal Constitucional. Pérez Royo, Javier, op.cit., pp. 41-42.

18 Ibíd., p. 42.

19 Ibíd., p. 47.

Finalmente, cabe destacar del autor la siguiente opinión: "Es tarea fundamental y de gran trascendencia del Tribunal Constitucional, impedir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales [...]"[20]

También en nuestro medio, Silva Cimma asimiló la norma de reforma con la ley. En 1977, a propósito del fallo del Tribunal Constitucional sobre "áreas de la economía", señaló: "En el ámbito del derecho comparado vigente, dicho poder se expresa, normalmente, a través de costumbres constitucionales, de leyes ordinarias o de leyes de rango superior llamadas fundamentales o constitucionales. La circunstancia de que estas últimas presenten aspectos jurídicos singulares, no muda o altera su carácter genérico de leyes"[21]. Citó en apoyo de su tesis a autores como Evans de la Cuadra y Silva Bascuñan, quienes consideraban que la reforma a la Constitución se hacía mediante una ley con procedimientos especiales[22]. Silva Bascuñan, citado por Silva Cimma, defendía la competencia del Tribunal Constitucional señalando que, si el artículo 78 de la Constitución de 1925 se refiere a las leyes sin otra denominación o distinción, deberá considerarse en principio que el mandato alude tanto a las leyes ordinarias como a las fundamentales o constitucionales[23].

Por mi parte, estimo que la norma de reforma tiene naturaleza constitucional y no legal. Las diferencias entre ambas normas, para estos efectos, se centran en que: a) la norma de reforma tiene un ámbito competencial y funciones distintas que la ley; b) tienen un distinto origen; y c) poseen una fuerza pasiva y activa diferente[24].

Con relación al primer aspecto –la norma de reforma tiene un ámbito competencial y función distintos que la ley–, corresponde decir que a la norma de reforma le está reservada la modificación de las disposiciones constitucionales de forma *expresa*[25]. Su principal función es servir como instrumento de

20 Nogueira, Humberto, *Dogmática Constitucional*, (Editorial Universidad de Talca) 1997, pp. 26 y 27.

21 Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, (Editorial Jurídica Venezolana) 1977, p. 174.

22 Ibíd., p. 175.

23 Ibíd., p. 177.

24 De Cabo Martín, Carlos, op.cit., pp. 63 y 64.

25 Blanco Valdés señala que: "La garantía que para cualquier Constitución supone la exigencia de una modificación expresa, sea o no sea además rígida, puede resultar, prácticamente, inoperante de no afirmarse también que toda reforma implícita –la que se produce de facto, sin una manifestación expresa de la voluntad parlamentaria de cambiar la Constitución, y al margen, por lo tanto, de cualquier procedimiento de reforma– es inconstitucional. La inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución, leyes que la cambian siempre implícitamente, con independencia de que sea ésa la intención expresa de quienes la aprueban, es así el corolario lógico –en buena lógica jurídica– de la afirmación de la superioridad de la

adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y como institución básica de garantía de la Constitución[26].

Respecto al segundo punto –la norma de reforma y la ley tienen un origen distinto–, corresponde señalar que en la norma de reforma está involucrado el poder de reforma o de revisión. Este poder difiere del Poder Constituyente[27]; en oposición a aquél, es un poder jurídico, limitado y condicionado por la Constitución. Si bien, tanto el poder legislativo como el poder de revisión son poderes constituidos, el poder de revisión destaca sobre los otros poderes, toda vez que en su origen se encuentra la voluntad del pueblo, indirectamente representado por los órganos constituidos representativos o directamente por la vía del plebiscito o referéndum constitucional[28].

En cuanto al tercer criterio de diferencia, corresponde señalar que la norma de reforma, como norma constitucional, tiene fuerza activa y pasiva respecto de la ley. La ley, cualquiera sea su tipo, no puede modificar o derogar la norma de reforma; en ello radica la rigidez y supremacía de la Constitución. Sin embargo, la norma de reforma sí tiene la virtualidad para derogar o invalidar la ley, ya sea que se trate de una ley anterior materialmente incompatible con ella o para invalidar y derogar la ley nueva que la contradiga, ya sea en la forma o en el contenido.

La CPR no concibe a la norma de reforma de la Constitución como una ley. Esto se deduce por cuanto no la contempla entre los distintos tipos de ley previstos en el artículo 66 de la Constitución y tampoco señala que es una materia de ley en el artículo 63. La Constitución tampoco se refiere a ella como

---

Constitución sobre la ley y de su manifestación fundamental, que no es otra que la exigencia de un procedimiento expreso de reforma". Blanco Valdés, Roberto, "La reforma de la Constitución: La exigencia de la modificación expresa", en *La Constitución de 1978*, (Alianza) 2003, pp. 320-321.

26 De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, (Tecnos) 2007, p. 67.

27 Se ha intentado denodadamente en la doctrina encontrar el origen preciso de la distinción entre Poder Constituyente y Poder de Reforma como un poder constituido. Lo que se ha establecido es que dicho origen debe buscarse, como dice De Vega, a partir de la confluencia histórica de los esquemas representativos y el principio democrático de la soberanía popular. Fue en los procesos revolucionarios norteamericano y francés en el que se dieron las condiciones políticas y sociales antedichas que permitieron el surgimiento de tal distinción. De Vega, Pedro, op. cit., p. 25.

28 Miguel Carbonell enfatiza que, si se acepta que el poder reformador es un poder distinto al resto de los poderes constituidos, conviene que esa diferencia se proyecte, cuando menos, en la distinta integración o funcionamiento de uno y otros. Es decir que ningún poder constituido puede identificarse, en cuanto "órgano", con el poder revisor de la Constitución. Carbonell, Miguel, "Sobre la Reforma Constitucional y sus funciones", en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, (Porrúa) 2008, pp. 385-386.

"proyecto de ley" susceptible de ser controlado en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, sino que expresamente dispone sobre proyectos de "reforma constitucional". Así, según el artículo 93 N° 3, son atribuciones del Tribunal Constitucional: *"Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso."* Por otra parte, el Capítulo XV de la Constitución, llamado Reforma de la Constitución, no hace mención en su articulado en caso alguno a ley o proyecto de ley, sino directamente a "proyectos de reforma" o "reforma constitucional". De esta forma, el artículo 127 primer inciso señala: "Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados [...]"; luego, en el segundo inciso, dispone: "El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado [...]"; finalmente, en el tercer inciso, expresa: "En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior".

De esta forma, puede concluirse que, de conformidad con el articulado de la Constitución, la norma de reforma es Constitución y no ley. Lo anterior se reafirma con lo dispuesto en el artículo 129: "Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta".

Como se verá en el próximo apartado, es fundamental establecer la naturaleza jurídica de la norma de reforma, a fin de analizar la incidencia de esta sobre su eventual control de constitucionalidad.

3. El control constitucional de la norma de reforma

El tema del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, al igual que los anteriores, no está exento de debate. Al respecto, que las posturas se dividen entre quienes sostienen que: a) procede un control amplio –previo y represivo, de vicios de fondo y de procedimiento– de constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, incluida la reforma constitucional; b) corresponde el control previo de constitucionalidad de la reforma constitucional en lo relativo al cumplimiento del procedimiento fijado por la Constitución; c) autoriza el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, pero no por los órganos jurisdiccionales, sino por el mismo órgano de reforma o el Congreso; y d) no procede en caso alguno el control de constitucionalidad de la reforma constitucional.

A mayor abundamiento, parte de la doctrina sostiene la procedencia del control de constitucionalidad amplio de la reforma constitucional –previo y

represivo, por vicios de forma y fondo– por un órgano jurisdiccional. De esta forma, dicen, se aseguraría la protección de la supremacía y rigidez constitucional sobre todo poder constituido, entre ellos el poder reformador. Desde esta perspectiva, los límites a la reforma adquieren una dimensión jurídica y política de gran trascendencia. En esta postura se inscribe el autor nacional Nogueira Alcalá, quien concibe al poder de reforma constitucional como un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, que tiene limitaciones formales y materiales. A juicio del autor, el ejercicio del poder constituyente instituido, en cuanto poder subordinado a la Constitución, puede ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional de defensa de la Constitución, quien deberá controlar que no sean sobrepasados los límites materiales y formales establecidos en la Carta, pudiendo determinar la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución tanto por infringir procedimientos como por vulnerar las líneas estructurales esenciales, la identidad y continuidad de la Constitución y la fórmula política establecida por el poder constituyente originario. Concluye Nogueira Alcalá su razonamiento señalando que forman parte de los límites materiales al poder de reforma los atributos de los derechos fundamentales asegurados por el texto constitucional y por el derecho internacional vinculante y vigente[29].

Sin embargo, parte de la doctrina, a pesar de que considera procedente el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, entiende que éste debe estar circunscrito en su oportunidad –solo control previo– y en el objeto del control (solo por vicios de procedimiento). En este grupo destaca Zúñiga Urbina, quien sostiene la procedencia del control de constitucionalidad con carácter preventivo, facultativo y puramente formal. En sus palabras:

> Nuestro planteamiento, expuesto con anterioridad en diversos trabajos, es que el control de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso (referido esto último al control del decreto que convoca a referéndum constitucional), y facultativo, puramente formal, quedando excluido del control de constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad

29 Nogueira, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, 1, 2009, p. 262. En el mismo sentido, Nogueira, Humberto, "La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIII, 129, 2010, p. 1309 y ss.

> competencial, lo cual engarza con nuestro predicamento primitivo en orden a que el poder constituyente derivado no tiene límites jurídicos o positivos autónomos internos, procesales (temporales) y sustantivos o materiales en la Constitución o por remisión en el Derecho Internacional Convencional que son objeto de justiciabilidad.[30]

En el mismo sentido, en otra época y en nuestro medio, el primer Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 15 del 2 de junio de 1973, se pronunció sobre la procedencia del control de constitucionalidad de una norma de reforma, señalando que solo era procedente el control previo respecto de vicios de forma y no de fondo o sustanciales, porque de lo contrario –resolvió– se estarían usurpando las funciones del constituyente. Tal sentencia fue dictada en virtud de un requerimiento formulado por el Presidente de la República, quien solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de las disposiciones del proyecto de ley de reforma constitucional sobre áreas de la economía, que modificaba el artículo 10 de la Constitución de 1925. En ese contexto, el Presidente del Senado y de la Cámara de Diputados dedujeron una excepción de incompetencia del Tribunal respecto del asunto materia del requerimiento, apoyándose en que la letra a) del artículo 78 B) de la Constitución de 1925 –reformada en esta parte en 1970– no comprendía la competencia para resolver sobre reformas constitucionales. El Tribunal Constitucional de la época, resolvió, en el considerando N° 20: "Que tratándose de una ley ordinaria es incuestionable que la constitucionalidad que este Tribunal debe resolver es tanto la sustancial como la formal, porque el artículo 78 b), párrafo a), de la Constitución, no hace distingos entre la una y la otra; mientras que resulta inadmisible que en materia de reformas constitucionales el Tribunal pudiera resolver la inconstitucionalidad sustancial de los proyectos de reformas: si pudiera hacerlo usurparía la función genuina del Poder Constituyente para reformar la Carta Fundamental y establecer nuevas disposiciones que eliminen y modifiquen las vigentes." Con este razonamiento, el Tribunal Constitucional acogió la excepción de incompetencia absoluta promovida por el Senado y la Cámara de Diputados.

Por otro lado, parte de la doctrina ha sostenido la improcedencia del control de constitucionalidad de la reforma de la Constitución por un órgano jurisdiccional, con base en que el órgano jurisdiccional es incompetente para

30 Zúñiga, Francisco, "Control de constitucionalidad de la reforma constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, 2, 2006, p. 417.

conocer tal tipo de asuntos, señalando que sería el órgano político –el Congreso– quien podría desempeñar mejor esta tarea; o porque su intervención supondría más perjuicios que beneficios, generando una crisis en el sistema y una consiguiente pérdida de firmeza de la Constitución[31]. Para los sostenedores de esta tesis –conocida como de "las cuestiones políticas no justiciables"–, existen límites a la reforma de la Constitución, pero el control del cumplimiento de aquellos corresponde al Congreso y no a las Cortes.

En un sentido contrario a los anteriores, ciertos autores han negado la procedencia del control de constitucionalidad de la reforma constitucional fundados en que la reforma es el producto de un órgano superior: el poder constituyente. Razonan que el poder de reforma elabora normas constitucionales, lo cual es tarea del poder constituyente. Esas nuevas normas constitucionales, al igual que las demás disposiciones de la Carta, regulan y conceden atribuciones a todos los poderes creados por la Constitución. Luego, si la competencia implica en sí misma una producción superior y vinculante para todos los órganos, entonces el reformador no puede ser de la misma naturaleza que los poderes constituidos, pues, de lo contrario, tendríamos que aceptar que las normas constitucionales no encuentran su explicación en alguien superior a ellas[32]. En esta lógica, la reforma constitucional carecería de límites[33] y no podría ser objeto de control por ningún órgano constituido. En un sentido semejante a esta lógica, pero con un matiz distinto, puede mencionarse a quienes plantean que el poder de reforma es un "poder constituyente constituido".

---

31 La Corte Suprema de Estados Unidos, desde 1939, ha resuelto los casos de enmiendas constitucionales sometidos a su conocimiento en base a la doctrina de las "cuestiones políticas". La Corte Suprema Federal sostuvo: "En resumen, la cuestión de un tiempo razonable en muchos casos implicaría, como en este caso, una valoración de una gran variedad de condiciones relevantes, políticas, sociales y económicas que difícilmente pueda decirse que están dentro del rango apropiado de evidencia admisible en una Corte de Justicia, lo cual sería una extensión extravagante de competencia judicial para afirmar la atención judicial como base para decidir una controversia con respecto a la validez de una enmienda ratificada actualmente. Por otra parte, estas condiciones son apropiadas para la consideración de los Departamentos políticos del Gobierno. Las cuestiones que implican son esencialmente políticas y no justiciables. Estas pueden ser decididas por el Congreso con el completo conocimiento y valoración, atribuido a la Legislatura Nacional, de las condiciones políticas, sociales y económicas que han imperado desde la presentación de la enmienda." Caso Colleman Vs. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

32 Rodríguez, Roberto, *El control de constitucionalidad de la reforma a la Constitución*, (Dykinson) 2006, p. 153.

33 Señala Pedro de Vega: "Obvio es indicar que esa equiparación entre el poder de revisión y el poder constituyente, no constituye una mera reliquia doctrinal, archivable en los recuerdos de la historia, sino que forma parte de las más reciente teoría y praxis constitucional. De ahí la importancia de su mención. A ella forzosamente tienen que adherirse todas las posturas doctrinales que, por no reconocer límites a la reforma, implícitamente postulan la naturaleza soberana del poder de revisión (Meyer, Laband, Jellinek, Zwieg, Biscaretti di Ruffia, Hildesheimer, Vanossi, etc.)", De Vega, Pedro, op. cit., pp. 227-228.

Sostiene el autor español Requejo Pagés: "Se trata, en efecto, de un poder constituyente, pues de él han de resultar normas de forma y rango constitucionales [...] Pero se trata, también, de un poder constituido, lo que supone que está condicionado, en su existencia misma y en sus facultades, por el poder constituyente originario." Agrega: "[...] el condicionamiento positivo que padece el constituyente constituido no se extiende más allá del momento en el que la nueva norma constitucional se incorpora a la cúspide del sistema. Con esa incorporación, la obra del constituyente constituido se confunde con la del constituyente originario y es, como ésta, inaccesible a toda afectación por parte de los poderes constituidos." Respecto del control de constitucionalidad, señala: "La promulgación de la nueva norma constitucional implica la imposibilidad de todo enjuiciamiento posterior, pues, como tal norma constitucional, ha de ser tenida por norma incondicionada en su validez [...] que no podría ser fiscalizada por ningún órgano constituido."[34]

Enunciadas las distintas posturas doctrinales sobre la procedencia del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, el enfoque que planteo en este estudio es el siguiente: la validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma; solo esto puede ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la oportunidad del control, solo procederá en forma previa a su entrada en vigencia y de forma facultativa por los órganos legitimados según la Constitución. En tal sentido. la Constitución señala en su artículo 93 que: "En el caso del número 3°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional [...]".

La norma de reforma vigente no podrá ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional como si fuera una ley o un precepto legal, por cuanto una norma de reforma vigente es ya norma constitucional, quedando vedado entonces el control represivo de constitucionalidad.

En vista de lo anterior, el control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, consagrado, como se dijo, en la Constitución en el artículo 93 N° 3, deberá verificar si la norma de reforma se ajustó al ámbito y procedimiento fijado por la norma sobre la reforma. Puntualmente debería verificar:

34 Requejo Pagés, Juan, op. cit., p. 361 y ss.

a) si el órgano que dictó la norma de reforma es aquel señalado por la norma sobre reforma; b) si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma; y c) si la norma de reforma se ajustó a los límites –de haberlos– fijados por la norma sobre reforma.

En caso de estimar el Tribunal Constitucional que la norma de reforma no cumplió los aspectos enumerados precedentemente, deberá declarar su inconstitucionalidad, impidiendo que la norma se transforme en una vigente y sobre ella recaiga una presunción de validez. Puntualmente, el artículo 94 inciso segundo de la Constitución dispone sobre el efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional: "Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate."

El Tribunal Constitucional no podrá *a posteriori* ejercer un control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional, estimando, por ejemplo, que tal norma es un "precepto legal", toda vez que dicha norma, a partir de su vigencia, es constitucional.

4. Conclusiones

El estudio de la *reforma constitucional* puede analizarse desde distintas aristas. Desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho, es menester distinguir entre la naturaleza de las normas sobre la reforma y las normas de reforma. Las primeras versan sobre la producción; las segundas son las normas concretas realizadas conforme a las anteriores. Las normas sobre la reforma van a determinar el ámbito posible y el procedimiento de la norma de reforma, convirtiéndose así en el parámetro de validez de la misma.

La naturaleza jurídica de la norma de reforma es constitucional y no legal. Esto por cuanto la norma de reforma tiene un ámbito competencial y función distintos que la ley. A la primera le está reservada la modificación de la Constitución y su principal función es servir como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y como institución básica de garantía de la Constitución. A su vez, la norma de reforma y la ley tienen un origen distinto. En la norma de reforma está involucrado el poder de reforma, cuya entidad y voluntad es distinto y superior al poder legislativo que interviene en la dictación de la ley. Finalmente, la norma de reforma, como norma constitucional, tiene fuerza activa y pasiva respecto de la ley: la norma de reforma puede derogar o invalidar la ley, ya sea que

se trate de una ley anterior materialmente incompatible con ella o una ley nueva que la contradiga en la forma o en el contenido.

La validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma. Solo tal conformidad será objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, de forma previa a su entrada en vigencia y de modo facultativo, esto es, a requerimiento de los órganos legitimados.

El control de constitucionalidad represivo está vedado para el Tribunal Constitucional toda vez que dicha norma, a partir de su vigencia, es constitucional.

LA RESERVA DE LEY Y LA NECESIDAD DE REDEFINIR SU FUNCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CHILENO [1]

Kamel Cazor [2] *y Matías Guiloff* [3]

Es posible constatar que el constitucionalismo chileno está viviendo cambios en su modelo teórico-jurídico. Esta evolución impone la necesidad de proseguir en la elaboración de nuevos principios, categorías y conceptos para avanzar respecto a categorías técnicas y construcciones dogmáticas hoy vigentes, que fueron pensadas y adecuadas a otras realidades y tiempos. Dicha transición genera un interesante entorno de problematización, sobre todo respecto a la técnica de reserva legal adoptada por el sistema constitucional chileno y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental. La reserva legal no es hoy un criterio del todo funcional para fijar las relaciones entre órganos que tienen poder democrático (Congreso y Gobierno), sobre todo por la falta de rigor y perfección técnica que ha demostrado el Constituyente al configurar sus ámbitos normativos.

1. Contexto de problematización y propósitos del trabajo

Es posible verificar en el constitucionalismo chileno una situación de transición, lo que genera un interesante entorno de problematización, especialmente respecto a la técnica de reserva legal adoptada por el sistema constitucional chileno y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental;

1 Trabajo presentado con fecha 24 de noviembre de 2010 en el Coloquio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

2 Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile (1992). Máster en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España (1999). Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid, España (2000). Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte.

3 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2003). Ll.M. Columbia University, Estados Unidos (2007). Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Diego Portales.

sobre todo por la falta de rigor y perfección técnica que ha demostrado el Constituyente a la hora de configurar sus ámbitos normativos. Con ello, como se ha explicado en otro trabajo, "reconocemos una clara debilidad teórico-regulatoria en su actual configuración y no sería del todo coherente seguir haciendo recaer en el Tribunal Constitucional la solución de esta difícil controversia jurídico-política"[4].

Para contextualizar el problema, se debe partir de la base de que existe un correlato claro entre la noción de reserva legal y la definición de la ley, a partir de la cual se articulan las restantes fuentes, especialmente el reglamento. En las actuales circunstancias, no resulta sencillo redefinir el papel de la reserva, sobre todo porque la complementariedad o contraste entre los distintos componentes del sistema de fuentes genera que cualquier modificación en uno de ellos produzca alteraciones en la función de las restantes.

Como es sabido, tradicionalmente se ha concebido la reserva legal como una garantía normativa destinada a resguardar que las definiciones en torno a materias cruciales, como la libertad y propiedad (modernamente expresadas en la cláusula del *libre desarrollo de la personalidad*), solo puedan ser reguladas a través de una ley. Una consecuencia lógica de ello es que se imposibilita que el reglamento adopte definiciones sobre tales materias. Desde esta perspectiva, la reserva de ley aparece como una garantía *para* el legislador democrático. Sin embargo, en lo que a distribución de potestades normativas se refiere y desde la perspectiva del rol del legislador en una república democrática, existe una interesante cuestión a la cual la doctrina no ha prestado la suficiente atención y que desvirtuaría la conclusión anterior. Un ejemplo hipotético permite ilustrarla a cabalidad: asúmase que estamos en el proceso de aprobación de una ley relativa a alguna materia tradicionalmente sujeta a reserva, en un país cuya Constitución no contiene regla alguna que distribuya competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo. Dentro de este contexto, si el legislador estima que se trata de una materia sujeta a constantes cambios y de una alta complejidad técnica, razonablemente podrá optar por dejar su regulación al reglamento, logrando una estrecha relación de colaboración entre estas dos potestades normativas.

La posibilidad ilustrada en el ejemplo anterior no existiría en un ordenamiento jurídico como el chileno en que la Constitución expresamente dis-

4 Cazor, Kamel y Pfeffer, Emilio, "La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile", en *Revista Ius Et Praxis*, Año 15, 1 (Universidad de Talca) 2009, p. 227.

pone que determinadas materias, o al menos su núcleo esencial, deban ser reguladas por ley. Así, aparece con toda claridad un rasgo sobresaliente de nuestro sistema constitucional: mediante el establecimiento de reservas (generales o específicas), la Constitución impide al legislador democrático distribuir competencias normativas entre la ley y el reglamento. La reserva de ley, más que una garantía para el legislador democrático, es un resguardo *en contra* del mismo: hoy la reserva de ley en materia de derechos fundamentales se dirige *contra* el legislador[5]. Esta compleja realidad puede resumirse con la fórmula del "legislador de los derechos fundamentales", que se traduce en una "vinculación negativa" de la ley a esos derechos, en virtud de la cual éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento, y en una "vinculación positiva" que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales"[6].

Ahora bien, la finalidad de convivencia general que cumplen los derechos fundamentales y la propia naturaleza de los Estados democráticos, obligan a armonizar las actuaciones de la ley y la inexorable relación de colaboración que esta debe sustentar con la potestad reglamentaria de la Administración. De ahí que exista la urgencia de redefinir la función de la reserva legal en el Estado constitucional y democrático y, especialmente, su vinculación con los derechos fundamentales. Ello obliga, entre otras cosas, a enfrentarse a la trascendental relación entre Constitución y democracia, y a la intrincada vinculación de ambos con los derechos fundamentales. Creemos que se debe ser muy cuidadoso al momento de argumentar interpretaciones extensivas de la reserva legal, lo que, lejos de ampliar las competencias del legislador, muchas veces conducen a dificultar la actuación de la Administración. Dada la heterogeneidad de las reservas legales y las múltiples combinaciones que pueden plasmarse entre ellas, "no es sostenible ni operativo en nuestro ordenamiento constitucional, plantear una tesis basada en una idea rígida de la reserva, ya que no siempre la pérdida de intensidad o flexibilización de las leyes puede verse como un fenómeno contrario a las exigencias y rol de la reserva legal, es decir, flexibilizar no necesariamente es relativizar o debilitar la reserva, ya que en la relación ley-reglamento, este último debe regular todo lo indispensable para garantizar la aplicación de la ley" [7].

5 Encinar, Juan, "Prólogo", en Villacorta, Luis, *Reserva de ley y Constitución* (Dykinson) 1994, p. 15.

6 Diez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales* (Civitas) 2005, p. 99.

7 Cazor, Kamel y Pfeffer, Emilio, op. cit., p. 224.

De ahí que resulte imprescindible buscar criterios de equilibrio a fin de hacer funcionales los elementos normativos que componen el sistema de fuentes, cuestión que no está ajena a controversias y que comprende no solo las ideas jurídicas de los intérpretes constitucionales sino también sus ideas políticas, "que responden muchas veces a distintas concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre esta y el Estado, y las funciones que le corresponden a este último"[8], que se manifiestan, por ejemplo, en los denominados paradigmas liberal y social. La reserva de ley cumpliría, según el paradigma liberal, la función de garantía frente a intervenciones de los poderes públicos en los ámbitos de libertad de los ciudadanos; según el paradigma social, funcionaría como garantía del pluralismo democrático,[9]. Estos modelos, a su vez, tienen repercusiones en la función, ámbito e intensidad de la reserva legal y explican los diversos razonamientos que se dan en torno a ella; efectos que, como se hará mención en el marco teórico y discusión bibliográfica, también son verificables en el sistema constitucional chileno.

En resumidas cuentas, abordar el tema de la reserva legal en nuestro ordenamiento constitucional significa hacer frente a un asunto complejo, que pone en evidencia la naturaleza conflictiva de las relaciones entre ley y reglamento, y la controversia acerca de la extensión e intensidad de los poderes normativos de la Administración. La garantía de la reserva legal, en consecuencia, claramente es un problema actual en el ámbito del Derecho constitucional chileno, tanto en sus aspectos teóricos como en la práctica jurídica.

2. Marco teórico en torno a la reserva de ley

2.1. Antecedentes de la reserva legal

En la actualidad, tras desaparecer el principio monárquico, se mantiene como única fuente de legitimidad el *principio democrático*, que reconoce la primacía de la ley dentro de su estructura. Sobre el particular, existe unanimidad doctrinal a la hora de afirmar que la reserva de ley se ha interpretado conforme a dos modelos teóricos. Para Santamaría Pastor, los fundamentos de la potestad reglamentaria se encuentran en el siglo XVIII en Francia y Alemania. Los franceses, que vivían un proceso revolucionario contrario a la monarquía, en un primer momento suprimieron la potestad reglamentaria debido a sus orígenes

8 Melero, Eduardo, "La flexibilidad de la reserva de ley", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma* (Dykinson) 2004, pp. 110 y 128.

9 Ibíd.

monárquicos, pero luego, y una vez establecido el nuevo régimen, utilizaron esta potestad de una manera subordinada a la supremacía de la ley, en un sistema *vertical*. Por otro lado, prosigue este autor, en Alemania, donde imperaba un sistema de monarquía limitada, al contrario de los países con sistema liberal, se aplicó una *horizontalidad* en la relación ley-reglamento: ley y reglamento no son, pues, normas de distinto rango formal, enlazadas por una relación jerárquica, sino tipos normativos que operan en campos materiales distintos[10]. Esto último lleva, en la monarquía dualista, a una delimitación material de la competencia del Parlamento, reservándose a la regulación legal todo lo que afecte el ámbito de la libertad y la propiedad[11].

En la actualidad, el Derecho positivo se ha bifurcado en dos direcciones. En el caso del *Derecho francés*, el legislador solo puede intervenir en las materias que se encuentran establecidas en la Constitución: la reserva se presenta como un medio que limita la supremacía de la ley al repartir las competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. En el *Derecho alemán*, el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia, por lo que contrariamente al caso anterior, la reserva es un medio de protección de la supremacía de la ley[12].

Con el tiempo, se ha producido un *cruce de sistemas*. Así, la Constitución francesa de la V República ha llegado a una concepción germánica clásica de la ley[13], al tiempo que la Constitución alemana de Bonn, aunque con otros matices, está más cerca del sistema jacobino francés[14].

Teniendo en cuenta la clara influencia del Derecho Comparado en esta temática, cabe recordar que es un lugar común en la doctrina nacional la constante alusión a la inspiración francesa que ha tenido en esta materia nuestra actual estructura constitucional (a partir de lo cual, derivan el denominado "dominio legal máximo"). Sin embargo, debemos precisar que el objetivo del constitu-

10 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I* (Centro de Estudios Ramón Areces) 1988, pp. 696-701.

11 Melero, Eduardo, op. cit.

12 García Macho, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, (Ariel) 1988, p. 15.

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

14 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., pp.196-198.

yente no fue incorporar en estricto sentido el sistema francés en la ordenación de la relación ley-reglamento, sino que, en la práctica, conservó el diseño de la anterior Constitución, manteniendo el principio de la primacía de la ley como norma de clausura del sistema normativo. Por ello resulta justificado centrar la atención en otros sistemas distintos al francés, como por ejemplo, el caso español, alemán o norteamericano, entre otros[15].

El *Derecho español*, más cercano al sistema alemán actual, aplica el principio de supremacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho; el efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en las materias reservadas. Según García Macho: "En la Constitución española se reconocen dos tipos de reservas: la reserva ordinaria establecida en el artículo 53.1, pero también deducible del 53.3, aparte de las reservas concretas recogidas en diversos artículos de la Constitución, y la reserva orgánica, contemplada en el artículo 81.1" [16].

No obstante la claridad del enunciado constitucional, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en relación al carácter de la reserva. Así, por ejemplo, para De Otto, en el ordenamiento constitucional español existen numerosas reservas concretas, salvo la reserva de ley en favor de los derechos fundamentales (art. 53.1), por lo que habría que excluir la existencia de una reserva general[17]. Al contrario, García de Enterría señala que de las numerosas reservas de ley se desprende una reserva general en las materias de contenidos más relevantes del ordenamiento. Además de estas dos posturas doctrinales, se da lugar, en el primer caso, a la existencia de *reglamentos independientes*, mientras que, en el segundo, se excluye totalmente dicha posibilidad[18].

A su vez, Santamaría Pastor comienza por analizar el concepto de ley en España, señalando que no es otra cosa que el conjunto de normas a las que la Constitución Española denomina como tales o atribuye rango o fuerza de ley. En este sentido, agrega, la Constitución mantiene una posición ambigua respecto al instituto de la reserva de ley, por cuanto no define mediante fórmulas generales el dominio natural de la ley; ni tampoco hay en ella una enumeración específica de las materias que le están reservadas. Sin embargo,

15 Cazor, Kamel y Pfeffer, Emilio, op. cit., p. 192.

16 García Macho, Ricardo, op. cit., p. 17.

17 De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Ariel), 1998, pp. 151-156.

18 García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, (Civitas) 1995, pp. 239-241.

según el autor, numerosos preceptos permiten a la ley regular ciertas materias. Por esta razón, concluye señalando que "Hay, en efecto, en nuestro sistema normativo, una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitado en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos; una reserva que se deriva del derecho fundamental al 'libre desarrollo de la personalidad' que el art. 10.1 CE consagra. Esta expresión no es una invocación elegante y vacía, ni una profesión de fe en la filosofía personalista: es una transcripción literal del artículo 2 [1] de la Ley Fundamental de Bonn que expresa en lenguaje moderno la clásica reserva general sobre todo lo que afecte a la 'libertad y propiedad' de los ciudadanos" [19]. De este modo, para Santamaría Pastor, en el sistema español la reserva constitucional de una materia a la ley supone que queda en dicha materia excluida por completo la posibilidad de reglamentos independientes; pero cabe la colaboración del reglamento en las materias reservadas, siempre que una ley previa la regule.

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

2.2. Enfoques de la literatura nacional sobre la reserva legal

Es posible resumir las principales posiciones de la doctrina constitucional chilena (Precht[20], Cea[21], Zapata[22], Nogueira[23], Carmona[24], Ribera[25], Zúñiga[26],

19 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., p. 781.

20 Precht, Jorge, "Potestad reglamentaria y equilibrio constitucional en la Constitución de 1980", en *Boletín de Investigaciones*, 48-49, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho),1981.

21 Cea, José Luis, "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, 1-3 (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho) 1984.

22 Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008.

23 Nogueira, Humberto, *Dogmática Constitucional*, (Editorial Universidad de Talca) 1997.

24 Carmona, Carlos, "Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: El ámbito del reglamento", en *Revista de Derecho Público*, 63, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho) 2001.

25 Ribera, Teodoro, "Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público*, 63, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho) 2001.

26 Zúñiga, Francisco, "Ley y Reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (De la germanización al practicismo)", en *Revista Ius Et Praxis*, Vol. 7, 2, (Universidad de Talca, Facultad de Derecho) 2001.

Fermandois[27], García[28], Silva[29] y Cordero[30]) en las siguientes tesis:

-Primera tesis: El objetivo del constituyente no fue incorporar en estricto sentido el sistema francés en la ordenación de la relación ley-reglamento.

-Segunda tesis: En el ámbito del legislador se configura una competencia de atribución no constitucionalmente clausurada.

-Tercera tesis*:* Se da la paradoja de que la doctrina hable, por una parte, de un sistema que se circunscribe al interés del constituyente por limitar la capacidad reguladora de la ley,dentro del concepto de un Ejecutivo vigorizado y, por la otra, ocurra todo lo contrario, existiendo un ámbito regulador de la ley muy amplio.

-Cuarta tesis: El criterio normativo variable no ha sido el óptimo a la hora de determinar el verdadero alcance de la reserva de ley, ya que, como medio de distribución de competencias, no ha permitido descifrar con claridad el ámbito del dominio legal y reglamentario. Ello ha trasladado el problema a la esfera del Tribunal Constitucional (en adelante TC), cuya actividad ha apuntado a encontrar criterios óptimos para delinear las fronteras entre la reserva legal y la potestad reglamentaria de ejecución (ya que toda su jurisprudencia en esta materia se ha generado por la potestad de ejecución). Por esta razón, en este campo de control jurídico se habla de una verdadera "reserva de sentencia".

-Quinta tesis*:* Se debe situar la reserva legal dentro de un contexto de influencia más político que jurídico, no del todo sistematizado, respecto a lo cual la doctrina nacional ha elaborado diversas teorías, que se deben circunscribir en un nuevo estadio de la relación ley-reglamento. Antes se discutía en torno a la legitimidad de la regulación reglamentaria, mientras que ahora la discusión se centra en determinar cuál es el margen o el ámbito de su intervención (más precisamente la intensidad o profundidad de la ordenación), es decir, cuánta regulación le es posible al reglamento. En este último punto, existe controversia en torno a su límite. En efecto, para unos (posición "finalista"), el rol central del reglamento es la ejecución de la ley, es decir, aplicar e implementar la norma legal, complementándola para su mejor ejecución.

27 Fermandois, Arturo, "La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho) 2001.

28 García, Gonzalo, *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado) 2004.

29 Silva, Luis Alejandro, *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*, (LegalPublishing) 2009.

30 Cordero, Eduardo, "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, (Facultad de Derecho) 2009.

Para otros (posición del "parámetro estricto"), el reglamento solo puede desarrollar lo ya legislado, puesto que la potestad reglamentaria es una atribución de aplicación, no de complementación, y su función es pormenorizar (no alterar), completar o complementar la ley. Es decir, ejecuta la ley, pero no es ley; es esta la que establece su grado de maniobra[31].

-Sexta tesis*:* Respecto a las potestades normativas, hay quienes rechazan la idea de que, a través de una "reserva legal absoluta", se intente cerrar el debate en torno a un concepto definitivo de reserva legal, ya que "lo válido es admitir modalidades y distinciones de la reserva de ley"[32] (sobre todo teniendo en cuenta la heterogeneidad de reservas legales, la multiplicidad de combinaciones que pueden plasmarse y la consecuente flexibilización de las mismas). Por su parte, otros plantean una idea necesariamente rígida y sustantiva de la reserva, asimilando cualquier criterio de distinción de la misma a un "proceso de relativización" y enfatizando "que la reserva de ley es mucho más que un criterio técnico-constitucional: es una garantía sustantiva para la vigencia de los derechos fundamentales"[33].

Resumidas estas tesis centrales de la doctrina nacional, resulta necesario abordar temas específicos en torno a esta materia, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

2.2.1. La reserva legal como una expresión (más) de la tensión entre constitucionalismo y democracia

Es un lugar común en la teoría constitucional la referencia a la eterna tensión entre constitucionalismo y democracia[34]. Pero –y en lo que específicamente concierne a la reserva de ley– no suele advertirse como ésta, al menos en su recepción por parte de la Constitución Política de 1980, es también una institución que manifiesta la democracia. La explicación probablemente pueda encontrarse en que toda la atención se focaliza sobre cómo la reserva de ley constriñe la actuación de la Administración. Si bien es un hecho que la reserva de ley deja fuera de la disposición de la Administración una serie de materias, no se debe perder de vista, como ya se ha sugerido, que ella también vincula al legislador. Desde esta perspectiva y tal como lo hacen los derechos

31 Carmona, Carlos, op. cit., p. 183.

32 García, Gonzalo, op. cit., p. 129.

33 Fermandois, Arturo, op. cit., p. 288-291.

34 Por todos, Elster John y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, (Fondo de Cultura Económica) 2000.

fundamentales, la reserva de ley constriñe la actuación del legislador, impidiéndole que distribuya competencias normativas sobre el núcleo esencial de la materia sujeta a reserva.

De la relación de los artículos 32 N° 6 y 24 de la Constitución es posible deducir una amplia potestad reglamentaria del Presidente de la República. De acuerdo al primero, la potestad reglamentaria puede ejercerse en todas las materias que no sean de dominio legal y para ejecutar aquellas que sí lo son, cuando el Presidente lo estime conveniente. Pero esta disposición ha de interpretarse teniendo como telón de fondo el artículo 24 de la Carta Fundamental, de acuerdo al cual al mismo Presidente de la República le concierne el gobierno y la administración del Estado. De ahí que, siguiendo a Silva Cimma, pueda afirmarse que en nuestro ordenamiento constitucional la potestad reglamentaria tiene un alcance mucho más amplio que la mera ejecución de la ley; se extiende incluso, dada la misión que le cabe al Presidente de administrar el Estado, a casos no legislados, debiendo respetar siempre los principios y disposiciones constitucionales, así como la normativa legal expresa[35].

Una de esas disposiciones constitucionales es justamente el artículo 63, que, al establecer las materias cuyo desarrollo corresponde a la ley, limita la procedencia de esa amplia potestad reglamentaria. Con todo, dicha limitación no llega al punto de excluir la participación del reglamento en la disciplina normativa de las materias. Como señala Moraga, "la circunstancia que el Constituyente establezca la reserva de ley [...] no significa que la potestad reglamentaria esté impedida absolutamente de entrar a normar, de un modo colaborativo y particularizador en aspectos instrumentales y con sujeción a la ordenación legal superior, a la propia ley".[36]-[37] De esta forma, al igual que los derechos fundamentales, la reserva de ley limita el juicio soberano del legislador democrático, aunque lo hace en lo referido a la posibilidad de que asigne a la Administración la regulación de la materia sujeta a reserva, salvo que lo haga en lo que concierne a aspectos instrumentales de la misma. Siendo esto así, surge una nueva y relevante pregunta: ¿cuáles son esos aspectos

35 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Introducción y fuentes, Cuarta Ed., (Editorial Jurídica) p. 157.

36 Moraga Klenner, Claudio, "La actividad formal de la administración del Estado", en Pantoja Bauzá, Rolando, (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VII, p. 50.

37 Una interrogante que fluye de esta afirmación es si ese ámbito donde la intervención del reglamento es tolerable da lugar a un poder normativo concurrente de la administración. La respuesta a esta pregunta divide a la doctrina: Silva Cimma responde esta interrogante de manera afirmativa, mientras que Moraga es de la opinión contraria. Ver, Silva Cimma, Enrique, op. cit., p. 159 y Moraga Klenner, op. cit.

instrumentales que la Administración sí puede normar a través de la potestad reglamentaria de ejecución?

No existe en la Constitución una respuesta a esa interrogante, por cuanto, como se ha señalado, solo dispone que el Presidente puede dictar reglamentos de ejecución en materia de ley. Interpretando esa norma en armonía con la disposición contenida en el artículo 63 N° 20, puede concluirse que no puede considerarse como aspecto instrumental, y por tanto regulable por la vía reglamentaria, el núcleo esencial de la materia sujeta a reserva. No obstante esta limitación, el ámbito del reglamento de ejecución es bastante indeterminado debido al amplio espectro entre lo básico y lo instrumental en la disciplina normativa de una materia. Esa indeterminación complica las cosas, por cuanto, al no quedar claro hasta dónde se extiende esa potestad reglamentaria de ejecución que el Presidente detenta para gobernar y administrar el Estado, la relación entre ley y reglamento queda en un estado de permanente tensión. Esto resulta problemático porque el ejercicio de la soberanía requiere a un Presidente que pueda colaborar con el Congreso ejecutando sus decisiones soberanas, lo que se dificulta cuando, como sucede en Chile, no queda claro el límite de uno de los medios con que el primer mandatario cuenta para la ejecución de las leyes: la potestad reglamentaria

2.2.2. La tensión entre la Constitución y la relación ley- reglamento

La indeterminación en el texto constitucional respecto al límite entre la ley y la potestad reglamentaria tensa una relación que, al menos en abstracto, debiera ser armoniosa. En efecto, para desplegarse sobre las hipótesis concretas, la ley requiere de la colaboración del reglamento. Como señala Moraga, "el reglamento no debe ser visto como un fenómeno en confrontación con la ley; es decir, como si existiera un permanente estado de tensión entre la norma legal que desea dar el Parlamento y la norma decretal que desea dictar el Presidente de la Republica"[38]. Existen buenas razones para defender una relación de sociedad o, al menos, de colaboración entre la ley y el reglamento. Por las características estructurales de una y otro, ambos pueden complementarse perfectamente; la ley estableciendo, de manera general y abstracta, el marco aplicable respecto de una determinada materia y el reglamento tomando la posta, alcanzando los niveles de detalle donde la ley no puede llegar[39].

38 Moraga Klenner, Claudio, op. cit., p.46.

39 Tan relevante es el rol del reglamento para el cumplimiento de las funciones que la Constitución asigna al Presidente de la Republica, que alguna literatura llega a señalar que su no dictación puede dar

La regulación constitucional es bastante indeterminada respecto al ámbito de intervención del reglamento en relación a la ley, que día a día se encuentra con una facticidad que demanda la inmediata aplicación de la ley. Dentro de ese estado de cosas, el Presidente ejecuta la ley a través de la dictación de reglamentos sin tener una certeza absoluta respecto a su campo de intervención. Como tal certeza no existe, esos reglamentos posteriormente pueden ser impugnados por considerarse que intervienen sobre materias de ley, quedando el asunto para la resolución del TC. De esta manera, no se produce esa pretendida relación de colaboración, por lo que parece válido preguntarse si no existe algún mecanismo que pueda mediar entre la indeterminación del texto constitucional y la aceleración de la Administración por ejecutar la ley. Estimamos que un mecanismo de esa naturaleza es la remisión normativa.

2.2.3. La Remisión normativa como eje articulador de la colaboración entre la ley y el reglamento: su constitucionalidad, fundamento, utilidad e interpretaciones en la practica constitucional

Es posible encontrar diversas posturas en la doctrina respecto a la remisión normativa,. El principal exponente de los que han fustigado duramente el uso de remisiones normativas por parte del legislador es Soto Kloss, quién considera la remisión normativa derechamente inconstitucional[40]. Sus argumentos son: (1) que la Constitución solo contempla la figura de la delegación, la que, por disposición constitucional expresa, jamás procede en materia de garantías constitucionales; (2) que las garantías constitucionales sujetas a reserva de ley pueden ser reguladas "única, sólo y exclusivamente por la ley"; y (3) que todas aquellas materias que no quedan comprendidas dentro de las "numerosísimas" que la Constitución ha reservado a la ley, caen consiguientemente dentro del ámbito de la potestad reglamentaria autónoma[41].

Desde otra vereda, hay voces que se pronuncian favorablemente respecto a la remisión normativa. Dada la ubicuidad de la figura de la remisión normativa, sostiene Pierry, no puede ponerse en tela de juicio su constitucionalidad. El argumento es de orden práctico y surge en el intento por fundar nume-

lugar a la responsabilidad política del primer mandatario, la cual se configuraría por incumplimiento del deber de ejecutar la ley. Ver, Román Cordero, Cristian, "El poder in-Ejecutivo (el deber constitucional del Presidente de la Republica de ejecutar la ley y su infracción)", en *Revista de Derecho Público*, 70, 2008, p. 338.

40 Soto Kloss, Eduardo, "En la forma que prescriba la ley: Notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 2 y 3, 1991, pp. 689-691.

41 Ibíd., p. 690.

rosas disposiciones legislativas que invitan al Ejecutivo a complementarias e incluso, a desarrollarlas. Su punto central es que, de acogerse la tesis de la inconstitucionalidad de la remisión normativa, ello implicaría la inconstitucionalidad de gran parte de los reglamentos que contienen normas de policía administrativa[42].

Además de la discusión sobre la constitucionalidad de la remisión normativa en la literatura clásica en materia de Derecho administrativo, existe, desde el punto de vista del Derecho constitucional, una postura que centra su atención en otro aspecto de la misma que no es menor: su fundamento democrático. Rodrigo Correa señala que, a diferencia de lo que sucede con la delegación recepticia (la que se realiza por medio de la figura del decreto con fuerza de ley), la Constitución no regula la remisión normativa, lo que no implica que no la tolere[43]. Ello por cuanto en el inciso 2° del artículo 7° de la Constitución, para efectos del otorgamiento de atribuciones a las magistraturas del Estado, aparte de ella misma, reconoce a la ley como fuente legítima de estas[44]. Con todo, considera que la remisión normativa debe quedar sujeta a algún tipo de limitación pues, de lo contrario, el legislador tendría el incentivo de eludir las restricciones establecidas para el ejercicio de la delegación recepticia, estableciendo remisiones normativas[45].

Ahora bien, aun asumiendo que la remisión normativa es constitucional y tiene un fundamento democrático, no se sigue que sea absolutamente necesaria, por cuanto, en nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos señalado, el Presidente de la Republica no requiere de la habilitación expresa del legislador para dictar un reglamento de ejecución; su potestad reglamentaria deriva directamente de la Constitución. Siendo esto así, no requiere el Presidente para dictar un reglamento que la ley a ser ejecutada lo autorice a ello. En este sentido, señala Moraga que "la remisión normativa de la ley al reglamento no constituye un titulo de habilitación jurídica al Presidente de la Republica"[46].

Si bien es necesario coincidir con la afirmación que la potestad reglamentaria del Presidente de la Republica deriva directamente de la Carta funda-

42 Pierry, Pedro, "Las transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 5, 2001, pp. 8-9.

43 Correa, Rodrigo, "Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho*, 1, (Universidad Adolfo Ibáñez), p. 482.

44 Ibíd., p. 483.

45 Ibíd., p. 482.

46 Moraga Klenner, Claudio, op. cit., p. 53.

mental, estimamos que esta no es incompatible con afirmar, asimismo, que la remisión normativa puede ser útil, y más aun, indispensable para efectos de precisar el indeterminado deslinde entre ley y reglamento. Al menos *prima facie*, el legislador, al dictar una ley, tiene la facultad de interpretar ese ámbito indeterminado. Siendo Chile una República democrática y el Legislador el órgano a través del cual se manifiesta de manera más nítida el ejercicio de la soberanía, debe existir un grado de deferencia respecto de la interpretación que realiza de su (indeterminada) competencia normativa y, consiguientemente, de aquella del Presidente. Esa interpretación puede determinar, en concreto, cuál es el núcleo esencial de la materia sujeta a reserva y cuáles son los aspectos de detalle que válidamente pueden ser regulados por la Administración.

Con todo, la jurisprudencia del TC en materia de remisiones normativas es, por regla general, bastante poco deferente con estas. Alguna literatura ha hablado de la existencia de recelo del TC frente a estas[47]. Lo cierto es que hay fallos en donde el término recelo se queda corto, como –bien es conocido– el de *Ley de Bases Generales de Medio Ambiente*. Más allá de la falta de regulación expresa de la remisión normativa en el texto constitucional, cabe preguntarse qué justifica esa actitud por parte del TC. En respuesta a esta interrogante, puede hacerse notar que lo que muchas veces se encuentra en juego tras la interpretación de la reserva legal son los estándares con que debe cumplir la Administración para intervenir sobre derechos fundamentales.

Solo desde este prisma, puede justificarse la actitud del TC frente a este mecanismo. En nuestro texto constitucional son muy específicos los casos en que derechamente se autoriza la intervención de la Administración sobre un derecho fundamental (por ejemplo, en el articulo 19 N° 13) y aquellos en los que de manera absoluta se niega esta posibilidad (como sucede en materia de configuración y limitación del derecho de propiedad, en el articulo 19 N° 24 inciso 2°)[48]. Así, una vez más, la cuestión no queda bien determinada. Dada su posición de garante del orden constitucional, así como de los derechos fundamentales contenidos en el mismo, el TC debe resolver esta cuestión.

Para estos efectos, tratándose de disposiciones de un proyecto de ley que habilitan la intervención de la Administración para la regulación de un determinado asunto, el TC ha llegado a señalar que estas deben dejar determinado cuales son los derechos fundamentales a ser intervenidos por la Adminis-

47 Correa, Rodrigo, "Tribunal Constitucional", op. cit., p. 489.

48 Moraga Klenner, Claudio, op. cit., p. 47.

tración –requisito de la determinación– y especificar cuáles son las medidas precisas que se autoriza a la administración a adoptar respecto de ellos (requisito de la especificidad)[49]. En congruencia con lo anterior, el TC ha señalado también que las remisiones normativas han de contener pautas objetivas que orienten el ejercicio posterior que de ellas realizará la Administración y, en el mismo sentido, que son inconstitucionales las potestades discrecionales absolutamente indeterminadas[50].

Así, la remisión normativa se encuentra sujeta a un alto estándar de escrutinio por parte del TC. Como se ha esbozado recientemente, la más probable explicación de esto radica en que, en numerosas ocasiones, esta permite la intervención de la Administración sobre derechos fundamentales, actuación que se estima ha de cumplir con exigentes parámetros. Como siempre, la protección absoluta de los derechos fundamentales tiene efectos paralizantes, los que en este caso inciden drásticamente sobre la relación ley-reglamento. En concreto, una amplia interpretación de los derechos fundamentales deviene en la imposibilidad de cualquier forma de intervención de la Administración sobre los mismos, cuestión que deriva en la imposibilidad de la colaboración entre la ley y el reglamento.

3. La reserva de ley en la práctica jurisprudencial: A propósito del control de constitucionalidad de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional[51]

Como ha sido expuesto en las páginas anteriores, en nuestro país cobra especial relevancia el tópico de la conexión entre la ley y el reglamento, pues tal vinculación se encuentra inmersa en un sistema caracterizado por una capacidad normativa variable, que no conjuga con claridad los campos competenciales y configuradores de la reserva legal y la potestad reglamentaria. Este problema afecta claramente el funcionamiento de nuestro Estado constitucional, particularmente cuando dichas potestades normativas regulan derechos fundamentales de los ciudadanos. Dentro de este contexto de problematización (que, dicho sea de paso, no es exclusivo de nuestra realidad

49 En el mismo sentido, Cordero Vega, Luis, "Videovigilancia e intervención administrativa: Las cuestiones de legitimidad", en *En foco*, 137, (Expansiva), p. 8.

50 Ibíd., p. 9.

51 Las ideas matrices de este acápite también es posible encontrarlas en: Cazor, Kamel, La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile, en Libro colectivo Estudios Constitucionales (Librotecnia), 2010, pp. 289-301.

constitucional), se debe partir de la base que la labor del TC es concluyente en la comprensión de los ámbitos competenciales que fija la Constitución en general y de la relación ley-reglamento en particular. Ello debido a que, en la práctica, su determinación descansa en gran medida en la actividad de control que realiza dicho Tribunal, cuya doctrina jurisprudencial se ha centrado, de un modo premeditado o intuitivo, pero con poco éxito hasta ahora, en la no fácil tarea de encontrar los criterios orientadores que permitan abordar este asunto competencial y configurador de potestades.

De ahí que sea un lugar común en la doctrina nacional señalar que, al momento de trazar la línea entre competencias legislativas y reglamentarias, la jurisprudencia del TC no aporta criterios definitivos[52]. Asimismo, se ha dicho que en los esfuerzos del TC por encontrar criterios objetivos para delinear las fronteras que separan la potestad reglamentaria de la reserva legal, "parece seguir imperando una preocupante ambivalencia, expresada en la dictación de sentencias que parecer abrazar visiones muy distintas"[53]. Dentro de este contexto argumentativo, se ha expresado igualmente que "sigue siendo una tarea pendiente para nuestro Tribunal Constitucional la generación de una doctrina jurisprudencial consistente en lo hermenéutico, teóricamente sólida, y que introduzca la fórmula política de modo explícito al enjuiciamiento constitucional"[54]. Tarea nada fácil, pues, como ha dicho este mismo autor:

> La relación ley-reglamento en la Constitución de 1980 nace presidida por un marcado "afrancesamiento" para fortalecer la potestad reglamentaria del Presidente de la República, a través de institutos como la cláusula de dominio legal máxima y la potestad reglamentaria autónoma. En la doctrina jurisprudencial del Tribunal tempranamente se consolidó una lectura "germanizante" de la relación ley-reglamento, inclinándose por una doctrina de la reserva absoluta [...] En el último lustro y a partir de 1996 se inicia un retorno al "afrancesamiento" que denominamos "practicismo". Probablemente es cierto que "nada es más práctico que una buena teoría", pero el "practicismo" de nuestro Tribunal Constitucional adolece de am-

52 Aldunate, Eduardo, *Derechos fundamentales*, (Legal Publishing) 2008, p. 185.

53 Zapata, Patricio, op. cit., pp. 510 y 531.

54 Zúñiga, Francisco, op. cit., pp. 209-257.

> bivalencia, inconsistencia hermenéutica, y por tanto, se parece al "practicismo" de la justicia del cadí[55].

Llama poderosamente la atención que, en tal diagnóstico –en mayor o menor medida–, coincidan constitucionalistas de distintas posiciones doctrinarias e ideológicas, tales como Carlos Carmona, Francisco Zúñiga, Arturo Fermandois, Teodoro Ribera, Rodrigo Correa, Patricio Zapata, Gonzalo García y Eduardo Aldunate, entre otros.

Aun a riesgo de simplificar y a fin de comprender el entramado de las principales potestades normativas en el sistema constitucional y sus repercusiones en la jurisprudencia del TC, se debe tener en cuenta que la ambivalencia jurídico-política del sistema constitucional chileno se ve directamente reflejada en su doctrina jurisprudencial.

En este contexto, existen múltiples interpretaciones de los períodos jurisprudenciales del TC. Por ejemplo, Carlos Carmona[56] plantea una primera tendencia en el período 1990-1996 (v.gr., letreros camineros y playas), cuando tuvo una clara preeminencia la "reserva absoluta de ley" y una competencia amplia del TC; una segunda tendencia la sitúa en el período de 1997 en adelante (v.gr., decreto supremo 171 del Minvu y ley de presupuesto), cuando tuvo un claro predominio la "reserva relativa de ley" y una competencia restringida del TC, cuyo momento más concluyente se sitúa en 2001 con la sentencia Catalíticos (rol 325), cuestión que, según Arturo Fermandois[57], prácticamente extingue el principio de la reserva legal allí donde más agravio produce a la persona humana, esto es, en la restricción de sus garantías constitucionales (por lo que se trata de una clara pérdida de la orientación garantista del principio). Patricio Zapata[58], a su vez, critica la falta de rigor argumentativo de ese fallo y manifiesta que vuelve a sembrar dudas sobre la aptitud del TC para definir una doctrina jurisprudencial consistente en materia de reserva legal; especialmente, teniendo en cuenta las injustificadas oscilaciones que ha tenido en los períodos de sentencias antes descritos, que no pueden sino ser comprendidas en el contexto del alto contenido político e ideológico que engendra el conflicto de las competencias normativas, cuestión que se intensificó especialmente

55 Ibíd.

56 Carmona, Carlos, op. cit., pp. 183-189.

57 Fermandois, Arturo, op. cit., pp. 288-291.

58 Zapata, Patricio, op. cit., p. 528.

en la década del noventa con el tránsito de un Estado autoritario a un Estado Constitucional y democrático.

Las oscilaciones de las tendencias jurisprudenciales se ven nítidamente expresadas en los argumentos de mayoría y de minoría de la sentencia rol n° 253/1997, sobre el Decreto Supremo 171 del Minvu que establece cesiones gratuitas para urbanizar, y la sentencia rol n° 282 y 288/1999 sobre el Decreto Supremo 1412 que promulgó el Décimo protocolo con Bolivia. Especialmente destacado es el fallo rol n° 370/2003 sobre plan de impacto vial, pues en él es posible vislumbrar una verdadera síntesis de la posición del TC en la delimitación del campo de la acción de la ley y el reglamento, que busca una armonización entre el ejercicio de la potestad legislativa y la potestad reglamentaria, toda vez que, como se indica en su considerando 13°, el sistema articulado en las disposiciones constitucionales "se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria".

Ahora bien, al considerar las sentencias más destacadas en los últimos años, sin lugar a dudas se debe centrar la atención en los fallos de la Píldora del día después y del Transantiago, en donde, como lo explicaremos a continuación, se nota claramente una pérdida de rumbo en su labor argumentativa (habría que agregar que, al tratarse de fallos de alta repercusión en la ciudadanía, en el caso de la Píldora II y del Transantiago II, curiosamente hubo sendos comunicados del TC para dar a conocer por anticipado a las partes y a la opinión pública sus acuerdos en torno a lo resuelto por la mayoría).

En cuanto a los fallos de la Píldora, como bien es sabido, existen sentencias del TC rol N° 591/2007 y N° 740/2008 a propósito de requerimientos parlamentarios que impugnaron, sucesivamente, la constitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 2006, y del Decreto Supremo N° 48, de 2007, que aprobaron en su momento las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", cuya inconstitucionalidad fue estimada por vicios de forma (de toda la resolución administrativa) y, luego, por vicios de fondo (de una parte del Decreto Supremo presidencial). Resulta criticable el total alejamiento de estos fallos de las perspectivas de la propia doctrina jurisprudencial del TC, al no considerar la relación ley-reglamento implícita en el tema y llevar a cabo un control concreto (más que abstracto) sobre materias de carácter científico-técnico. En estos casos, la argumentación de los votos mayoritarios del TC demuestran un excesivo celo de control, ubicándose fuera de la esfera de competencia que le fija el artículo 93 de la Constitución y con criterios, a nuestro parecer, muy cercanos al control de mérito u oportunidad de la actuación administrativa.

Así, por ejemplo, Eduardo Aldunate indica, en torno al fallo de Píldora I, que

> muestra en una manera muy clara las dificultades y peligros de la jurisdicción constitucional que, establecida para interpretar el texto de la Constitución, puede llegar a ejercer sus facultades en un sofisticado ejercicio de prestidigitación para mostrar que las palabras de la Constitución dicen lo que el Tribunal quiere que digan [...] La mejor prueba de ello es la paradoja que presenta el fallo en su estructura lógica; para justificar su competencia para conocer del asunto, el Tribunal debe afirmar que la resolución es en realidad un decreto. Pero para acoger el requerimiento y declarar que es inconstitucional, afirma que la resolución no es un decreto (debiendo haberlo sido) [59].

Igualmente, respecto al fallo de la Píldora II, este mismo autor señala que

> en cuanto al argumento de fondo para resolver la cuestión, llama la atención que el Tribunal asuma que puede simplemente remitirse al estándar de convicción más allá de toda duda razonable, y traspasarlo a sede constitucional, sin realizar ninguna consideración sobre el estatus de este estándar o, al menos, explicar cómo lo traspasa, desde una figura que tiene que ver en su origen con la convicción de un jurado lego sobre las cuestiones de hecho que sirven de base a una imputación criminal, a su propia argumentación donde, en realidad, es otra cosa [...] Desde el punto de vista formal, llama la atención que el fallo incluya una transcripción completa de todas las opiniones científicas e informes hechos valer [60].

En cuanto a los fallos del Transantiago, es difícil conciliar, por una parte, la flexibilidad de la sentencia rol n° 1035/2008 (Transantiago I) que implica la tesis de la "ley pantalla" –que se da, eso sí, en un fallo dividido (empate a cinco, resolviéndose rechazar el requerimiento por el voto dirimente del Presidente del Tribunal)–, no obstante que en fallos anteriores había desestimado en más de una ocasión tal tesis, procediendo a contrastar directamente con la Constitución ciertos actos administrativos dictados en conformidad a una ley vigente (v.gr., en el caso Catalíticos y el caso Píldora II). Particularmente des-

59 Aldunate, Eduardo, op. cit., pp. 87-88.

60 Ibíd., pp. 89-90.

tacado es el considerando trigésimo que indica que "más que una contravención a la Carta Fundamental, lo que se reprocha en el requerimiento es que un determinado acto administrativo excede el marco legal vigente [...] no sólo no le corresponde a este órgano jurisdiccional examinar la legalidad de una acto administrativo, sino tampoco pronunciarse sobre el mérito o conveniencia de la forma en que lo adoptó". El TC sustenta tal conclusión en sentencias anteriores rol 253/1997 y rol 465/2006. De igual modo, es particularmente relevante la sentencia del TC rol 1288/2008 de 25 del agosto de 2009 (acerca de la modificación de su Ley Orgánica 17.997) que declara la inconstitucionalidad del n° 5 del artículo 50 bis, que, asumiendo la doctrina de la "ley pantalla", fija el fundamento de admisibilidad de un requerimiento impugnatorio de decretos supremos (artículo 93 n° 16) "cuando el vicio invocado afecte a un precepto legal vigente y no al decreto supremo impugnado", inconstitucionalidad que se funda en una razón de texto ya que la Constitución dispone que la ilegitimidad puede arrancar de "cualquiera sea el vicio invocado"[61]. Con ello se consolida el rol anómalo del Tribunal como una suerte de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo", como ha quedado en evidencia en las sentencias del Transantiago I y II[62].

Por otra parte, se debe destacar la rigidez de la sentencia rol n° 1153/2008 (Transantiago II) respecto a la reserva legal, resultando curiosa la conclusión a que llega el Tribunal al determinar el conflicto constitucional que debe resolver (considerando octavo), consistente en "determinar si los decretos supremos que han aprobado sendos créditos [...] han infringido el principio de legalidad", donde confunde conceptualmente las dos vertientes del ejercicio de la potestad legislativa: el principio de legalidad y el principio de la reserva legal. El TC hace referencia a ambos significados en relación a la potestad legislativa y su vinculación con las potestades jurídicas de la Administración: en el primero de ellos se puede vislumbrar el *principio de legalidad*, relativo al sometimiento de toda actuación administrativa a la legalidad (generando cuestiones meramente legales), y, en el segundo, tiene su expresión la *reserva legal*, que se vincula específicamente con el ejercicio de la potestad reglamentaria (en donde confluyen, en un plano de estricta relevancia constitucional, las más importantes potestades normativas). En cambio, el TC sí distingue esta cuestión claramente en el fallo del Transantiago I.

61 Considerando 86°.

62 Zúñiga, Francisco, *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*, (AbeledoPerrot-LegalPublishing) 2010, p. 81.

Por último, volviendo al Transantiago II, es importante destacar el considerando 37 que, no obstante excluir cualquier juzgamiento de mérito, expresa que "tal limitación en el juzgamiento que realiza este Tribunal no puede impedir que el examen de constitucionalidad de la norma jurídica impugnada abarque un análisis de la idoneidad del medio empleado para el endeudamiento desde el punto de vista de los valores, principios y reglas constitucionales" y, desde una perspectiva constitucional, afirma que el endeudamiento "requería de un debate parlamentario que se tradujese en la dictación de una ley especial que confiriera la autorización [...] resulta inconstitucional por permitir el endeudamiento del Estado sin una ley que lo autorice" (considerando 39) y, a mayor abundamiento, señala que "no puede estimarse suficiente, de acuerdo al propósito del Constituyente, la autorización genérica consignada en el inciso tercero del artículo 7° de la ley N° 20.206". Además, el fallo retoma la interpretación originalista, al hablar de cuestiones "reñidas con el espíritu que el Constituyente ha impreso en la Carta Fundamental" (considerando 47).

Asimismo, es necesario resaltar que, en el último tiempo, se ha utilizado la acción de inaplicabilidad para enjuiciar asuntos vinculados a la reserva legal y su correspondiente colaboración con la potestad reglamentaria. En efecto, en la sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1234/2008, sobre ley de impuesto territorial que limita el acceso a exención tributaria en recintos deportivos, se ha analizado la densidad (reserva legal tributaria) de una remisión normativa a una norma reglamentaria, en una clara perspectiva de control abstracto, enjuiciando la constitucionalidad del reglamento.

Se debe mencionar también al requerimiento de inconstitucionalidad (Rol N° 1849/2010) que recae sobre el Decreto Supremo N° 264 del 6 de octubre de 2010 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que fijó las normas complementarias del Decreto Supremo N° 136 de 2009 y ejecuta el inciso final del art. 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, estableciendo un nuevo período anual de exposición pública y abierta, renovable hasta por un máximo de cinco años, dentro del cual se podrían otorgar permisos para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital o renovar las existentes; es decir, que permite el otorgamiento de permisos transitorios para transmisiones de televisión digital.

Esta norma, producto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ha causado gran polémica en el mundo jurídico-político nacional, toda vez que vendría a regular una materia que simultáneamente se está discutiendo en el Congreso Nacional a raíz de un proyecto de ley. La vía normativa del decreto

supremo empleada en esta temática ha sido objetada con diversos argumentos y por distintos sectores políticos (oficialistas y opositores); el hecho más concreto fue el requerimiento que un grupo de diputados opositores ante el TC, que recientemente resolvió desestimar en lo sustancial.

Los argumentos de inconstitucionalidad esgrimidos por los diputados se podrían sintetizar en dos ideas principales. Por una parte, indican que se trata de un decreto supremo de ejecución que excedería el apoderamiento legislativo de la materia regulada. En consecuencia, a juicio de los requirentes "no constituye una regulación que ejecuta la ley". Expresado de otro modo, conciben el exceso regulativo del reglamento (lo que innova), más que como una cuestión de mera legalidad, como un asunto de estricta constitucionalidad por invadir materias de reserva legal, ya que su ley habilitante no facultaría para regular esa materia por vía de la potestad reglamentaria. Por otra parte, fundamentan tal aseveración planteando que, al estar en tramitación en el Congreso un proyecto de ley que regula tales asuntos, se "carecería de la normativa básica" al respecto (una normativa cuya tramitación, es justo decirlo, se encuentra inexplicablemente retrasada).

Sin lugar a dudas, se trata de un tema complejo que puede inaugurar una larga batalla en el TC entre el gobierno y la oposición frente a futuras decisiones de la Administración que se canalicen por vía de la potestad reglamentaria, en lo que se podría denominar "gobierno por decretos". Cabe recordar el fuerte activismo jurisdiccional que tuvo esta materia en los inicios de la transición democrática (1990), con la utilización por parte de la oposición de entonces de la antigua vía de impugnación de los decretos supremos que consideraba el artículo 82 n° 5, y que tiene su versión actualizada en el artículo 93 n° 16 de la Constitución. Asimismo, cabe recordar que los 20 años de jurisprudencia del TC en el control de decretos no han podido establecer criterios orientadores sólidos y objetivos a fin de vislumbrar una relación equilibrada entre la ley y el reglamento.

De ahí que, en este trascendental asunto (que resulta vital para la conducción y orientación del Estado), se deba necesariamente tener en consideración la circunstancia esencial que traza el sistema regulativo de las potestades normativas en Chile: la clara debilidad teórico-regulativa en la configuración constitucional de los ámbitos de la potestad legislativa y reglamentaria (artículo 63 y 32 n° 6, respectivamente) que hace difícil desentrañar la técnica de reserva legal adoptada por nuestro sistema constitucional y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental. Dentro de este com-

plejo panorama, no se puede partir de un *a priori* argumentativo excluyente, toda vez que se trata de una cuestión no solo jurídica, sino también con claro contenido político, a lo que hay que añadir la existencia –un hecho no del todo negativo– de múltiples posibilidades regulatorias en la Constitución. Se trata de un tema, por ende, de difícil solución por parte del TC (lo que ha demostrado su ambigua jurisprudencia), en que pugnan dos órganos legitimados democráticamente y con claras atribuciones constitucionales en el plano normativo, como son el Congreso y el poder gubernamental. Es necesario considerar, por un lado, el fuerte contenido democrático que encarna la deliberación en el Parlamento de los proyectos de ley y, por otro, la necesaria operatividad que debe poseer la dirección política gubernamental en ciertos asuntos, por lo que nadie puede desconocer la legitimidad constitucional de la potestad reglamentaria, tanto en su vertiente de ejecución como autónoma.

Planteadas así las cosas y a la luz del contenido regulativo del Decreto Supremo 264 impugnado, se cree, en primer lugar, que el exceso regulativo del reglamento –en cuanto norma de estricta ejecución– podría circunscribirse a un asunto de mera legalidad y no de constitucionalidad, especialmente teniendo en cuenta la naturaleza de la Ley General de Telecomunicaciones, una ley marco y con un claro contenido técnico. Como segunda cuestión, no es del todo claro que la reserva legal contenida en los artículos 63 n° 2 y 19 n° 12 inciso 5° de la Constitución sea del todo pertinente en esta materia, ya que la innovación antes aludida del Decreto Supremo podría estar enfocada en la esfera material indeterminada del artículo 63 n° 20 (reserva formal de ley), en donde confluyen también la potestad reglamentaria autónoma y las leyes de bases generales (como es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones). Es decir, el exceso regulativo podría estar en la esfera normativa de la potestad reglamentaria independiente, la cual, mientras no esté regulada por una ley (es decir, cuando no exista un apoderamiento legislativo previo), podría normarse por esta vía reglamentaria, que claramente está inutilizada ya que la propia Administración se ha auto limitado en su uso, muchas veces motivada por oscuros atavismos de traumas políticos del pasado (los cuales han sido muy fructíferos en la estructura y práctica constitucional chilena). Finalmente, respecto a este caso, existe también el peligro de cuestionar la oportunidad o mérito que ha ponderado el Ejecutivo para dictar el Decreto Supremo, asunto que podría llevar a un juicio de mérito por parte del TC, sobre todo si es seducido en este asunto por el nebuloso argumento de la "densidad normativa", de difícil ponderación especialmente teniendo en cuenta la debilidad configurativa de la Constitución.

Dicho todo lo anterior, creemos que la decisión del TC apunta en la dirección correcta, aunque la última palabra corresponde al Congreso Nacional, lo que no implica desconocer la regulación que ha realizado en esta materia el Ejecutivo.

4. Conclusiones

A partir del hecho que, por una parte, existe una clara debilidad teórico-regulativa en la ordenación de las potestades normativas en Chile y que, por otra, su configuración se caracteriza por una heterogeneidad de reservas legales y múltiples combinaciones, se postula que existe la necesidad de redefinir la función de la reserva legal en nuestro Estado constitucional y democrático, y, especialmente, su vinculación con los derechos fundamentales.

A partir de esta propuesta, estimamos que no sería sostenible ni operativo plantear una tesis basada en una idea rígida de la reserva ya que no siempre la pérdida de intensidad o flexibilización de las leyes puede verse como un fenómeno contrario a las exigencias y rol de la reserva legal. Es decir, flexibilizar no necesariamente significa relativizar o debilitar la reserva, puesto que, en la relación ley-reglamento, este último debe regular todo lo indispensable para garantizar la aplicación de la ley. No sería coherente, por lo tanto, argumentar interpretaciones extensivas de la reserva legal, las que, lejos de ampliar las competencias del legislador, muchas veces conducen a dificultar la necesaria actuación de la Administración. Claramente, la intensidad de la reserva se modula en función de la materia y, a mayor grado de afectación de un derecho fundamental, menos flexible serán las posibilidades de remisión de la ley al reglamento; sin embargo, creemos que el ejercicio de la potestad reglamentaria reconoce un cierto margen para introducir opciones políticas, pues la Administración, como poder legitimado democráticamente y con un claro reconocimiento constitucional de tal potestad, no pondría necesariamente en entredicho, con su ejercicio normativo de colaboración, la función de garantía de la reserva legal ni tampoco transgrediría el pluralismo democrático.

AUTONOMÍA Y RESPONSIVIDAD: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD

Fernando Muñoz [1]

Las que siguen son reflexiones sobre la relación entre derecho y sociedad. Ellas buscan trazar un mapa conceptual de los posibles modos de concebir dicha relación, así como sugerir la incidencia que dichas concepciones tienen sobre la cultura interna de los operadores jurídicos. A partir de la dicotomía fundamental autonomía/responsividad, se promueve el desarrollo de una cultura jurídica más atenta al contexto social que aquella que caracteriza históricamente a Chile.

1. Introducción: Derecho y sociedad

Existe un plano de la reflexión académica prácticamente abandonado en las facultades de derecho chileno. Me refiero al estudio de la relación entre derecho y sociedad. Pese a que en otras latitudes esta área investigativa es reconocida como una disciplina específica, dotada de su propio arsenal teórico y sus propios problemas,[2] nuestro medio pareciera ser totalmente ajeno a ella.

Irónicamente, muchas facultades de derecho entregan el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas *y* Sociales, lo que sugiere que ellas asumen que hay algo en la formación de los abogados que tiene un carácter distintivamente *social*. Desde luego, que los abogados *trabajen en sociedad*, relacionados estrechamente con el acontecer social, no puede ser la explicación de ello; si así

1 Doctor en Derecho, Escuela de Derecho de Yale. Profesor de Derecho Constitucional e Historia del Derecho, Universidad Austral de Chile.
El presente trabajo expone, de manera reformulada, parte de los contenidos de mi tesis doctoral. Agradezco, en consecuencia, a Robert C. Post, Decano y Profesor de la cátedra Sol & Lillian Goldman de la Escuela de Derecho de Yale, quien fuera mi director de tesis y con quien discutiera con detención las ideas que estructuran este documento.

2 Ver, por ejemplo, Sarat, Austin (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, (Blackwell Publishing) 2004.

fuera, médicos, arquitectos, y prácticamente cualquier otro profesional podría agregar *y Sociales* a sus respectivos títulos académicos. Que la ciencia jurídica sea concebida como una de las ciencias sociales[3] pareciera ser una explicación más indicada, ya que atiende a criterios *disciplinarios* para justificar la denominación del grado académico en cuestión. Aun así, dicha relación no basta para explicar la presencia simultánea tanto de la especie (ciencias jurídicas) como del género (ciencias sociales).

La clave pareciera estar en el cambio de denominación que la unidad académica respectiva de la Universidad de Chile viviera, de "Facultad de Leyes i Ciencias Políticas"[4] a "Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", cambio consagrado en el Estatuto Orgánico de la Enseñanza Universitaria dictado el 20 de mayo de 1931.[5] No parece aventurado sugerir que dicho cambio de denominación responde a la recepción entusiasta por parte de la élite académica, a principios del siglo XX, de las ciencias sociales desarrolladas en las cátedras universitarias europeas. El mejor ejemplo de ello se encuentra en Valentín Letelier, una de las dos "personalidades señeras" en "la historia del pensamiento jurídico chileno", según lo expresado por Aníbal Bascuñán en el prólogo a la reedición de 1967 de la obra "Jénesis del Derecho i de las Instituciones Civiles Fundamentales".

Letelier publicó dicho libro en 1919, poniéndole por subtítulo "Estudio de sociolojía jurídica". Son precisamente los trabajos de Letelier en el campo del *sociologismo jurídico* los que, en opinión de Bascuñán, le equiparan con Rafael Fernández Concha, inspirador y principal cultor del *jusnaturalismo tomista*.[6] Según Bascuñán, Letelier y Fernández "orientaron con tal autoridad a sus seguidores que, por un extenso lapso, éstos, recorrieron los mismos senderos y recolectaron los mismos frutos en los campos del saber que sus guías frecuentaron y cultivaron".[7] Ahora bien, la corriente iusnaturalista de

3 Dejaré de lado aquí la discusión sobre la *cientificidad* de las ciencias jurídicas. Para esa discusión, ver Muñoz, Fernando, "De la dogmática jurídica al análisis socio-jurídico" (trabajo preparado para el Encuentro Nacional de Profesores Jóvenes de Derecho Constitucional llevado a cabo en octubre de 2010 en Viña del Mar, en preparación para su publicación).

4 Esta denominación, en palabras de Andrés Bello, respondía a que dicha Facultad tenía por propósito "no sólo proveer al país de hábiles jurisconsultos, sino de hombres capaces de desempeñar las altas funciones de la administración y de la legislatura, y de dirigir la opinión pública". Serrano, Sol, *Universidad y Nación: Chile en el siglo XIX*, (Editorial Universitaria) 1993, p. 171.

5 Rioseco, Marcelo, *Universidad de Chile: 160 años haciendo historia*, (Editorial Universitaria) 2002, p. 50.

6 Bascuñán, Aníbal, "Proemio a una Edición", en Letelier, Valentín, *Génesis del Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile) 1967, p. vii.

7 Ibíd.

Fernández puede exhibir una continuidad histórica hasta el presente que la corriente socio-jurídica no puede, al punto que de la filosofía del derecho ha rebasado al campo del derecho constitucional –e incluso administrativo– en la forma de un "constitucionalismo pontificio y originalista",[8] en expresión de Ruiz Tagle.

En cierta medida, la pérdida de continuidad académica del *sociologismo jurídico* se debe a las repercusiones en el plano académico de los procesos políticos que configuraron al Chile actual.[9] Esto se ve bien reflejado, nuevamente, en los cambios terminológicos experimentados en la Universidad de Chile: tras haber recibido brevemente la denominación de "Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales" durante la Unidad Popular, expresión que daba cuenta de un esfuerzo por reorganizar el estudio y la enseñaza del derecho de acuerdo a parámetros teóricos en sintonía con la filosofía que inspiraba a dicho gobierno, ella pasó en 1975 a llamarse "Facultad de Derecho" a secas, como expresando el deseo de concentrarse exclusivamente en aquello que la comunidad profesional consideraba propiamente como *jurídico*. En términos más sustantivos, mientras el iusnaturalismo gozaba de protagonismo académico[10] e incluso institucional al convertirse en la ideología oficial del Régimen[11] y de su Constitución,[12] aquellas iniciativas que apuntaban al estudio de la relación entre derecho y sociedad, incluyendo programas de colaboración con centros dedicados a la materia en universidades estadounidenses[13], así como la colaboración investigativa entre la mayoría de las facultades de

8 Ruiz-Tagle, Pablo, *La República en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, (Lom Ediciones) 2006, p. 139.

9 Sobre esta discontinuidad, ver Sierra, Lucas, "Derecho, cambio social y los juristas en Chile: de la estridencia de los 60 al silencio de hoy", en Saba, Roberto (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, (Editores del Puerto) 2003.

10 Gaete, Sergio, "El Poder Constituyente: Discurso de Inauguración de las Novenas Jornadas de Derecho Público", en Blumenwitz, Dieter y Gaete, Sergio, *La Constitución de 1980: Su legitimidad*, (Editorial Andrés Bello) 1981, p. 35: "El Derecho Natural y el Derecho Positivo forman un sistema unitario de organización jerárquica, pues las normas positivas se desprenden de los principios éticos fundamentales".

11 Junta de Gobierno, *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, (Editora Nacional Gabriela Mistral) 1974, p. 13: "En consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo, el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad".

12 Ver Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: Autoridad y libertad*, (Lom Ediciones) 2000.

13 Ver Gardner, James, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, (University of Wisconsin Press) 1989, pp. 127-190, y Merryman, John Henry, "Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program", en *American Journal of Comparative Law*, 48, 2000, p. 481.

derecho nacionales,[14] fueron clausurados sin haber encontrado eco hasta el día de hoy.

Sea como sea, esa interrupción ha de terminar. A fin de cumplir a cabalidad sus funciones como centros de creación de conocimiento y de formación profesional,[15] las escuelas de derecho harían bien en entenderse a sí mismas como Facultades de Ciencias Jurídicas *y* Sociales. Para ello han de reanudar ese estudio socio-jurídico que tuviera en Letelier a su primer y más destacado cultor entre nosotros. Dicho enfoque, al menos tal como lo entiendo yo, no pasa por adoptar métodos de análisis cuantitativos en el análisis jurídico, sino más bien por la incorporación de preguntas y temáticas que atiendan al contexto social en que se desarrollan las instituciones jurídicas. Este trabajo busca, por lo tanto, sentar algunas premisas conceptuales a partir de las cuales enfrentar con mayor detalle el estudio del fenómeno socio-jurídico en Chile.

2. Premisas conceptuales

La primera pregunta es qué quiero decir cuando hablo de *derecho* y *sociedad*. Si bien dichos términos son bastante sugestivos, es decir, están dotados de aquello que algunos metodólogos denominan *resonancia*,[16] sigue siendo conveniente que explicite qué entiendo por tales conceptos a fin de facilitar la lectura de este trabajo.

Empleo los conceptos de "derecho" y "sociedad como expresivos de dos dimensiones, niveles, o planos de la actividad humana: lo "jurídico" y lo "social". Dada la extensión de dichos planos, éstos no se pueden definir mediante una enumeración de objetos que pertenezcan a su campo sino mediante la identificación del criterio mediante el cual dichos objetos serán imputados a una u otra dimensión.

En el caso del derecho, existen distintas respuestas a la pregunta de qué constituye algo como *derecho*; casi tantas como personas que han escrito sobre

14 Ver Bascuñán, Antonio y Figueroa, Gonzalo, *Derecho y sociedad*, (Centro de Promoción Universitaria) 1978.

15 Sobre la relevancia de las ciencias sociales en la formación profesional, ver Holmes, Oliver W., "The Path of the Law", en *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 61. En este influyente discurso del Juez Holmes se delinea tanto un paradigma para entender el derecho, el cual Holmes ve como la formulación de predicciones sobre qué harán las cortes, así como un programa educativo, entrenar a los futuros abogados en la elaboración de dichas predicciones, e investigativo, incorporar a la agenda académica aquellas disciplinas que permitan entrenar a los abogados en la elaboración de dichas predicciones.

16 Gerring, John, *Social Science Methodology: A Criterial Framework*, (Cambridge University Press) 2001, p. 52: "El grado en el cual una definición tiene sentido, o es intuitivamente clara, depende de en qué medida se adecúa a o choca con su uso establecido, tanto dentro del lenguaje cotidiano como dentro de la región especializada del lenguaje en la cual el término sea empleado".

el tema. De ellas, por su compatibilidad con la perspectiva analítica de este trabajo, seguiré la propuesta teórica de Hart en cuanto a que el derecho es un sistema normativo unificado por la existencia de un punto de vista interno, es decir, por una actitud de adhesión ante el conjunto de dichas normas.[17] Debido a ello, el caso paradigmático de lo jurídico consiste en la adjudicación, la resolución de conflictos por parte de los tribunales, dado que su labor expresa de manera ejemplar la actitud del participante que acepta las, por así llamarlas, reglas del juego. En torno a la adjudicación giran diversas actividades de naturaleza anfibia: son jurídicas, pero también son políticas –la producción de normas por parte de los órganos legislativos–; pedagógicas –el estudio de dichas normas en las escuelas de derecho–, empresariales –la formulación de estrategias que permitan evitar la litigiosidad–, en una enumeración que no pretende ser taxativa.

¿Qué es, en este contexto, la *sociedad*? Lo *social*, sugiero, consiste tanto en (1) el medioambiente dentro del cual se desarrollan las actividades antes mencionadas, como (2) en aquellas actividades que, proviniendo desde el mundo no especializado, se superponen en ciertos aspectos y en ciertas circunstancias con las actividades propiamente jurídicas. Así, el contexto cultural, desde los valores transmitidos mediante procesos educativos formales e informales hasta la opinión pública, influencia la interpretación de los textos jurídicos que hagan los operadores jurídicos. Asimismo, los movimientos sociales y la ciudadanía en general formulan sus pretensiones y puntos de vista en envoltorios de apariencia jurídica, tales como *derechos*, *justicia*, *legalidad* o *legitimidad*. Lo *social*, por tanto, sin pertenecer a la esfera de lo estricta y propiamente jurídico se le presenta, a veces de manera implícita y otras veces bien explícitamente, al *derecho* en el desarrollo de sus funciones.

Ambas esferas o planos están, desde luego, necesariamente interconectadas. La teoría de sistemas de Luhmann observa que lo jurídico dispone de mecanismos estructurales para utilizar lo social como insumo:[18] así, las escuelas de derecho reciben a personas carentes de instrucción jurídica a fin de entrenarlas en dicha técnica y, de paso, les transmiten una cultura y un voca-

17 Hart, Herbert, *The Concept of Law*, (Oxford University Press) 1994. Comúnmente se destaca de Hart su noción del derecho como la unión de reglas primarias y reglas secundarias, de entre las cuales destaca la regla de reconocimiento, énfasis que refleja el aspecto *analítico* de dicho trabajo. Mi foco en el punto de vista interno, en tanto, se concentra en su aspecto *socio-jurídico*. Ambos aspectos son reconocidos por Hart, quien califica su libro tanto como un ensayo en *jurisprudencia analítica* como de *sociología descriptiva*, p. vi.

18 Luhmann, Niklas, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", en *Cardozo Law Review*, 13, 1992, p. 1419.

bulario propio de quienes practican el derecho; el proceso legislativo convierte sistemáticamente las preferencias sociales en normas obligatorias de alcance general; y los abogados sirven de mediadores entre las preferencias de sus clientes legos y el sistema normativo.

Sin embargo, la existencia de dichos mecanismos estructurales de acoplamiento entre lo jurídico y lo social no zanja definitivamente la pregunta, tanto en un sentido descriptivo como en un sentido prescriptivo, sobre la relación entre derecho y sociedad. ¿Son las normas que integran el sistema jurídico autosuficientes, o requieren de insumos provenientes de otras áreas para poder ser implementadas? ¿Aplican los jueces criterios culturales o valóricos, es decir, criterios no jurídicos, al momento de fallar? ¿Podría ser de otra forma? ¿En qué casos nos parecerá correcto que ello sea así y en qué casos no? ¿Cómo debieran actuar los operadores jurídicos ante los elementos no jurídicos presentes en su actividad? ¿Debieran negar su existencia o, en lugar de ello, tematizarla abiertamente? Y, de manera relacionada, ¿qué tipo de preparación debieran recibir los futuros operadores jurídicos? ¿Una que se concentre en la comprensión del sistema de normas desde una perspectiva interna? ¿Qué tipo de preguntas debieran integrar la agenda investigativa de quienes se dedican al estudio académico del derecho, la elaboración dogmática de las normas o la exploración de los intersticios por donde se cuela la facticidad? El estudio de la relación entre derecho y sociedad, en suma, se aboca a estas y otras preguntas.

3. Dos estados: Sincronía y asincronía

Una primera pregunta sobre dicha relación es de carácter dinámico o, si se quiere, diacrónico. ¿Cómo se relacionan derecho y sociedad en términos de sus respectivos grados de desarrollo funcional?

Esta pregunta es importante porque, como veremos a continuación, de ella se desprenden distintos tipos de discurso sobre la relación entre derecho y sociedad que han sido tremendamente importantes en nuestra historia. Ella supone la posibilidad de que uno u otro elemento –derecho y sociedad– estén, en nuestra opinión, en etapas más o menos avanzadas. ¿Qué pasa si tenemos que el derecho está más avanzado que la sociedad, o viceversa? ¿O si tanto derecho como sociedad se encuentran en estados primitivos? En resumidas cuentas, hay dos posibilidades fundamentales: o bien existe *sincronía* entre derecho y sociedad, es decir, derecho y sociedad se parecen entre sí en un sentido relevante para el observador; o bien existe *asincronía* entre derecho y

sociedad, lo que indica que se diferencian entre sí de una manera relevante para el observador. Los casos de sincronía son los más polares: en ellos, o bien tanto derecho como sociedad son bien evaluados, configurando un *noble sueño*, o bien ambos son mal evaluados, resultando en una *pesadilla*.[19] En los casos de asincronía, el hablante implícitamente plantea la necesidad de que el elemento mejor evaluado mejore al otro; ya sea que el derecho reforme la sociedad o que el derecho sea actualizado para satisfacer a la sociedad. De esta forma, tenemos la siguiente tabla:

	Derecho bien evaluado	Derecho mal evaluado
Sociedad bien evaluada	(1) Noble sueño	(2) Modernizar al derecho para satisfacer a la sociedad
Sociedad mal evaluada	(3) Modernizar la sociedad mediante el derecho	(4) Pesadilla

Como dijera, cada uno de estos casilleros representa un tipo de narrativa respecto de la relación entre derecho y sociedad. Ejemplo del casillero (1) es la valoración que de la Constitución de 1833 hiciera Alberto Edwards, "monumento sólido e inconmovible"[20] cuyo valor reposa en "las dos más poderosas tradiciones de organización y gobierno, que nos habían legado tres siglos de coloniaje; la centralización y la autoridad".[21] Ejemplo del casillero (2) es la caracterización de Eduardo Novoa de "la legislación vigente, considerada en su integridad", como "una legislación inadecuada",[22] situación que en su opinión volviera "indispensable poner la legislación chilena a tono con las necesidades sociales del momento", así como "hacer otro tanto con los juristas chilenos".[23] Ejemplo del casillero (3) es la afirmación de Eduardo Frei Montalva que la "transformación de la estructura social y económica del campo chileno se ha llevado adelante fundamentalmente a través de la Reforma Agraria", completada mediante "la aprobación por parte del Congreso de la reforma constitu-

19 Ver Hart, Herbert, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford University Press) 1983.

20 Edwards, Alberto, "La Constitución de 1833", en *Revista Chilena de Derecho*, 2, 1975, p. 5.

21 Ibíd., p. 7.

22 Novoa, Eduardo, "Crisis en el sistema legal chileno", en *Obras escogidas: Una crítica al derecho tradicional*, (Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar) 1993, p. 97.

23 Ibíd., p. 106.

cional que permitió realizarla verdaderamente, y de la ley de Reforma Agraria que fue dictada en Julio de 1967".[24] Ejemplo del casillero (4) es todo discurso que, siguiendo a Engels, sostenga que el ordenamiento jurídico y su aparato administrativo es "el Estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante que, con ayuda de él, se convierte también en la clase políticamente dominante, adquiriendo con ello nuevos medios para la represión y la explotación de la clase oprimida".[25] Todas estas afirmaciones plantean una proposición diacrónica respecto de la relación entre derecho y sociedad; y, en consecuencia, aspiran a enmarcar el pensamiento y la acción en este plano.

4. Dos concepciones: Autonomía y responsividad

Una segunda pregunta sobre la relación entre derecho y sociedad es de carácter estático o, si se quiere, sincrónico. ¿Cómo encara el derecho a la sociedad? ¿Cómo se enfrenta a las expectativas y estímulos de todo tipo provenientes de ese plano?

El carácter binario de esta pregunta arroja dos posibles respuestas: o bien el derecho reacciona frente a la sociedad protegiéndose a sí mismo o bien se pone al servicio de ella. Esta distinción básica engendra dos modelos para entender la relación entre derecho y sociedad y la intersección entre derecho y política. Uno de ellos, que denominaré la *autonomía* del derecho, consiste en la creencia que el derecho contiene una racionalidad propia, inmanente, a la cual deben ser sometidos los hechos sociales que se le presentan. Para esta concepción el derecho, comportándose como un factor o elemento activo, estructura a la sociedad, el elemento que se comporta como un factor pasivo. Así, por ejemplo, para Soto "el Derecho es instrumento civilizador", no "mera fachada formalista",[26] pues es "una determinación, una medida" que "del mismo modo que un molde o matriz" va "moldeando las relaciones sociales dándoles su propia forma", "impregna[ndo] de orden la vida colectiva" y "constriñ[endo], también, a las energías vivas de la comunidad a elevarse hasta su propia altura, a llevar grabada su marca específica".[27] El otro modelo,

24 Frei, Eduardo, *Sexto Mensaje al Congreso Nacional*, (Imprenta Servicio Prisiones) 1970, p. 65.

25 Engels, Friedrich, *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, (Melsa) 2001, p. 222.

26 Soto, Eduardo *Derecho Administrativo: Bases fundamentales, Tomo* I, (Editorial Jurídica de Chile) 1996, p. 347.

27 Ibíd., p. 348.

al que me referiré como la *responsividad* del derecho,[28] consiste en la creencia que el derecho encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la cual sirve como un medio a un fin. Para este punto de vista, la sociedad es el término activo que estructura al derecho, el elemento pasivo.[29] Así, Novoa considera que "el papel propio del jurista empieza recién cuando se trata de traducir en normas jurídicas, precisas y distintas, el comportamiento que deben observar los miembros de la sociedad"[30] una vez que "el poder político asesorado por técnicos sociales" ha hecho la selección, "considerando las circunstancias de la vida social", del "modelo de organización social"[31] a ser implementado en concreto. Esto es así porque, según Novoa, "el derecho carece de un contenido propio y constituye únicamente un conjunto de formas que el legislador utiliza para alcanzar efectos prácticos en la conducta de los hombres".[32]

Autonomía y responsividad son dos ideales de derecho contrapuestos: dos imágenes distintas y que compiten entre sí, cargadas de atractivo emocional y racional, acerca de por qué obedecer al derecho es algo valioso, por qué el imperio de la ley es un proyecto de sociedad que vale la pena. Los discursos así construidos contarán con sus propios mitos fundacionales, sus ritos justificatorios, sus héroes, santos, y demonios; buscan darle significado o sentido a la realidad, a nuestras prácticas sociales y a nuestra vida en común. Su carácter fundamentalmente normativo le permite a estos discursos cumplir funciones justificatorias y prescriptivas: dan cuenta de por qué actuamos como lo hacemos y de cómo podemos mejorar. Al dar una respuesta a la pregunta de por qué es valioso vivir bajo el imperio del derecho, autonomía y responsividad

28 Utilizo este adjetivo, castellanización del término *responsiveness*, para expresar la idea de aquello que es capaz de dar respuesta a los estímulos que se le presentan. Por cierto, no soy el primero en intentar introducir este neologismo, y el concepto socio-jurídico que él expresa, en nuestro instrumental teórico. Ver Montt, Santiago, "Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales", en *Documento de trabajo 4*, (Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile) 2010.

29 Como puede comprobar el lector, el carácter binario de estas estructuras se reitera al interior mismo de cada una de ellas, dado que administran jerárquicamente la relación derecho/sociedad asignando un rol positivo y uno negativo. Uno de los temas recurrentes en la filosofía contemporánea, en efecto, es la identificación de las oposiciones o dicotomías que estructuran nuestra percepción de la realidad. Para una introducción a estos temas escrita por un académico jurídico, ver Broekman, Jan M., *El estructuralismo*, (Herder) 1979.

30 Novoa, Eduardo, "Algo sobre la noción de derecho", en *Obras Escogidas: Una crítica al derecho tradicional*, (Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar) 1993, p. 32

31 Ibíd, p. 31.

32 Ibíd, p. 39.

cumplen a nivel social la función que Kelsen asignaba a nivel conceptual a la *Grundnorm*, "fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico".[33]

Como ideal de derecho, la autonomía apela a la autoridad de la experticia, del dominio de los profesionales del intrincado y exigente mundo del conocimiento jurídico. Desde esta perspectiva, la autonomía del derecho ha de ser defendida para preservar la integridad del imperio de la ley contra su disolución en mera argumentación moral, su violación por parte de los actores políticamente motivados, y su rendición a la opinión pública o las preferencias populares. Para la autonomía del derecho, las esferas sociales situadas más allá de los límites de lo jurídico –es decir, la moral, la política, la opinión pública– son imaginados pesimistamente, como posibles amenazas a la pureza y la integridad de la ley.

Por su parte, la responsividad apela a la autoridad de la identidad comunitaria, de la capacidad del derecho de reflejar el ethos social y de satisfacer a los destinatarios de las normas. Desde esta perspectiva, la responsividad es una condición necesaria para su legitimidad, por su capacidad de despertar una aceptación casi espontánea y responder a los problemas y necesidades propias del lugar y tiempo en que existe. Para la responsividad, las esferas o prácticas sociales que están más allá de los límites de lo jurídico son imaginadas con optimismo, como fuentes inagotables de autoridad y de renovación.

Estos dos ideales del derecho expresan acertadamente temas más amplios del imaginario social de la modernidad,[34] tales como los valores del conocimiento especializado y del autogobierno, el poder universal de la razón y el arraigo profundo de lo local; por esta razón, a pesar de que podamos abrazar con pasión un imaginario u otro de manera recíprocamente excluyente, finalmente no podemos descartar ninguno de ellos de nuestro discurso colectivo. Son modalidades de argumentación jurídica fundamentales, rasgos distintivos del discurso jurídico que están profundamente arraigados en nuestro imaginario social y profesional.

Autonomía y responsividad presentan, en definitiva, una relación compleja entre sí. Compiten pero también se complementan. Forman, en definitiva, una oposición binaria que estructura nuestra percepción del fenómeno social, un complejo o conjunto dialéctico, una *complexio oppositorum*.

33 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Eudeba) 1960, p. 113.

34 Ver Taylor, Charles, *Imaginarios sociales*, (Paidós) 2006.

5. La cultura jurídica chilena: Legalismo y juridificación constitucional

Autonomía y responsividad son patrones discursivos a los cuales los hablantes recurren para expresar sus visiones sobre la relación entre derecho y sociedad. Dichos discursos, agregadamente, constituyen la cultura jurídica de una sociedad; cabe preguntarse, en consecuencia, ¿qué patrones discursivos predominan en nuestra cultura jurídica? Creo, al respecto, que nuestra cultura jurídica se caracteriza por una actitud *legalista* que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, viene a ser reforzada al desarrollarse una concepción legalista o *juridificada* de los contenidos normativos de la Constitución.

Para entender el carácter legalista es necesario remontarse al siglo XIX. El discurso jurídico chileno se articula tempranamente en torno a la producción intelectual y legislativa de Andrés Bello y Mariano Egaña. Ambos fueron los juristas de cabecera del régimen establecido tras el triunfo en Lircay de las tropas de José Joaquín Prieto, dándole forma jurídica al proyecto político autoritario pero modernizador de dicho régimen. El trabajo de Bello y Egaña fue sumamente productivo en ese sentido. Durante el gobierno de Prieto no solo se aprobó la Constitución de 1833, con una visible intervención de Egaña en su redacción y una más discreta participación del recién llegado Bello. También se aprobó, a partir del 1 de febrero de 1837 y hasta el 31 de mayo de 1839, más de setenta leyes puestas en vigencia por el Presidente en virtud de una amplísima ley de facultades extraordinarias dictada por el Congreso el 31 de enero de 1837 con ocasión de la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana. Estas leyes, conocidas como las *leyes marianas* a raíz del ideólogo de este primer *resquicio legal*, dejaron en claro hasta el día de hoy quién está detrás de la mítica figura interpretativa del *legislador*: el Presidente y, más concretamente, sus equipos jurídicos. El desprecio por la labor deliberativa del Congreso llegó al punto de que un proyecto de legislación procesal preparado e impulsado en el Congreso por el senador Egaña fue puesto en vigencia casi en su totalidad el mismo 1 de febrero de 1837 por el asesor presidencial Egaña.

En cuanto a la conducción política, el régimen pelucón colocó al Presidente por sobre el Congreso; y, en cuanto a la producción de normas jurídicas, al proceso legislativo por sobre el proceso judicial. En esto, el peluconismo seguía la senda de los estados europeos, que ya desde el siglo XVII habían buscado centralizar la producción de normas jurídicas en el poder político restringiendo la discrecionalidad de los tribunales. El Código Civil redactado por Bello dejaba en claro desde sus primeras líneas que el poder de crear

derecho, esto es, de mandar, prohibir o permitir mediante una declaración de la voluntad soberana, se hallaba radicado en la ley, mientras que la fuerza obligatoria de las resoluciones judiciales estaba confinada a los casos en que aquella fuera ejercida. Reforzando este punto, el razonamiento jurídico mismo de los jueces fue estructurado estrictamente mediante reglas vinculantes de interpretación que enfatizaban la sujeción del juez al tenor literal de la ley. Contra lo que sugiere la teoría del derecho en la actualidad –esto es, que la discrecionalidad judicial no puede ser eliminada–, el Código parece creer que la ley sí puede controlar de manera determinante la labor adjudicativa de los jueces y que los únicos casos en que esto no ocurre se debe a aquellos puntos en que la ley contiene pasajes oscuros o contradictorios; esto es, a deficiencias de la técnica legislativa.

Bello refuerza esta idea argumentando, desde las páginas de "El Araucano", que no deben "oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas que, pronunciadas por la razón antes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta." Si los jueces pudieran obrar de otra forma "no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados."[35] Por esto, concluye Bello, el juez es "esclavo de la lei." Estas afirmaciones de Bello, desde luego, se sostienen en la premisa de que al obedecer ciegamente a la ley el juez estará en condiciones de alcanzar respuestas unívocas que le eviten la necesidad de ejercer su discreción. Esto, si lo tomamos como una teoría descriptiva de la adjudicación, sugiere una visión bastante ingenua por parte de Bello. Sin embargo, también podemos entender las palabras de Bello como un mito fundacional de la cultura jurídica chilena, que se traduce en el convencimiento o insistencia por parte de los operadores jurídicos de que, como lo resumiera Agustín Squella, "los jueces no producen derecho, sino que meramente aplican un derecho invariablemente preexistente a los casos jurídicamente relevantes de la vida social que ellos conocen y fallan".[36] Esta cultura jurídica, coinciden los comentaristas,[37] es fundamentalmente legalista en cuanto a su confianza en la capacidad de la ley escrita en resolver de manera plena y suficiente los conflictos o contiendas

35 Bello, Andrés, "Observancia de la Lei", en *Obras completas, Volumen 9: Opúsculos jurídicos*, (Impreso por Pedro G. Ramírez) 1885, p. 202.

36 Squella, Agustín, *La cultura jurídica*, (Corporación de Promoción Universitaria) 1992, p. 41.

37 Para una revisión reciente de la materia, ver Baraona, Jorge, "La cultura jurídica chilena: Apuntes históricos, tendencias y desafíos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, p. 427.

que le son presentados. El juez que se asume en esta cultura, no necesita materiales extra-jurídicos para ejecutar sus funciones: todo se encuentra en la ley. La autonomía del derecho, en consecuencia, domina nuestra legalista cultura jurídica.

Esta cultura legalista tenía, durante la vigencia tanto de la Constitución de 1833 como la de 1925, una clara frontera: el derecho constitucional. En esta épica, la Constitución es vista como un documento de naturaleza jurídico-política, más receptivo a los procesos sociales en su estructura y funcionamiento que otros textos como el Código Civil. Reflejo de ello es, por ejemplo, la obra publicada por Jorge Huneeus en 1879: *La Constitución ante el Congreso, o sea, Comentario positivo de la Constitución Chilena*, cumbre de la reflexión iuspública decimonónica. Ella refleja la comprensión de dicho documento como un texto que adquiere su significado a través del debate público, no mediante la especulación dogmática del jurista. Huneeus expresa que su propósito ha sido ser "un modesto espositor i compilador de los debates parlamentarios relativos a la Constitución que nos rije", lo cual desde luego no le impide emitir su "opinion personal en cada caso", entrar "en el campo de la teoría, cuando ello es menester", comparar "con las nuevas las antiguas disposiciones constitucionales que ya han sido correjidas o alteradas", e indicar "algunas de las reformas" que a su juicio habían de ser introducidas "en nuestro Código político".[38] Similarmente, el *Tratado de Derecho Constitucional* de Alejandro Silva, aparecido en 1963, expresa que "el estudio del Derecho Constitucional [...] no se agota en la exégesis de la Ley Fundamental y del derecho que de ella deriva"[39], es en la ciencia política de donde "debe provenir, en su esencia, la concepción del orden que se quiere implantar en el Estado, la inspiración de las soluciones a los problemas públicos, el contenido de las reglas jurídicas que encaucen la acción del poder político y susciten la colaboración de los gobernados, los estímulos que faciliten y hagan constructiva y razonable la obediencia".[40] Para Silva el derecho constitucional, en definitiva, "no puede prescindir de la realidad de la sociedad política, de las fuerzas que en ella actúan, del estudio de los fundamentos, límites y alcance del poder político, de los factores que contribuyen a fortalecer o a debilitar el civismo".[41]

38 Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso, o sea, Comentario positivo de la Constitución Chilena*, (Imprenta de Los Tiempos) 1879, p. vi.

39 Silva, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I: Principios, (Editorial Jurídica de Chile) 1963, p. 14.

40 Ibíd, p. 20.

41 Ibíd, p. 20.

La inclinación del derecho constitucional hacia el reino de la responsividad pareciera haber concluido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Con ella, la hegemonía de la autonomía del derecho conquista un nuevo terreno, el del derecho público, e inicia una nueva era: la de la *juridificación de la Constitución*. Esta se caracteriza porque las ideas fuerza que copan el discurso constitucional –incluyendo nociones como la fuerza normativa de la Constitución, su vinculatoriedad directa, la constitucionalización del derecho o el bloque de constitucionalidad– reflejan la idea de que la Constitución se ha transformado en un documento plena y exclusivamente jurídico y cargado de contenido normativo. Quienes suscriben esta forma de entender la Constitución, ponen el énfasis retórico en presentar a la Constitución como una ley más, dotada de las características de *determinación* y *plenitud* que nuestra cultura jurídica imputara anteriormente a los productos del proceso legislativo. La genealogía de este movimiento es relativamente clara: uno de los autores más influyentes es Eduardo García de Enterría, quien, en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, articula y populariza nociones tales como el *valor normativo* de la Constitución, la *aplicación directa* de esta o la *aplicación conforme a ella de todo el ordenamiento*, entre otras.[42] Junto a él, hay otras influencias como la de Louis Favoreu, quien divulga en el medio chileno *leitmotifs* tales como la *constitucionalización del derecho*,[43] para la cual "la Constitución ha cesado de ser meramente una idea y se ha transformado en una norma, esto es, en una regla jurídica sujeta a aplicación obligatoria",[44] o el *bloque de constitucionalidad*.[45] También hay compañeros de ruta como Germán Bidart, quien escribe –influido por García de Enterría– que la Constitución "tiene *fuerza normativa* en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos".[46] En resumen, como diría el Juez Antonin Scalia, "la Constitución, si bien tiene un efecto superior a otras leyes, es en su naturaleza el tipo de 'ley' que le incumbe a los tribunales".[47] En dichas circunstancias, lo

42 Ver García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, (Civitas),1983.

43 Ver Favoreu, Louis, "La constitucionalización del derecho", en *Revista de Derecho Público*, 59, 1996, p. 50.

44 Favoreu, Louis, «Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1, 1990, p. 82.

45 Ver Favoreu, Louis, "El Bloque de Constitucionalidad", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5, 1990, p. 45.

46 Bidart, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, (Ediar) 1995, p. 20.

47 Scalia, Antonin, "Originalism: The Lesser Evil", en *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, p. 855.

que cabe es hacer dogmática jurídica; no consultar el debate político ni buscar el auxilio de las ciencias sociales o políticas.

La labor del juez constitucional, en consecuencia, si bien se ve robustecida por la Constitución de 1980 respecto de la situación existente durante la vigencia de los textos constitucionales de 1833 y 1925, no es presentada de manera distinta de cómo se entendía la labor del juez ordinario de antaño: ser un médium, un oráculo de la legalidad preexistente. Esta exportación o desplazamiento del modelo de judicatura ordinaria hacia la judicatura constitucional, desde luego, solo se puede verificar en la medida en que la Constitución misma sea considerada como *ley*. Paradojalmente, tal como en el caso de las leyes marianas de 1837, este discurso de la autonomía se construye en torno a un texto –el constitucional de 1980– nacido de la insurrección armada contra el poder político establecido y mediante la sustracción a la deliberación democrática. Quizás por ello la dogmática jurídica, que parte de "postulados cuya verdad y fuerza se [dan] por sentados",[48] es una aproximación teórica tan conveniente.

6. El poder social de la comunidad jurídica

Que el jurista sea presentado como esclavo de la ley legal o constitucional, por supuesto, tiene más que ver con el envoltorio retórico de las instituciones sociales que con su estructura organizacional. Más aun, al presentarse como expertos en un área autónoma del conocimiento, los juristas escinden la justificación de su poder de su capacidad de encontrar en la sociedad la "intuición viva de las instituciones jurídicas en su conexión orgánica"[49] y de servir a sus ciudadanos como "igualadores retóricos".[50] El poder social mismo de la comunidad jurídica es invisibilizado al ignorarse la reflexión sobre la relación entre derecho y sociedad, lo que explica el marginal papel de la ética profesional en la producción académica y los currículos chilenos.

El estudio de la relación entre derecho y sociedad, en consecuencia, no es solo un asunto intelectualmente estimulante. Tiene que ver tanto con la *distribución* del poder como con su *justificación*. Autonomía y responsividad, en efecto, constituyen distintas formas de entender las relaciones entre conocimiento y poder, entre *auctoritas* y *potestas*, entre ciencia jurídica y función

48 Silva, Alejandro, op. cit., p. 20.

49 von Savigny, Friedrich Carl, *System of the Modern Roman Law*, Vol. 1, (J. Higginbotham) 1867, p. 13.

50 Böhmer, Martin, "Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy", en *Fordham Law Review*, 77, 2009, p. 1363.

judicial. El discurso de la autonomía lleva inscrita una pretensión de exclusividad o, al menos, de superioridad en favor de discursos de tipo profesional en la elucidación de contenidos normativos: importa más lo que diga sobre la Constitución un jurista que un ciudadano sin formación jurídica. Ejemplo de ello es, por ejemplo, la Sentencia Rol N° 740 del Tribunal Constitucional sobre la distribución de la *píldora del día después* que, si bien reporta haber recibido documentos presentados por organizaciones sociales y haber escuchado a sus abogados, jamás discute los *argumentos* por ellos formulados. Para el imaginario que sostiene este discurso, el derecho tiene una entidad específica cognoscible a través de reglas de interpretación que le dan determinación a las normas; por lo tanto, solo quienes lo dominan pueden formular con propiedad proposiciones interpretativas. El discurso de la autonomía implica, en términos de la relación entre conocimiento y poder, un *elitismo epistémico* –algunos tienen más capacidades para conocer que otros– que resulta en un *proceso excluyente* (solo algunos están en condiciones de participar). Que esto ocurra en el plano de la teoría de la posesión, desde luego, no parece tan grave como que ocurra respecto del Código Político, cuya textura normativa es mucho más porosa y cuyo arraigo y legitimidad social sigue siendo escaso.

El discurso de la responsividad parte de un imaginario distinto, que gira en torno a la indeterminación de las normas. Con esto establece un límite claro al poder de los juristas: como en los casos de indeterminación no es posible encontrar respuestas unívocas y concluyentes mediante las reglas que el propio ordenamiento jurídico entrega, es necesario recurrir a otras fuentes de determinación de los contenidos normativos. Si las normas no tienen contenidos ciertos y determinados, entonces lo mejor que puede hacer el juez es voltear la mirada hacia su comunidad; así, al menos puede asegurar para el derecho legitimidad social. Y, aunque esto no asegura un proceso participativo, sí al menos sienta las bases conceptuales para un proceso inclusivo en el cual no solo los discursos de carácter profesional sean tomados en cuenta por el órgano adjudicador.

El estudio de la relación entre derecho y sociedad, así como la reivindicación de una forma responsiva de entender dicha relación, puede mejorar nuestras prácticas sociales y robustecer nuestras instituciones. En otro trabajo he abordado la pregunta de cómo una atenta consideración a las dinámicas de autonomía y responsividad debiera transformar nuestro estudio del derecho, con particular énfasis en el derecho constitucional, y distanciarnos del

predominio de la dogmática jurídica.[51] Aquí quiero sugerir, brevemente, que enfatizar la capacidad del derecho de dar respuesta a las expectativas y necesidades sociales debiera mejorar la práctica jurídica, tanto en lo que respecta a la profesión considerada como un todo como al ejercicio de la función jurisdiccional. Una comprensión responsiva de dichas instituciones presenta nuestra práctica jurídica bajo su mejor luz, lo cual a su vez nos permitirá –siguiendo a Dworkin– ajustar dicha práctica a fin de servir de la mejor manera estos ideales convertidos en principios justificatorios de la propia práctica.

7. Una ética profesional responsiva

La comunidad jurídica, el conjunto de los profesionales del derecho como un todo, posee importantes poderes institucionales sustentados en el saber que les es común y que, a su vez, es fuente de prestigio social y, por consiguiente, de ingresos. El título académico de Licenciado en Derecho conduce a la obtención del título profesional de abogado, el cual autoriza a quien lo detenta a patrocinar todo tipo de causas ante los Tribunales de la República. Algunos abogados optan por incorporarse a dicha institución, pudiendo llegar a ejercer la función jurisdiccional como jueces. En su conjunto, todo ese *poder* está sustentado en el *saber* de quienes lo ejercen. La pregunta que formula una comprensión responsiva del derecho es, ¿cómo se ejerce ese poder? ¿Qué ideales lo articulan?

La pregunta por la justificación de la profesión jurídica misma y de los privilegios que van asociados a ella no es únicamente un ejercicio intelectual: a lo largo de la historia de Occidente, la estructura organizacional de la profesión y la extensión de su monopolio sobre la acción legal ha estado varias veces sometida a discusión; piénsese, por ejemplo, en las discusiones en nuestro medio sobre la posibilidad o conveniencia de permitir, usualmente en tribunales de menor cuantía o en procesos cautelares, que los interesados intervengan sin la asesoría de un letrado en dichos asuntos. Usualmente, dichas iniciativas reflejan un reclamo social contra quienes ejercen la profesión de abogado por considerarse que ellos no satisfacen las expectativas que la sociedad pone sobre ellos. Incluso hay quienes, desde dentro de la profesión misma, han articulado estos cuestionamientos. Por ejemplo, en 1939, el profesor de la Escuela de Derecho de Yale y juez Jerome Frank publicó su libro *Woe unto You, Lawyers!*, denunciando la ética profesional de la comunidad jurídica (o

51 Ver Muñoz, Fernando, "De la dogmática jurídica al análisis socio-jurídico".

más bien, la falta de ella) y llamando a la reducción del poder de los abogados. Entre nosotros, los casos en que se autoriza la tramitación de diversos asuntos sin el patrocinio de abogado ejemplifican la tendencia a disminuir el monopolio de los abogados en aquellos casos en que socialmente se considera que la intensidad de su *saber* no alcanza a fundamentar la entrega en exclusividad de parcelas de *poder* y de las rentas que van asociadas a ellas.

Si encontramos en la teoría social contemporánea de raíz nietzscheana la idea de que poder y saber operan en complicidad, en la filosofía política contemporánea de origen kantiano encontramos la afirmación de que todo poder debe contar con una justificación pública, esto es, que de ser formulada pueda ser aceptada por todos sus destinatarios. La profesión jurídica, desde luego, no puede pretender estar exenta de la necesidad de dar justificación de sí misma y de su concentración de saber/poder como fuentes de estatus e ingresos. Esta justificación puede ser realizada a la luz de la *moral positiva*, lo cual nos demanda explorar, mediante los instrumentos de la sociología, la aceptación social existente de la labor de la comunidad jurídica, o de la *moral crítica*, lo cual nos lleva a analizar el poder de los abogados a la luz de principios filosóficamente fundados, esto es, racionales y sistemáticos. La formulación más prestigiosa de dichos principios, en la filosofía política contemporánea, ha sido proporcionada por John Rawls en *Teoría de la justicia*. Dentro de su reflexión, lo más atingente al problema de la justificación de los privilegios asociados a la profesión jurídica es el *principio de diferencia*, que sostiene que las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados y que estén unidas a cargos y funciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades.

¿Están los privilegios asociados a la profesión jurídica en Chile abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades? La pregunta es particularmente relevante respecto de los escalones más altos de la profesión, aquellos donde la conjunción entre saber, poder, estatus e ingresos es más intensa: esto es, en los estudios de abogados más prestigiosos de la capital. Quienes allí se desempeñan acceden a las posiciones más prestigiosas, mejor remuneradas, de mayor especialización intelectual y de mayor influencia entre las existentes en la comunidad jurídica. En este caso, la intuición –desde luego sujeta a evaluación empírica– nos sugiere que dichas posiciones están resguardadas por un triple candado: la conjunción entre capital económico o financiero, capital cultural, y capital social. Pareciera ser que solo acceden a

dichas posiciones quienes tienen niveles de capital cultural y social asequibles en Chile solo para quienes tienen el capital financiero necesario para estudiar en un puñado de no más de cinco colegios y tres o cuatro universidades. En otras palabras, solo unos pocos son lo suficientemente ricos, cultos y bien conectados como para llegar a los altos escalafones de la profesión jurídica; lo cual, a la luz del principio de diferencia, daña severamente la posibilidad de dar justificación a dichas estructuras sociales, que se convierten en meras jerarquías opresivas.[52] Este asunto, como he dicho, requiere una investigación empírica que investigue la correlación entre dichos factores.[53]

¿Están los privilegios asociados a la profesión jurídica en Chile estructurados de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados? Una forma de responder a esta pregunta es de manera empírica, investigando de qué manera los ingresos de los abogados benefician a la sociedad toda a través de impuestos u otros bienes públicos, o incluso de manera más específica preguntándose qué cantidad de horas de trabajo dedica la clase profesional –en su conjunto o de manera desagregada– a entregar servicios jurídicos a los más desaventajados. Al respecto, la Fundación Pro Bono informa en su Memoria Anual 2009 que, durante dicho año, los abogados de los estudios pertenecientes a esta red –los cuales se encuentran entre los más prestigiosos– destinaron 12 horas en promedio al trabajo pro bono, correspondientes en total a 9.967 horas facturables. Un miembro del directorio de dicha fundación compara estos resultados con la meta de 20 horas en promedio anuales fijada por los propios estudios el 2008 y con los porcentajes encontrados entre algunas firmas en Estados Unidos donde el promedio puede llegar a 120 horas anuales,[54] comparaciones que dejan a los altos escalafones de la profesión jurídica en una difícil posición. También cabe preguntarse por el tipo de asesorías que dichos estudios entregan. ¿Favorecen mediante su intervención que los menos favorecidos puedan desarrollar libre y autónomamente sus

52 Entiéndase por opresiva una institución social carente de justificación según los estándares racionales y sistemáticos ya mencionados. Desde luego, no *justifica* dicho poder invocando el saber que tienen quienes desempeñan tales funciones; el saber mismo también es una desigualdad que necesita justificación. Quien estudia en un mal colegio y en una mala universidad tiene derecho a exigirle a quien estudia en un buen colegio y en una buena universidad que justifique sistemática y racionalmente dichas desigualdades educacionales. Ver Ackerman, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, (Yale University Press) 1981.

53 Pierre Bourdieu no solo distinguió los conceptos teóricos de capital financiero, cultural y social, sino que acometió la empresa de sustentar empíricamente los modos en que ellos interactúan. Ver Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean Claude, *Los herederos: Los estudiantes y la cultura*, (Siglo XXI) 2009.

54 *Elmostrador.cl*, "El cara y sello del pro bono en Chile", 25 de septiembre de 2010.

planes de vida? Esta pregunta es particularmente relevante, por ejemplo, en asuntos de familia, de derechos reproductivos y sexuales o de derechos laborales.

También cabe responder a la pregunta del párrafo anterior observando los valores mismos que guían a los altos escalafones de la profesión. En este plano, el panorama parece ser oscuro. Un ejemplo representativo de dicho segmento lo proporciona el destacado abogado y Decano de una escuela de derecho Pablo Rodríguez, quien ha argumentado en las páginas del diario *El Mercurio* que las escuelas de derecho "deben, ante todo, formar abogados capaces de incorporarse al mercado de los servicios jurídicos y actuar en él de modo de servir eficientemente a la comunidad;" es decir, "abogados para organizar y reglamentar con eficiencia la vida social."[55] En esta formulación, la profesión está estructurada fundamentalmente para entregar su servicio de manera remunerada y orientada a los grandes clientes. No sorprende, entonces, que, desde el seno de la profesión misma, es decir, desde el Colegio de Abogados, haya surgido un esfuerzo destinado a cuestionar las normas que facultaban a los jueces a ordenar a los abogados a proveer de servicios gratuitamente a quienes estén beneficiados por el privilegio de pobreza. El resultado de dicho esfuerzo se tradujo en las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 755 del 31 de marzo de 2008, N° 1138 del 8 de septiembre de 2008 y N° 1140 del 14 de enero de 2009, siendo la norma jurídica en cuestión declarada inconstitucional –solo en cuanto establecía la gratuidad de los servicios otorgados en virtud del turno– mediante sentencia Rol N° 1254 del 29 de julio de 2009. Este asunto es cultural, o valórico, si se quiere, más que práctico: lo que interesa aquí es el intento detrás de estos requerimientos por dar forma a los valores culturales que sustentan a la comunidad jurídica. Dichos valores culturales, a la luz del principio de diferencia rawlsiano, no logran tampoco justificar la concentración de saber, poder, estatus e ingresos de los altos escalafones de la profesión.

La noción de responsividad puede ayudar a reformular la profesión jurídica con el fin de cumplir los estándares justificatorios necesarios ya indicados. Cumplir con dichos estándares, dicho sea de paso, no pasa única ni principalmente por aumentar las horas de atención pro bono; exige una reformulación del rol que cumplen los abogados en la sociedad. Esto se debe a que el principio de diferencia nos entrega como norte normativo, como meta a cumplir, la

55 *El Mercurio*, "Misión profesional de la universidad", 23 de mayo de 2009, p. A 2.

noción o ideal de *servicialidad*. Una ética profesional responsiva se hace cargo del rol que Böhmer le asigna a los abogados al calificarlos de *igualadores retóricos*; es decir, de encargados de igualar la deliberación en la sociedad asegurando que los conflictos sean resueltos mediante los mejores argumentos que la comunidad haya sido capaz de producir. Ahora bien, qué quiera decir esta responsabilidad en términos concretos solo puede ser determinado mediante procesos de diálogo social, que estén orientados a desarrollar las capacidades necesarias en los menos favorecidos para convertirse a sí mismos en sujetos políticos, en *ciudadanos*. Una ética profesional responsiva, por lo tanto, debe estar en íntima conexión con una teoría política republicana.

8. Adjudicación responsiva

La capacidad de resolver disputas en el orden temporal de manera vinculante es uno de los poderes más formidables de que goza la profesión jurídica. La comunidad jurídica toda está en condiciones de participar de dicho proceso, pero son los jueces quienes, en última instancia, ejercen directamente dicho poder. Dado el inmenso poder que la función jurisdiccional implica, su ejercicio debe también estar estructurado por una comprensión responsiva que lo justifique de cara a la sociedad.

La justificación de la función jurisdiccional no se agota, como pretende la autonomía del derecho, en la idea de fallar conforme a la ley. La ley no clausura los espacios de discreción judicial debido a sus múltiples puntos de indeterminación. La pregunta, entonces, es cómo habrán de ejercer dicha discreción los jueces. La responsividad sugiere que dicha discreción ha de ser ejercida tomando en cuenta tres elementos: primero, que en la adjudicación están en juego no solo bienes materiales e inmateriales sino también formas de ver el mundo, que la justicia demanda dar protección al más débil y que reestructura la percepción de la adjudicación misma por parte de quienes son parte de ella; segundo, apunta a orientar el sentido en el cual ella se ejerce; y, tercero, enfatiza los límites de la pretensión de conocimiento de los profesionales y, por lo tanto, de su pretensión de resolver ciertos conflictos mediante reglas jurídicas. Veremos a continuación estos tres aspectos.

Una adjudicación responsiva está más atenta a la dimensión cultural del imperio de la ley que una adjudicación inspirada en discursos de la autonomía del derecho. La adjudicación, es cierto, distribuye bienes materiales y jurídicos –derechos– en disputa; sin embargo, no hace solo esto. La litigación es un espacio de confrontación en torno a valores culturales, donde la inte-

racción entre derecho y sociedad es particularmente intensa. El ejercicio de la función jurisdiccional expresado en las sentencias judiciales tiende, por la estructura adversarial del litigio, a *reflejar* los valores culturales socialmente existentes y las tensiones culturales más importantes, todo ello expresado en los argumentos presentados por ambas partes;[56] pero también *interviene* en la sociedad al resolver la contienda en favor de una de las partes y de la narrativa presentada por aquella. La adjudicación, en consecuencia, no solo distribuye bienes sino que también escoge entre distintas narrativas o discursos sociales en disputa. Una adjudicación responsiva, esto es, atenta a las múltiples interacciones entre lo jurídico y lo social, es aquella que incorpora esta dimensión a la comprensión del proceso adjudicativo y a su ejercicio mismo, ampliando el horizonte de consideraciones más allá de lo meramente textual.

Una adjudicación responsiva recoge también las prescripciones contenidas en el principio de diferencia de Rawls. Por lo tanto, sostiene que la actividad jurisdiccional misma, el sentido en el que se fallarán los casos, ha de estar orientada a proporcionar el mayor beneficio a los más desaventajados. Esto, interesantemente, sintoniza con los principios que informan diversas áreas del ordenamiento jurídico desarrolladas durante el siglo XX, como el derecho laboral y el derecho de familia, demostrando que la responsividad cumple con presentar bajo su mejor luz ciertos aspectos de la práctica ya existente. Ahora bien, el principio de diferencia –u otros estándares similares– no nos dice cómo decidir cada caso; lo que sí hace es formular un *ideal regulativo* para la adjudicación, cuyo contenido también habrá de ser llenado por el diálogo social, al que este ideal proporciona un fin u objetivo estructurante, pero no pretende reemplazar. Ciertamente, esto llevaría a los jueces a formular juicios de mérito en ciertos casos, cosa que nuestra cultura jurídica actualmente tiende a rechazar en nombre de la autonomía del derecho. Ahora bien, el abandono de este constreñimiento permitiría a la comunidad social enjuiciar el despliegue explícito de razonamientos que, según sostiene parte de la teoría del derecho contemporánea, inevitablemente se producen en virtud de la indeterminación del derecho.

Finalmente, una adjudicación responsiva estará atenta a los límites intrínsecos del conocimiento jurídico mismo, fundamento a su vez de la pretensión de los profesionales de resolver ciertos conflictos mediante reglas jurídicas. Esto es particularmente aplicable a aquella área del derecho relativa al auto-

56 Dichas divergencias son no solo valóricas, sino que también se extienden a la percepción misma de la realidad. Este hecho es enfatizado por el *Cultural Cognition Project* encabezado por Dan Kahan, profesor de la Escuela de Derecho de Yale. Ver culturalcognition.net.

gobierno de la comunidad, el derecho constitucional, por dos motivos. En primer lugar, en este ámbito el saber de los profesionales del derecho camina sobre suelo menos firme: la textura abierta de los conceptos constitucionales de mayor importancia dificulta que los juristas puedan reclamar frente a los demás miembros de la sociedad una experticia que justifique que ellos llenen de contenido dichos conceptos por sí solos. En segundo lugar, las dinámicas de exclusión que desencadena un discurso irrestricto de la autonomía del derecho, cuya pretensión de saber excluye a quienes no saben, es particularmente problemática cuando se trata de resolver la dirección que la comunidad política habrá de tomar. En lugar de una adjudicación *juridificadora* de la Constitución, pareciera recomendable desarrollar formas de adjudicación constitucional que dialoguen con la ciudadanía y los argumentos que tanto ella como sus representantes presentan. Desde luego, eso a menudo se traduce en una deferencia con los productos del proceso legislativo; pero también puede significar una distancia con ellos, cuando la voluntad popular parezca no acompañarles. Que este último criterio formule más preguntas de las que contesta debiera ser bienvenido por los partidarios de una concepción deliberativa de la democracia constitucional.

Conclusión

Una noción responsiva del derecho expresa mejor que una teoría autónoma del derecho las complejidades que surgen de la relación entre derecho y sociedad. Dicha noción no es completamente ajena a nuestras intuiciones y prácticas sociales; pero sí es lo suficientemente diferente de la concepción del derecho hegemónica dentro de la profesión jurídica chilena como para exigir que ciertas instituciones, prácticas y discursos sean reformulados. Tanto la enseñanza del derecho como la ética profesional han de cambiar, incorporando contenidos curriculares interdisciplinarios, estructurando agendas investigativas que complementen la dogmática jurídica, difundiendo una concepción republicana del rol del abogado dentro de la sociedad, y replanteando nuestra forma de entender la relación entre judicatura y sociedad.

EL MODELO DEMOCRÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980: LA FUERZA DE LA IGUALDAD

Tomás Vial Solar[1]

Lo que se presenta a lectura es una adaptación a partir de uno de los capítulos de mi tesis doctoral. Este fue precedido por un capítulo en el cual se sintetiza la historia de la Constitución de 1980 y el modelo que ella establece, en sus orígenes. También se analiza cómo la doctrina mayoritaria chilena ha entendido la Constitución, básicamente como una que crea un nuevo orden social y económico, una constitución *valórica*, con una visión de la democracia que podría ser llamada *guzmaniana*, es decir, meramente instrumental, *vis-à-vis* los valores y derechos constitucionales. Se da cuenta también de las críticas a la Constitución, particularmente a sus enclaves autoritarios. Esto establece el contexto para el capítulo que a continuación se resume, que tiene como objeto ofrecer una visión alternativa a las antes expuestas y que servirá para establecer el entramado constitucional necesario que permita alegar por el reconocimiento constitucional de un derecho de acceso a la información como derecho constitucional, propósito final de la investigación.

¿Cómo entender la Constitución de 1980 de una forma tal que se sea consciente de su origen autoritario, pero a la vez aquella sirva a los propósitos de la autodeterminación y de la igualdad? Este es el propósito del trabajo que a continuación se presenta.[2]

---

1 Abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; PhD, University College London (UCL); Jefe del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello y profesor de la misma cátedra en la Universidad Diego Portales.

2 Quisiera agradecer a los participantes del Coloquio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales por sus valiosos comentarios a un borrador anterior de este trabajo, en particular Francisco Zúñiga, Jorge Correa, Javier Couso, Rodolfo Figueroa y Domingo Lovera.

1. El valor de la igualdad en Chile y las consecuencias constitucionales de respetarlo

El principio de la igualdad es un presupuesto básico del discurso político chileno[3] y un dato normativo fundamental. Pero, al mismo tiempo, como veremos, Chile es una sociedad profundamente desigual. El reconocimiento de esta flagrante contradicción posee importantes efectos respecto a cómo debemos entender la Constitución.

La afirmación de que la igualdad es un presupuesto básico del discurso político se comprueba apreciando que hoy sería imposible una posición política que afirmara la supremacía de un grupo, raza, religión o clase. Esto, que parece obvio en el presente, no fue la tónica en nuestra historia, ni lo es aún hoy en otros lugares de la Tierra. La historia humana es ciertamente mucho más la historia de la discriminación que la de la igualdad. La afirmación revolucionaria de 1776 y 1789 de que los hombres nacen iguales, era, por eso, y aún lo es hoy, impecablemente contrafáctica.

Que la igualdad sea un presupuesto del discurso no significa que haya acuerdo o consenso respecto a qué se entiende por esta. Pero eso es propio de la pluralidad social e ideológica. Y tampoco significa afirmar que los actores políticos y sociales actúen de acuerdo a este supuesto.

Normativamente, la igualdad está ya reconocida en la primera línea de la Constitución (Artículo 1°) y en una serie de otros artículos del mismo cuerpo. Y es también un principio básico de los diversos tratados de derechos humanos que Chile ha firmado y ratificado.[4]

Pero la relación entre Constitución e igualdad va más allá los aspectos normativos ya conocidos. La realidad social condiciona la forma en que las instituciones operan y en cómo se entienden estas. Y el determinante rol político de la Constitución obliga a mirar con mayor detenimiento la sociedad en que ella opera y que aspira a normar. La Constitución no puede ser entendida en forma independiente a la sociedad que pretende organizar en términos políticos, si quiere ser eficaz en ese aspecto, para, como dice Karl Loewenstein en

3 Afirmar esto no significa que los políticos sean coherentes con ese valor, sino que es impensable un discurso que afirme la desigualdad.

4 Como el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y publicado en el Diario Oficial por DS 326, el 27 de mayo de 1989; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, publicado en el Diario Oficial por DS 326, el 27 de mayo de 1989; o el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, publicada en el Diario Oficial por DS 873, el 5 enero 1991.

su *Teoría de la Constitución,* constituirse en una constitución normativa.[5] Y un aspecto de esta sociedad de gran relevancia política y, por ello mismo, constitucional es su alto grado de desigualdad.

Es ya un dato asumido que Chile es una de las sociedades más desiguales del mundo, tal como lo han demostrado Patricio Meller[6] y Dante Contreras[7]. Dentro de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), es el país que posee una mayor desigualdad demostrada con un coeficiente de Gini de 0.50 (de acuerdo al Gini un nivel total de desigualdad es 1 y total igualdad es 0). El promedio de los países de la OECD es 0.31, siendo los países nórdicos los con mayor nivel, como Dinamarca con 0.24 o Noruega con 0.25.[8]

La percepción social coincide con estas cifras. De acuerdo al Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea (CERC), en un estudio del 2003, un 85 % de los chilenos piensa que el país está gobernado para los grandes intereses y otro 84 % estima que en Chile no hay igualdad ante la ley.[9]

El reconocimiento de la igualdad como principio normativo y su carencia de implementación social permiten fundar una serie de principios de interpretación constitucional, los que serán desarrollados a continuación:

- Un propósito fundamental de la Constitución es la obtención de la igualdad en la realidad social, es decir, el igual reconocimiento efectivo de los derechos y libertades de todos los chilenos (a este propósito lo denominaré Igualdad 1);

- Una consecuencia de este objetivo es que las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas preferentemente a favor de la igualdad (Igualdad 2);

5 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, (Ediciones Ariel) 1970, p. 217.

6 Meller, Patricio, "Pobreza y distribución del ingreso en Chile (Década de los 90)", en Paul Drake e Iván Jaksic (eds.), *El modelo chileno. Democracias y desarrollo en los noventa*, (Lom Editores) 1999, p. 41.

7 Contreras, Dante, "Distribución del ingreso en Chile. Nuevos hechos y algunos mitos", en *Perspectivas*, 2, 1999, p. 315.

8 Society at a Glance 2011 - OECD Social Indicators, en http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_37419_2671576_1_1_1_37419,00.html, 13 de abril 2011.

9 Ver en Huneeus, Carlos, *Chile, un país dividido*, (Catalonia) 2003, p. 157.

- La igualdad determina la forma en que se pueden crear normas. La Constitución fue establecida en violación a este principio. Esto provee, al menos, un argumento para no emplear la mal llamada historia fidedigna como medio de interpretar la Constitución.

Estos principios se fundan de la siguiente manera. Tres razones pueden ser dadas, al menos, para el principio de Igualdad 1. Una primera razón es que este se funda en que, pese a que la Constitución no fue creada de acuerdo a la igualdad de participar de todos los chilenos (siendo el respeto a este principio una condición de la legitimidad de las normas, entre ellas la Constitución), para que aquella obtenga esa legitimidad o la fortalezca si es débil, debe ser entendida en forma preeminente como un instrumento para asegurar este valor. Una segunda razón es que la igualdad es claramente un valor constitucional, por lo que su afirmación efectiva no es más que consistencia constitucional. Una tercera razón califica y da mayor peso a las dos anteriores. Se basa en la consideración de que la importancia o relevancia de los valores depende del contexto social en que ellos se viven. Mientras más lejana esté una sociedad de un valor determinado, mayor peso (o urgencia) pasa a tener este. Un ejemplo de eso es el valor de la seguridad. No es igual su valor en una sociedad estable, como Suiza, que en una en guerra, como Irak. Y, en Chile, como hemos visto, la desigualdad es grande, ergo, el peso de este principio es mayor *vis a vis*, otros principios. Esta realidad social lleva a mirar el derecho y la Constitución, en forma preferente, como servidores de la igualdad.

El principio de Igualdad 2 se deduce del principio anterior. Si uno de los objetivos primordiales de la Constitución es la obtención de la igualdad, esto funda un principio de interpretación interna que la favorezca. Este principio posee efectos en la forma en que se entienden tantos los aspectos dogmáticos como los orgánicos de ella. Por ejemplo, la Constitución no define el sistema electoral, pero de acuerdo a este principio interpretativo ella sienta las bases de cómo debe ser.[10] Un segundo efecto es que, en caso de que hayan normas que prima facie sean contrarias a la igualdad, como las que establecían a los

10 Y, por ejemplo, permite criticar el razonamiento del Tribunal Constitucional en el fallo Rol 67, del 12 de mayo de 1989, que rechazó el requerimiento de un grupo de profesores de derecho constitucional contra el proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones, estableciendo los distritos electorales, por señalar que su distribución afectaba la igualdad de los ciudadanos. El Tribunal, en su considerando 10°, rechazó el requerimiento por considerar que la Constitución entregó una amplia discrecionalidad al legislador en esta materia. Claramente el día de hoy sería impensable un fallo como el que comentamos, pero es ese tipo de argumentación (o la falta de ella) la que hace ver la relevancia de aplicar íntegramente la Constitución y, en particular, el principio de igualdad en la adjudicación e interpretación constitucional.

senadores designados, ellas, aun siendo parte de la Constitución, deben ser entendidas en la forma más favorable a la igualdad. Una aplicación actual de este principio, por ejemplo, es la forma en que debe ser entendido el alcance de leyes orgánicas constitucionales[11] o la definición de familia.[12]

El principio de Igualdad 3 es una aplicación de la igualdad a la forma de ejercer los poderes constituyentes. Estos solo pueden ser ejercidos en base y de acuerdo a la igualdad entre todos los ciudadanos, es decir, por medio de un proceso en que todos puedan participar en igualdad de condiciones, lo que se materializa en unos derechos que concretan esa igualdad. En principio, por ello, es contradictorio con ella darle valor interpretativo a formas de redacción y aprobación que negaron esa igualdad, como lo son, por ejemplo, las actas de la Comisión Ortúzar. Este punto será abordado más adelante.

La desigualdad existente en Chile no solo es un fenómeno actual, sino que también una característica histórica. Ello, como veremos, provee un argumento adicional a la visión propuesta.

2. El peso de la historia: La demanda por autodeterminación

Como ha alegado persuasivamente el historiador Gabriel Salazar, si se observa la historia constitucional del siglo XX se puede llegar a una dramática conclusión: en Chile la Constitución no ha sido nunca producto de la deliberación popular,[13] sino más bien la imposición de una élite o el acuerdo entre partes de ella, siempre con el apoyo o tras la intervención militar. Este es ciertamente el caso de las tres principales constituciones de nuestra historia, la de 1833, 1925 y la de 1980.

11 Lo anterior porque las leyes orgánicas constitucionales, al establecer quórums de hecho *constitucionales* para una larga serie de materias, constituyen una grave alteración del principio democrático que se funda en la igualdad de todos en participar y que, por consiguiente, sostiene que las decisiones, por regla general, debe ser adoptadas por las mayoría, entendida como 50% más 1, pues esa es la regla que, reconociendo que todos valen lo mismo, entrega una forma de llegar a una decisión. Esta regla, dentro del constitucionalismo, puede ser rebajada cuando hay varias opciones en tabla (quórum menores) o aumentada (quórum mayores). Pero, en este segundo caso, la exigencia que deviene en contramayoritaria solo se puede justificar para normas que exijan una particular estabilidad y la necesidad de consenso especial, como lo pueden ser los derechos fundamentales. Pero ese no es el caso de gran parte de legislación orgánica.

12 Una definición de familia que no tomara en consideración la igualdad de los individuos en sus relaciones personales más intimas y que solo se basara en otras consideraciones (plausibles) sería, por ello, inconstitucional. Sin embargo, la igualdad, como en muchos otros casos, no es suficiente para definir el correcto sentido del término constitucional por sí sola. Ella es un aspecto clave, pero debe ser incluida dentro de un razonamiento constitucional más amplio, que considere otros valores y principios constitucionales.

13 Salazar, Gabriel y Pinto, Julio, *Historia contemporánea de Chile, Volumen I. Estado, legitimidad, ciudadanía*, (Lom) 1999, p. 72.

Este hecho histórico permite fundar algunas consecuencias normativas, que se derivan también respecto del principio igualitario. Primero, la falta de participación en la elaboración constitucional y, más ampliamente, en la construcción del Estado en Chile, origina una deuda política en favor del pueblo chileno. Esta deuda histórica provee una razón para una demanda moral: el pueblo de Chile posee un derecho a la autodeterminación no ejercido. Este demanda se funda en la igualdad, que exige que las normas sean decididas con la participación de todos aquellos a quienes van a ser aplicadas. Esta demanda de igualdad es calificada por el contexto histórico. Su peso es mayor cuando menos ha sido reconocida en ese contexto.

Esta deuda provee un argumento para hacer énfasis en la Constitución entendida como un instrumento que organiza y permite la autodeterminación y deliberación ciudadana (Principio Democrático o Principio D).

De esta forma, la Constitución, ilegítima en su origen, pueden devenir en legítima o acrecentar esta calidad si es débil. Como demuestra la misma Constitución de 1925, según ha sido argumentado por Fernando Atria, es la forma en que la Constitución permite el ejercicio democrático lo que asegura su legitimidad en el tiempo, pese a un origen débil en términos democráticos.

Entender la Constitución como un instrumento para la participación provee bases para un principio interpretativo que favorece la deliberación y la participación. Esto significa que el sistema de derechos y las instituciones estatales contenidos en la Constitución deben ser interpretados en forma tal que expandan las oportunidades y medios para que los ciudadanos puedan decidir los asuntos públicos. De esta forma, al considerar dos o más interpretaciones plausibles de una norma constitucional, debe ser preferida aquella que favorezca más las oportunidades de deliberación y decisión popular. [14]

3. La débil legitimidad de la democracia en Chile

El peso de la historia todavía ejerce su fuerza sobre el presente en la forma de una relativamente débil confianza en las instituciones democráticas. Siguiendo a Carlos Huneeus, una de las características de nuestra democracia es el

14 Esto posee importantes consecuencias para la interpretación de normas constitucionales, en particular aquellas que fueron introducidas en el texto original y que poseen una fuerte carga valórica, como las de familia, cuerpos intermedios, bien común, derecho a la vida o a la propiedad. Ellas deben ser interpretadas en forma tal de permitir el mayor espacio de deliberación al legislador democrático.

bajo nivel de apoyo que esta recibe entre los ciudadanos.[15] De acuerdo a sus investigaciones, en Chile la democracia es apoyada por el 50% de la población, en contraste con un promedio latinoamericano de 56 y con un apoyo en Uruguay y Costa Rica de 77 %.[16]

Tabla 1. Apoyo a la democracia 2002 (en porcentajes)

Pregunta	Chile	Argentina	Brasil	Bolivia	Uruguay	America Latina
La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno	50	65	37	52	77	56
En alguno casos un gobierno autoritario puede ser mejor que no democrático	14	17	15	16	10	15
A la gente como yo me es indiferente un gobierno democrático o no	30	14	26	14	9	18
No sabe/no responde	5	4	23	17	4	12

Fuente Latinbarómetro (2002)

Huneeus señala que el nivel de indiferencia a la democracia en Chile es el mayor en la región.[17]

Cifras de Latinbarómetro más recientes apoyan lo anterior. Así, en 2009, ante la pregunta*¿Diría Ud. que (país) está gobernado por unos cuantos grupos poderosos en su propio beneficio, o que está gobernado para el bien de todo el pueblo*?, en Chile solo el 33% contestó que sí a la opción "Para el bien de todo el pueblo".

Ante la pregunta, *En general, ¿Diría Ud. que está Muy satisfecho, Más bien satisfecho, No muy satisfecho o Nada satisfecho con el funcionamiento de la de-*

15 Huneeus, Carlos, op. cit., p. 93.

16 Ibíd.

17 Ibíd., p. 102.

mocracia en (país)?, las respuestas 'Muy satisfecho' y 'Más bien satisfecho' lograron en Chile un 53%.

Un apoyo relativo a la democracia provee un argumento adicional al principio democrático antes expuesto (Principio D). Si las instituciones de la democracia poseen un grado bajo de confianza por una parte importante de los ciudadanos, esto da una razón adicional para buscar incrementar su grado de legitimidad. En el caso de la Constitución, eso pasa, entre otras consideraciones, por fortalecer su rol como instrumento para la deliberación y la participación.

4. El peso del pasado en la interpretación constitucional: La mal llamada historia fidedigna

Una de las prácticas constitucionales más prevalentes en Chile es el uso de las discusiones ocurridas en la Comisión Ortúzar, la mal llamada *historia fidedigna*[18] de la Constitución, como fuente para interpretar el sentido y alcance de un término constitucional. De hecho, es difícil emplear un estudio de derecho constitucional chileno sin encontrar extensas referencias a esta. Asimismo, numerosas sentencias constitucionales la emplean para determinar el sentido de una norma constitucional.

Su uso ha sido objeto de críticas por algunos académicos,[19] pero, pese a ellas, se trata de una práctica generalizada. En cuanto al fundamento de esta práctica interpretativa, siguiendo la discusión americana sobre la llamada intención original de los padres fundadores, uno de los argumentos más fuertes –quizás el más relevante– dados en favor de su uso es que ella representa la voluntad democrática. Seguir esa intención en la interpretación constitucional es ser fiel a esa voluntad, a lo que estarían obligados los jueces.

Pero, para que se pueda hablar de una voluntad democrática, es necesario que existan condiciones apropiadas: básicamente, un sistema de derechos políticos efectivamente respetados. Es claro que nada de eso existía al momento

18 Mal llamada porque la Comisión Ortúzar no fue el constituyente y, por consiguiente, no puede ser calificada como *historia fidedigna*, pues esta siempre se refiere a la historia de la redacción de la norma por parte de quien está ejerciendo el poder constituyente o legislativo, en su caso. Es indudable el tremendo impacto en el texto de la actual Constitución de la discusión y redacción efectuadas en la Comisión Ortúzar, pero ese hecho histórico innegable no puede servir de fundamento para una regla de interpretación constitucional que la emplee como fuente autorizada para su comprensión.

19 Ver, por ejemplo, Vial, Tomás, "La ilegitimidad de la historia fidedigna de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho,* 212, (Universidad de Concepción) 2002; Zapata Larraín, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Universidad Andrés Bello) 2002; y Figueroa, Rodolfo, "De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional", en *Revista de Ciencias Sociales*, 45, (2000), p. 587.

de discutirse y aprobarse la Constitución de 1980. En Chile, el argumento democrático no puede ser empleado, entonces, para justificar el uso de esa fuente de interpretación constitucional.

El respeto a la igualdad, que define cómo se deben establecer las normas, hace que ese uso sea además, contrario a la Constitución. No es coherente afirmar el respeto a la igualdad de todos los ciudadanos para decidir qué forma de gobierno quieren, qué tipo de normas los deben regir, y emplear como fuente de interpretación de la Constitución –para definir el contenido de la norma que rige a esos ciudadanos– una que fue establecida y ejercida en directa violación de esa igualdad. De esta forma, el respeto a la igualdad ofrece un argumento para no emplear esa fuente.

5. De la Constitución transicional a la Constitución para la auto-determinación

Más arriba he sostenido que se debe entender a la Constitución como un instrumento en favor de la igual auto determinación y deliberación de los ciudadanos chilenos.

En forma divergente a parte del pensamiento constitucional chileno –que entiende a la Constitución básicamente como un límite contra el poder arbitrario del gobierno y estableciendo un nuevo orden valórico político, social y económico; o el modelo original, que la entendía como un límite a la demagogia pre 1973 y a la influencia partidista–, la Constitución deber ser vista fundamentalmente como el medio por el cual los ciudadanos crean y ejercen el poder democrático, es decir, un documento de naturaleza primariamente política.

Asimismo, la Constitución sirve al principio de igualdad particularmente en las circunstancias sociales chilenas, que son de una alta desigualdad. La forma primaria en que lo hace es asegurando un igual ejercicio de los derechos que permiten la expresión y decisión política. Asegurar esos derechos en las condiciones adecuadas es particularmente necesario si se toma en cuenta el peso de la historia chilena, tanto respecto al Estado chileno como, en forma agravada, a la actual Constitución. La relativa debilidad de la confianza en la democracia en Chile agrega también un argumento en favor de hacer énfasis en la Constitución como instrumento de deliberación.

6. Cuestiones pendientes

La argumentación presentada hasta ahora se funda en una interpretación de la Constitución desde la igualdad. Sin embargo, se podría cuestionar por qué

se elige ese valor constitucional y no otro, como podrían ser la libertad o la dignidad humana. Esta pregunta es importante y puede ser respondida de varias formas. Primero, se puede afirmar –desde una perspectiva moral que privilegie la igualdad, como, por ejemplo, la concepción que desarrolla Ronald Dworkin in *Virtud soberana*–, que es el principal valor político, al que deben ajustarse todas las instituciones políticas y jurídicas en consecuencia.

Sin embargo, aun si se acordara esa supremacía desde una perspectiva puramente moral, lo que es por cierto discutible, la interpretación constitucional aquí propuesta no necesitaría afirmar esto, pues de lo que se trata es de proponer una concepción que esté fundada en la propia Constitución y en la tradición constitucional chilena. En ambas, parece difícil (aunque no imposible) argumentar esa supremacía. Si esto es así, necesariamente, la igualdad debe armonizarse en una concepción constitucional coherente con otros valores constitucionales. Esa concepción constitucional coherente en la actualidad no existe. La ausencia de una concepción constitucional coherente comprehensiva de los valores fundantes del orden constitucional –como lo son la libertad y la igualdad (y otros eventualmente)– hace que los razonamientos propuestos en este trabajo deban ser entendidos como parciales, pues, para una comprensión cabal de las exigencias políticas y jurídicas que emanan de la Constitución y respecto a ella, es necesaria una perspectiva de esa clase, que podría modificar el peso y naturaleza de los razonamientos antes desarrollados.

Despejado este punto, se puede afirmar que hemos elegido la igualdad como punto de partida de este análisis, entonces, no porque se asuma una preeminencia necesaria sobre otros valores constitucionales, sino porque ella es un valor esencial en nuestra historia y normativa constitucional y legal, y, al mismo tiempo, una promesa incumplida de nuestra organización social y económica. Esto debiera ser razón suficiente para fundar una reflexión constitucional en ella, bajo las limitaciones en cuanto a su coherencia constitucional antes señaladas.

7. Objeciones

La forma de entender la Constitución esbozada en estas páginas contrasta con la presentada por los partidarios originales de la Constitución, que la ven como un esquema valórico definitivo que impide el regreso al pasado, y también con la visión critica a ella, que la entiende esencial o exclusivamente como un mecanismo diseñado para mantener las estructuras de orden autoritario.

La perspectiva ofrecida en este trabajo, en cambio, pretende cortar el cordón umbilical con el origen autoritario –de ahí el rechazo al uso de historia de su redacción– y otorgarle legitimidad (condicionada) a la actual Constitución. Ambas posiciones, por lo mismo, pueden presentar objeciones a esta propuesta. Pasamos a esbozar algunas de ellas.

7.1 Esto es política y no derecho

Una perspectiva crítica, desde la derecha, podría afirmar que la interpretación presentada toma elementos que están fuera del derecho constitucional y que, aun si aquellos fueran correctos, no podrían ser empleados para definir la Constitución y sus propósitos. Se criticaría que la propuesta de interpretación constitucional esbozada sería una visión política y no jurídica de la Constitución.

Como respuesta se puede señalar que, por de pronto, esta posible crítica presupone o parece presuponer que se puede entender a la Constitución sin tomar en consideración las ideas políticas que dan origen y que justifican una Constitución. No existe una forma puramente *legal* de entender qué es una Constitución. Es la combinación entre valores políticos y de derecho lo que provee de fuerza al ideal constitucional desde su origen.

Además, los valores propuestos, que permiten entender a la Constitución de esta forma, como la igualdad y la participación política, están contenidos en la misma Constitución y son propios de la tradición constitucional chilena. Lo novedoso no son ellos, sino el peso que se les puede dar y cómo pueden afectar la forma de entender la Constitución. Ciertamente, ni la participación política ni la igualdad pueden ser considerados valores *externos* a la Constitución. Es, por cierto, perfectamente discutible determinar cuánta relevancia deber tener la igualdad en la forma de entender la Constitución y de qué forma este valor se conjuga con otros.

7.2 Idealismo ingenuo

Otra posible crítica, ahora desde la izquierda, consistiría en señalar que la perspectiva propuesta olvida los aspectos autoritarios de la actual Constitución y su propio origen, y que, al intentar darle una interpretación democrática, se está legitimado ese origen y proyecto.

Una respuesta a esta objeción es que nada en la Constitución puede ser entendido desde la perspectiva de los autores autoritarios. El hecho histórico de su redacción es solo eso, un hecho que no debe poseer fuerza normativa.

Ningún crítico debe jamás mirar a la Constitución empleando los anteojos de Jaime Guzmán o de Augusto Pinochet. La Constitución no es el proyecto del régimen autoritario sino aquello que los operadores del sistema jurídico y, al final de cuentas, los propios ciudadanos, vayan haciendo de ella.

Y, respecto a las instituciones constitucionales que limitan la deliberación o son expresión de opciones ideológicas del autor autoritario, como las leyes orgánicas o el llamado orden público económico, bajo esta perspectiva ellas deben ser interpretadas de la forma más favorable a la deliberación democrática y ser reformadas.

8. Conclusión pragmática

La Constitución actual seguramente perdurará por un buen tiempo en Chile. En nuestra historia, y en la comparada, las constituciones solo se cambian cuando hay crisis institucionales graves. Esto no parece que vaya a suceder en Chile en un futuro cercano. De esta forma, la discusión constitucional se centrará, como lo ha sido por casi 30 años, y como fue el caso bajo la Constitución de 1833, en cómo se entiende esta y en cómo se la reforma. La perspectiva ofrecida en este trabajo busca crear un entendimiento de la Constitución que la vea como sirviendo a los ideales democráticos, a los ideales de la libertad e igualdad que dieron origen y justificación a la República que hoy celebramos. Esta visión pretende ser consecuente con esos ideales.

SECCIÓN RESCENSIONES

VIVIENDO UNA ÉPOCA SECULARIZADA
UNA RECENSIÓN DE *A SECULAR AGE* DE CHARLES TAYLOR

Patricio Zapata Larraín[1]

Introducción

Charles Taylor pudo haber sido político. Ganas no le faltaron. Cuatro fueron sus intentos, todos fallidos, por obtener un escaño en la Cámara de los Comunes de Canadá.[2] Visto en retrospectiva, los electores fueron sabios. Al darle sus votos a Pierre Trudeau, y no a Taylor, impulsaron la carrera política de un hombre que, por 15 años, gobernaría razonablemente bien el país del norte, gestando, entre otras cosas, la Constitución canadiense, *Bill of Rights* incluido.[3] De paso, al mantener a Taylor en la academia, los votantes le hicieron un enorme favor al pensamiento contemporáneo. Haciendo posible, por lo demás, y con cuarenta años de anticipación, que pudiera escribirse la obra monumental que aquí se reseña: *A Secular Age*.[4]

Este libro es, en efecto, la coronación de una larga vida dedicada a la reflexión filosófica. Por lo mismo, esta recensión debe comenzar recordando cuales son las raíces intelectuales del autor y cómo ha llegado a las ideas de *A Secular Age*. En una segunda parte, resumiremos las ideas centrales del texto, intentando llamar la atención sobre aquel aspecto que pudiere ser de mayor interés para el lector de un Anuario de Derecho Público.

---

1 Profesor de Derecho Constitucional; Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magister en Ciencia Política, PUC, Master en Derecho, Universidad de Harvard, Doctor © en Derecho, Universidad de Chile.

2 Taylor, militante, entonces y ahora, del socialdemócrata *New Democratic Party*, postuló en 1962, 1963, 1965 y 1968 por distritos ubicados todos en el Quebec del que es nativo.

3 En las elecciones parlamentarias de 1965, y disputándose el escaño por el distrito (riding) de Mount Royal, Charles Taylor sería derrotado por Pierre Elliot Trudeau, candidato liberal, quien luego sería Primer Ministro del Canadá casi ininterrumpidamente desde 1969 hasta 1984.

4 Taylor, Charles, *A Secular Age*, (The Belknap Press of Harvard University Press) 2007. 874 pp.

Raíces

Charles Taylor nació en Montreal, Canadá, en 1931. Su padre era angloparlante. La familia de su madre, francófona.[5] Esta realidad lo marcaría. Muy tempranamente, y muy existencialmente, captaría, entonces, la profunda conexión entre el entorno cultural y la identidad individual. Si el inglés va a ser el lenguaje que lo va a vincular con el pensamiento analítico de Cambridge y Oxford, el francés sería el nexo con la tradición romántica y católica. Taylor siempre ha estado agudamente consciente de las muchas formas en que este biculturalismo le ha enriquecido.

Taylor inició sus estudios superiores en la Universidad de McGill, obteniendo su Bachillerato en 1952.[6] Junto con lo anterior, se adjudicó la muy prestigiosa Beca Rhodes, lo cual le permitió continuar su formación intelectual en la Universidad de Oxford.[7]

Los años ligados a Oxford, nueve en total, marcarían decisivamente el pensamiento de Taylor. Tres influencias serían particularmente importantes: Wittgenstein, Anscombe y Berlin.

Taylor no conoció directamente a Wittgenstein. El genial lógico austriaco, que dejó de enseñar en Cambridge en 1947, había muerto en 1951. Sus apuntes de clases circulaban ampliamente en los llamados cuadernos azul y marrón en Oxford.[8] Hay que tomar nota, por lo demás, que precisamente el año antes que Taylor llegará a Oxford (1953) Elizabeth Anscombe, discípula aventajada de Wittgenstein, se animó a editar y traducir, en forma póstuma, sus "Investigaciones Filosóficas".

Fue a través de la misma Anscombe, a quien tuvo como tutora, que Taylor pudo acercarse, entonces, a las ideas de Wittgenstein y ser influido por ellas. No puede negarse, por ejemplo, la conexión que existe entre la idea de Wittgenstein en cuanto a que nuestra comprensión de las reglas, y del lenguaje en general, está completamente determinado por el uso o práctica de las mismas

5 Gavril, Iuliana, "Religious Criticism in Contemporary Philosophical Reflection: Charles Taylor", en *European Journal of Science and Theology*, Vol. 2, 4, 2006, p 18.

6 Es el mismo año en que William Shatner –mejor conocido como "James Tiberius Kirk" y seguramente más famoso que Taylor– obtuvo también su grado equivalente en McGill.

7 Ese año 1952, Taylor compartió la Beca Rhodes con John Searle, quien se transformaría en uno de los más importantes filósofos del lenguaje contemporáneos. Al año siguiente, los beneficiarios fueron Ronald Dworkin y Guido Calabresi. Una vez en Oxford, Taylor quedaría adscrito al Balliol College (como lo estaría 23 años después el importante pensador comunitarista Michael Sandel).

8 Consta, por ejemplo, el hecho que H.L.A. Hart, recién nombrado profesor de Jurisprudencia en Oxford en 1952, revisó muy atentamente los contenidos del cuaderno azul, encontrando allí algunas ideas que le servirían para la construcción de su clásico "El Concepto de la Ley" (1961).

y la noción tayloreana según la cual nuestras visiones morales se explican en función de marcos de referencia –identidades– configurados, entre otras cosas, por nuestra experiencia.

Pero Anscombe no fue solo para Taylor el vehículo del pensamiento de un maestro ya fallecido. En los mismos años en que Taylor asistía a sus clases, ella se encontraba trabajando en las que serían sus contribuciones centrales a la lógica y la ética: *Intenciones* (1957) y *Filosofía Moral moderna* (1958). Si en el primer texto, Anscombe reflexiona sobre las reglas de conducta, en la segunda publicación critica las perspectivas utilitaristas y consecuencialistas. Se trata, como se verá, de temas que serán recurrentes en el desarrollo intelectual posterior de Taylor. Aunque ya entramos en el terreno de la especulación, también cabe pensar que el catolicismo militante de Anscombe pudo haber tenido algún eco en el también católico Taylor.[9]

En lo que respecta a Sir Isaiah Berlin, figura estelar de Oxford durante 50 años, Charles Taylor tuvo la suerte de tenerlo como supervisor de su disertación doctoral. En dicha investigación, titulada *La explicación del comportamiento*, Taylor polemiza con las visiones behavioristas, defendiéndose una perspectiva teleológica para la acción humana. Ahora bien, y en cuanto a la relación con el pensamiento de Berlin, puede decirse que, hasta en sus momentos más comunitaristas, Taylor siempre aprecia positivamente, y se cuida de respetar, los valores del pluralismo y la tolerancia. En ese sentido, puede decirse que Taylor no contradice, en lo esencial, al liberalismo de su director de tesis.[10]

Terminados en 1961 sus estudios doctorales, Taylor vuelve a Canadá. Entre 1962 y 1968 se producirá la inmersión en la vida política activa a que aludíamos al principio. Cerrada esa etapa, Taylor vuelve, sin embargo, a la reflexión teórica y lo hace, acometiendo el estudio sistemático de uno de los filósofos más importantes y controvertidos de la modernidad: Hegel.[11]

Aun cuando no podría decirse que Taylor es hegeliano, es innegable que él comparte con el filósofo del *Geist* una vocación por intentar comprender

9 Anscombe (1919-2001) se hizo conocida durante las décadas de los sesenta y setenta por defender públicamente las doctrinas católicas sobre contracepción, homosexualidad y aborto.

10 Taylor desarrolló una relación de afecto con Berlin. Philip de Lara los describe como *amigos* y llama la atención al hecho que en la introducción a sus *Philosophical Papers* (1985) Taylor se describe a sí mismo como un erizo, en un claro guiño al célebre contrapunto que su maestro hace respecto a la forma en que conocen los zorros y los erizos. Taylor, Charles, *La libertad de los modernos*, (Amorrortu Editores) 2005. p. 13.

11 Taylor, Charles, *Hegel*, (Cambridge University Press) 1975, 580 pp.

la racionalidad inherente, si a la hay, al desarrollo histórico. Este interés lo va a llevar en los años siguientes al estudio del lenguaje, la hermenéutica, la moralidad y la cultura. Los ensayos más representativos de esta etapa son editados en los dos volúmenes de *Philosophical Papers* (1985). Ahora bien, el fruto maduro de toda esta reflexión sobre la identidad del hombre moderno es, indudablemente, su impresionantemente erudito *Sources of Self* (1989).[12]

Las reflexiones de Taylor lo llevan a conectarse con aquel conjunto de autores –llamados comunitaristas– que van a emprender, precisamente durante la década de los ochenta, una crítica sistemática a los presupuestos antropológicos del liberalismo contemporáneo. De esta manera, y aun cuando existan importantes diferencias con ellos, Taylor aparece cercano a algunas de las ideas de autores como McIntyre, Walzer y Sandel.[13]

En 1990, Taylor fue invitado a pronunciar la conferencia inaugural del *University Center for Human Values* creado ese mismo año por la Universidad de Princeton. Su ponencia, "La política del reconocimiento", se constituiría en un texto central para el debate sobre las difíciles relaciones entre multiculturalismo y democracia liberal.[14] El interés de Taylor por estos asuntos llevó a que, en el año 2007, el premier de Quebec, Jean Charest, lo designara como uno de los dos coordinadores de una "Comisión Consultiva sobre las prácticas de acomodación relativas a las diferencias culturales".

A Secular Age

Después de dedicar veinte años a estudiar los ejes morales e históricos de la mentalidad posmoderna, Taylor se animó finalmente a discutir lo que muchos consideran uno de los rasgos distintivos de esa identidad: la secularización. Ese es, en efecto, el propósito de *A Secular Age*.[15]

Taylor sabe, por supuesto, que ingresa en un campo de análisis que tiene ya su propia tradición. En efecto, y dependiendo de las definiciones que se usen, puede afirmarse que la discusión teórica sobre la secularización tiene

12 Taylor, Charles, *Sources of Self*, (Harvard University Press) 1989, 601 pp.

13 De Alisdair McIntyre, ver: *After Virtue*, (University of Notre Dame Press) 1981; *Whose Justice? Which Rationality?*, (University of Notre Dame Press) 1988; *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Enciclopaedia, Genealogy and Tradition*, (University of Notre Dame Press) 1990; *Animales racionales y dependientes*, (Paidós Básica) 2001. De Michael Walzer, *Spheres of Justice*, (Basic Books) 1983. De Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, (Cambridge University Press) 1982.

14 Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, (Fondo de Cultura Económica, Colección Popular) 2009.

15 El libro tardó casi 7 años en escribirse. Su origen está en una conferencia pronunciada por Taylor en Edinburgo a mediados de 1999. Lo terminó de escribir en 2006.

entre cuatro décadas (si uno piensa que, *stricto sensus*, ella nace como disciplina con los trabajos de Luckman y Berger) y algo más de cien años (según quienes la remontan a Durkheim y Weber). Como fuere, Taylor entra en un debate en que participan muchas, e importantes, voces. [16]

Taylor no quiere discutir, sin embargo, el hecho que la secularización, ya sea que se la defina como fenómeno institucional, proceso cultural o vivencia personal, esté efectivamente ocurriendo. En este sentido, se aparta de los revisionistas que, desde hace unos veinte años, vienen cuestionando la idea misma de secularización.

Más allá de discutir el alcance actual o la intensidad del fenómeno, a Taylor le interesa entender por qué, en buena parte de Europa y en zonas de Norteamérica, se ha vuelto cada vez más probable que existan personas que no creen en Dios. O, dicho en palabras suyas, "[...] el cambio que me interesa definir y analizar es aquel que nos trae desde una sociedad en que era virtualmente imposible no creer en Dios, a una en la cual, aun para el más firme de los creyentes, tener fe es sólo una posibilidad entre otras".[17]

A Taylor no le convencen lo que llama las explicaciones de la *sustracción*, esto es, aquellas teorías que postulan que la *muerte de Dios* no es otra cosa que la consecuencia inevitable de haberse ido liberando la humanidad, a través de la modernización y la ciencia, de un conjunto de lastres e ilusiones que la encadenaron durante milenios a un mundo *encantado*. Contra ese tipo de enfoques, los veinte capítulos del libro intentarán mostrar que la modernidad occidental, incluyendo su espíritu secular, es el fruto de nuevas construcciones culturales, con sus prácticas asociadas, y que, por tanto, no se explica ni responde a lo que serían unos supuestos rasgos naturales de la vida humana.[18]

Taylor rebate, entonces, a ese difundido sentido común según el cual la secularización sería, principal y necesariamente, el efecto acumulativo de los Galileo, los Darwin, los Freud, los Einstein y los Hawking. El autor no niega, por supuesto, que las fuerzas de la ciencia, la tecnología y la racionalidad ins-

16 Sobre Teorías de la Secularización, ver, entre otros: Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, 1904/5, (Penguin) 2002; Durkheim, Emile, *The Elementary Forms of Religious Life: A Study in Religious Sociology*, (Macmillan) 1915; Berger, Peter, *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*, (Doubleday) 1967; Luckmann, Thomas, *The Invisible Religion: The Problem of Religion in Modern Society*, (MacMillan) 1967. Más recientes: Casanova, José, *Public Religions in the Modern World*, (The University of Chicago Press) 1994; Berger, Peter, *The Desecularization of the World: Resurgent Religion and World Politics, Ethics and Public Policy Center*, 1999.

17 Taylor, Charles, op. cit., nota 4, p. 3.

18 Ibíd., p. 23.

trumental jugaron un papel importante en el *desencantamiento* del mundo. Su punto, sin embargo, es que ese proceso no alcanza a explicar suficientemente el repliegue de Dios, especialmente entre las masas. Faltaría, entonces, una pieza en el puzle.

Ahora bien, según Taylor el eslabón perdido de la secularización, si se me permite la expresión, sería lo que llama al final la Narrativa del dominio reformista (*Reform Master Narrative*). Si Dios deja de ser una presencia obvia para muchos contemporáneos es porque hace diez o quince generaciones nuestros antepasados europeos entendieron que su relación con lo divino debía expresarse en un esfuerzo sistemático por disciplinar y disciplinarse. Embarcadas en el proyecto ambicioso de ajustar las conductas y las sociedades a un ideal moral, las elites hijas de la Reforma y la Contrareforma fueron deslizándose hacía un Deismo impersonal, primero, y un humanismo exclusivo, después. Las masas, sujetas a cada vez más eficientes formas de control, seguirían el mismo derrotero. Como expresa Taylor: "La Reforma (protestante) exigió que todos fueran cristianos *reales, en un 100%*. La Reforma no solo produce desencanto, sino que disciplina y reordena la vida y la sociedad. Junto a la civilización, esto configura una noción de orden moral que le da un sentido nuevo a la cristiandad. [E]sto induce un giro antropocéntrico y, por ende, una ruptura del monopolio de la fe cristiana".[19]

Paradojalmente, entonces, el vuelco hacia el cumplimiento de una normativa moral –nomolatría– sirve para explicar la enajenación de Dios.[20]

No hay entonces una dirección única de la historia. La secularización no es una fase más en un proceso de ascendente consciencia universal. Es, en buena medida, el resultado no querido de una forma de intentar vivir la Fé.

El proyecto de Taylor es hegeliano en cuanto intenta explicar el complejo cuadro espiritual de una época, y la forma en que ese trasfondo colectivo interactúa con las opciones de los individuos. Rompe con Hegel, sin embargo, desde el momento en que no hay historicismo determinista. No está escrito

19 Ibíd., p. 774

20 Escribiendo en 2010, Taylor profundizaría esta idea señalando: "La nomolatría moderna nos adormece moral y espiritualmente. [E]l Código termina muchas veces tragándose a la fe. La generación siguiente siente la disciplina, entonces, como una segunda naturaleza. Quieren relajar algunas de las prohibiciones más extremas. Ellos ya no necesitan las poderosas emociones de la Gracia que asombra para seguir adelante con sus vidas. Como ahora tienen problemas para ver qué otro sentido tiene la fe, terminan por abandonarla por completo [...] el giro crucial en este punto fue la identificación entre las demandas de la fe cristiana con un orden civilizatorio, cuyas demandas pueden ser expresadas en términos puramente 'inmanentes'". Taylor, Charles, *Dilemmas and Connections*, (Harvard University Press), 2011, p. 365.

que haya fin de la historia. No está definido, tampoco, que la religión está condenada a desaparecer.

Los abogados podemos vivir, por supuesto, sin complicarnos la vida con las preguntas y respuestas de un libro como *A Secular Age*. El jurista interesado en un orden constitucional que arbitre adecuadamente la realidad del fenómeno religioso y las exigencias de la razón pública, no puede, sin embargo, ignorar este estudio fundamental. Será, estoy seguro, un antídoto eficaz contra todo tipo de fundamentalismo, sea éste de sello integrista o de carácter laicicista.

Comenzábamos esta breve reseña vinculando esta obra a una concreta circunstancia histórica. Nos congratulábamos, en efecto, por aquellos buenos ciudadanos canadienses que, cuatro décadas atrás, hicieron oídos sordos a las promesas de campaña de nuestro autor. Permitieron, así, la brillante carrera académica de Charles Taylor.

Me atrevo a pensar, sin embargo, que el Taylor que en *The Explanation of Behavior* (1964) defendió el comportamiento dirigido a fines contra el conductualismo mecanicista o el Taylor que en su *Hegel* (1975) intentó penetrar en las profundidades del filósofo que escribe sobre la *astucia* de la razón, no atribuiría su búsqueda intelectual a los azares de la política o a las fuerzas de la necesidad profesional. No. El Charles Taylor de los últimos cuarenta años diría que el Charles Taylor de *A Secular Age* es el resultado de una acción orientada teleológicamente y, por qué no decirlo, orientada también teológicamente. Expliquemos bien este último punto. Este no es un libro sobre Dios. Tampoco puede decirse que sea una obra católica, aun cuando en algunos pasajes del libro se insinúa la identidad religiosa del autor.

Trátase éste, como lo hemos señalado, de un estudio sobre las razones por las cuales una parte de la humanidad ha dejado de creer en Dios. El tema es histórico, pero detrás de la respuesta de Taylor hay una visión teológica. Bajo este enfoque, Dios no es una realidad que se imponga por sí misma. Taylor nos diría que, por el contrario, Dios no es indiferente a nuestro interés. Y, quizás, citaría una vez más a Hegel, para recordarnos que: "Dios es Dios sólo en la medida en que se conoce a sí mismo. Su autoconocimiento de sí mismo es además su autoconocimiento en el hombre; es el conocimiento del hombre sobre Dios el que se transforma en el autoconocimiento del hombre en Dios".

No nos hizo a su imagen y semejanza, entonces, por un prurito narcisista. Ni para mirarse en un mal espejo. Dios lo hizo para tener una conversación.

Más que demandar el cumplimiento de algún código, diría Taylor, confía y espera que nos animemos a hablarle.

Resultaría, así, que la explicación por la obra de Taylor no está en las preferencias de los electores de Montreal. Ni en las peculiares vicisitudes que le tocó vivir en los sesenta y los setenta. La causa de esta obra –el fin– está en Dios. Quien puso a Taylor en la búsqueda. En búsqueda suya. Porque aun en un mundo al que pareciera no importarle conocerle, Dios sigue queriendo reconocerse en nosotros.

UNA REFLEXIÓN HISTÓRICA SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO EN HISPANOAMÉRICA

José Ignacio Vásquez Márquez[1]

Bernardino Bravo Lira, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, 414 páginas.

El destacado historiador y Premio Nacional de Historia 2010, Bernardino Bravo Lira, ha publicado una nueva investigación sobre la historia del Estado en Iberoamérica, titulada *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009*. El Estado en Iberoamérica es analizado desde el punto de vista de su Constitución, formal e histórica, de su pasado y presente, mediante un importante esfuerzo de sistematización de realidades nacionales diversas.

La obra en comento es la última cosecha de un largo y perseverante cultivo del catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, desde hace más de 40 años, y miembro de número de la Academia Chilena de la Historia, basado en la investigación historiográfica de tópicos tales como el derecho, la justicia, las instituciones políticas hispanoamericanas, el Estado, el Presidente de la República, la Judicatura, la codificación, el constitucionalismo y la protección de las personas, incursionando también en la biografía de polémicos políticos de nuestra historia patria (Diego Portales y Augusto Pinochet).

Desde su consagración como historiador con la publicación de *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile 1924-1973* a fines de los años setenta, continuando con *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* de 1986, *El Estado de derecho en la historia de Chile: Por la razón o la fuerza* en 1996, *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico (siglos XVI a XX)* en 2006, para recordar solo algunas de sus obras, Bravo Lira ha venido publican-

1 Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Pontificia Universidad Católica.

do numerosas investigaciones que, en perspectiva, constituyen una auténtica anatomía y genealogía de la estructura política y jurídica del fenómeno moderno del Estado en la versión mestiza del Nuevo Mundo.

Bravo Lira nos entrega en esta oportunidad una investigación cuyo objeto va más allá de la historia institucional, incursionando también –con una discutible tesis– en la historia constitucional de América. Advierte el autor que esta obra viene a ser el marco de referencia de otra anterior titulada: *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, publicada en México en 1992. Observamos también que la nueva obra sirve a su autor para rectificar y precisar ideas y conceptos anteriores, entre los cuales es posible destacar uno fundamental: el calificar o descalificar como simple *reconstitución* a la forma moderna del Estado Constitucional, creada a partir de una norma fundamental escrita, la constitución racional normativa, inspirada en el movimiento constitucionalista posrevolucionario, emanada de un poder constituyente determinado y originario, en un intento por modelar y dar nueva forma política a las nacientes repúblicas, es decir, esfuerzos de reconstrucción de las unidades políticas independizadas de su matriz peninsular.

El autor dirá que esta nueva obra es de carácter más general, pues abarca desde los inicios de la conquista hasta la actualidad, un panorama de casi quinientos años, a diferencia de la anteriormente citada que solo se detiene a analizar los últimos dos siglos de vida independiente de los pueblos hispanoamericanos bajo la forma del Estado Constitucional. Se puede decir que la primera es la historia de larga duración –*longue durée,* en la categoría historiográfica de Fernand Braudel–, en la que es posible percibir la elaboración de la teoría propia de Bravo Lira, la visión de conjunto con todo su arsenal conceptual desarrollado durante más de cuatro décadas de docencia e investigación, una perspectiva novedosa de la historia política y constitucional de Chile y América, con conceptos propios y adoptados, no exentos de dudas y polémicas.

La obra *Constitución y Reconstitución* lleva por subtítulo *Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009*, constituyendo un esfuerzo por identificar y conceptualizar distintas etapas y formas del desarrollo político e institucional del Nuevo Mundo, especialmente del Estado, es decir, de aquél fenómeno político moderno que Carl Schmitt calificaba como *la máxima realización del racionalismo europeo*. Sin embargo, la obra de Bravo Lira no es una historia del Estado desde la perspectiva de su desarrollo simplemente cronológico,

estructurada sobre la narración de hechos y situaciones que se suceden a lo largo de quinientos años, desde la conquista hasta nuestros días, como en general se ha desarrollado en nuestra ingenua historiografía. Precisamente, el planteamiento general de la obra permite aunar dos disciplinas distintas, la historia y el derecho constitucional, pues el elemento estructurante del Estado contemporáneo será la Constitución, escrita o no. Esta relación complementaria entre dos disciplinas, este diálogo que establece el autor entre hechos históricos y hechos institucionales fructifica en una obra singular, que aporta conceptos, clasificaciones, teorías y termina construyendo una novedosa visión del Estado y del constitucionalismo hispanoamericano.

Los términos *constitución* y *reconstitución* del título, son utilizados para un juego simbólico de palabras, pero por sobre todo, de contenidos y contrastes entre esquemas políticos. No es una obra neutra, sino polémica, de aguda crítica al Estado de derecho en su versión liberal y, especialmente, latinoamericana, nacida hace ya 200 años; diremos que es una labor de *desconstrucción* del actual sistema político y constitucional, sobre la base de una visión ideológica indudablemente conservadora y, que duda cabe, nostálgica de un pasado realista.

Con un dejo de romanticismo, aunque sin la prosa retórica e idealista del hispanismo de Jaime Eyzaguirre, nuestro comentado historiador, más allá de dar una fisonomía histórica, con más método y sistematización que el anterior, contrasta el antiguo régimen hispano-indiano con el nuevo Estado nacido hace ya 200 años, que corresponde a un ideal transplantado desde el Viejo Mundo, con sus instituciones políticas y sistemas de garantías de las personas. Y aun cuando Bravo Lira no denuncia declamatoriamente una *Hispanoamérica del dolor*, sí intenta demostrar de manera más empírica una América Latina en permanente y casi endémica inestabilidad política producto del mal gobierno, democrático o autoritario, civil o militar, republicano o caudillesco. Pero, por sobre todo, presenta una eterna crisis continental que sería consecuencia de la adopción por parte de la veintena de nuevas Repúblicas del modelo del Estado de Derecho liberal, a través de la dictación del increíble número de 240 constituciones –el ejercicio permanente de un empirismo que no acaba por consolidar aquel ideal político ilustrado–, leyes, estatutos o bases organizativas de naturaleza constitucionales. Ello se ilustra a cabalidad en detallados cuadros sinópticos, distinguiendo tres etapas: las constituciones promulgadas desde 1811 hasta 1860; aquellas de 1860 a 1920; y, finalmente, desde 1920 hasta 2009. Al conjunto de las tres etapas el autor califica como Reconstitución.

Para Bernardino Bravo, el error y causa de ese mal se encontraría, entonces, en una Constitución escrita que consagra nominalmente los principios de la separación de poderes y del reconocimiento de los derechos individuales, y, agregaríamos, el ejercicio de la soberanía o del poder por medio de la voluntad del pueblo. Expresa además que, en la práctica los derechos subjetivos no son debidamente garantizados a pesar de las declaraciones humanitarias que se acuerdan. En cambio, la consuetudinaria constitución hispánica, la del Estado jurisdiccional premoderno, propio de los regímenes monárquicos estamentales –o, como prefiere denominarla Bravo, la *Constitución Histórica*– habría sido eficazmente protectora de las personas, respetuosa de las diferencias, con instituciones de poder limitadas y regidas por un derecho común.

En relación a lo anterior, cabe preguntar si el sistema político indiano no era también la reproducción de un modelo de *rancia estirpe europea,* como lo expresa el propio autor; más aun, ¿no es acaso el estatalismo un producto del Viejo Mundo que terminará concibiendo inevitablemente, por una parte, el Estado de Derecho liberal y, por otra, el sistema capitalista, sirviendo además de eficaz vehículo para la formación del llamado *moderno sistema mundo* (Immanuel Wallerstein), expresión de un proceso uniformador y de occidentalización del globo, tanto en términos políticos como económicos?

Para Bravo Lira, la mejor suerte del sistema político de los Estados constitucionales hispanoamericanos pasaría por un retorno a la vigencia de esa *Constitución Histórica* o, como diría don Andrés Bello, un pulimento recíproco de las constituciones reales e ideales, que representan dos países diferentes, el país real y el legal. Pero claro está que ello es un juicio que excede al del historiador y al cual habría que responder que la realidad social y cultural actual no es aquella de los siglos XVII o XVIII, del mismo modo que cuando se contrasta la democracia directa de las polis de la Grecia clásica con el gobierno representativo moderno de las sociedades de masas. Asimismo, respecto del régimen de protección de las personas, con todos los déficits de garantías que pueden presentar nuestros contemporáneos sistemas jurídicos, bastaría con señalar que el respeto al principio de igualdad no guarda relación con el trato similar que predominaría en sociedades agrarias estamentales premodernas y, en fin, recordar las importantes diferencias que existían entre peninsulares, criollos e indios, basadas en privilegios o estatutos de desigualdad, causa por lo demás de insurrecciones que los historiadores conservadores se guardan de narrar a fin de no dañar el ideal que quisieran restaurar.

Desde una mirada del constitucionalismo contemporáneo, agreguemos a lo anterior que también son diversas la forma del Estado de derecho de los siglos XIX y parte del XX –expresión del positivismo jurídico formal–, con la tendencia contemporánea a lo que podríamos denominar como *Estado constitucional de derechos*, en clara alusión a la preocupación por la servicialidad y garantía de los derechos, fundado en la libertad y la igualdad de las personas, bases de una dignidad que no se puede sustentar concretamente en un mero reconocimiento metafísico.

Independientemente del juicio y de los prejuicios que puedan suscitar las afirmaciones y conclusiones de esta investigación histórica, es preciso reconocer que ella constituye una completa y valiosa contribución al estudio de las ideas, de plena actualidad en el contexto del Bicentenario de América, enriquecedora del debate científico, ofreciendo por primera vez un panorama completo del pasado y presente de los Estados hispanoamericanos, sus estadistas, dictadores y constituciones.

El valor de la obra de Bernardino Bravo radica en el acercamiento que establece entre Historia y Constitución. Sobre esta relación, es interesante considerar la pregunta que se hacía el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky acerca de si "¿puede nuestro tiempo ser el de la unión constructiva de la historia y el derecho constitucional?", con el fin de encontrar una respuesta metodológica que sirviera de base para teorías constitucionales abiertas al futuro. En su respuesta, afirma lo siguiente: *"*La 'historia' constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro*"*[2].

Resulta interesante la tradición de constitucionalistas italianos como Maurizio Fioravanti[3] o Nicola Mateucci[4], que han incursionado en este especial ámbito de la historiografía que permite desentrañar las raíces del constitucionalismo moderno.

La obra de Bernardino Bravo es, en cierto modo, ejemplo de lo formulado por Zagrebelsky y nos permite concluir que la perspectiva histórica, siempre que esté libre de historicismo, puede ofrecer instrumentos de análisis y otorgar sentido al derecho constitucional, estableciendo una relación complemen-

2 Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución,* (Trotta) 2005.

3 Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días,* (Trotta) 2001.

4 Mateucci, Nicola, *Organización del Poder y la Libertad. Historia del constitucionalismo moderno,* (Trotta) 1998

taria entre ambas disciplinas, sin que ella pueda sustituir el desarrollo autónomo de la teoría constitucional por parte de sus especialistas y cultores.

Finalmente, es conveniente tener presente en el desarrollo de esta disciplina colaboradora del derecho constitucional y la teoría constitucional, aquella postura que manifestaba Max Weber sobre el neutralismo axiológico que debe asumir todo investigador en el ejercicio de la ciencia y que bien lo traduce Zagrebelsky al expresar "En el gusto por las simetrías, se podría concluir así. La constitución de la Revolución miraba solamente hacia delante. La constitución de la Conservación miraba solamente hacia atrás. Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvar o enriquecer"[5].

Para finalizar, cabe advertir que la obra del historiador y la propia perspectiva historiográfica no pueden explicar el futuro ni el pasado más cercano y, por lo tanto, no pueden dar cuenta del desarrollo del Estado Constitucional de Derecho o, como preferimos denominarlo, de Derechos y Garantías, ni lo que ha sido la evolución del constitucionalismo contemporáneo ni el neoconstitucionalismo desde mediados del siglo XX en adelante y, en nuestra situación nacional, en los últimos 20 años. Solo teniendo esta perspectiva se puede ver la situación del Estado y del Derecho con realismo e incluso con optimismo, al destacarse el activo rol garantizador de los derechos fundamentales que ha asumido.

5 Zagrebelsky, Gustavo, op. cit.

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

2010

CATÁLOGO
ARTÍCULOS Y LIBROS PUBLICADOS
2010[1]

I. Introducción

A lo largo de la realización de las tareas de investigadores, abogados litigantes y estudiantes hemos detectado la necesidad de encontrar un punto de convergencia de la discusión académica sobre el área del derecho público. La elaboración de un artículo académico, la redacción de una demanda o el simple trabajo para algún curso de la Universidad, exige el trabajo de investigar todo lo publicado sobre la materia, lo cual toma tiempo en su búsqueda. Es por esta razón que el *Anuario de Derecho Público UDP* ha trabajado intensamente para la elaboración de un catálogo que pretende identificar y facilitar la búsqueda al lector de todo lo que se ha publicado en el año 2010 en el área del derecho público en nuestro país.

Aun en la era de la tecnología, donde el acceso a la información es mucho más simple y cercano, es necesario realizar este esfuerzo que nos conduce a concentrar la información que se puede encontrar en medios muy diversos y que no suelen abarcarse digitalmente.

II. Objetivo

Este catálogo tiene por objeto facilitar al lector, ya sea investigador, abogado litigante o estudiante, la posibilidad de encontrar en un solo lugar todas las publicaciones que se han realizado durante el año 2010 con respecto a temas en los que se encuentre una relación con el derecho público, tema central de este *Anuario*.

1 La presente recopilación ha sido llevada a cabo por los alumnos de la Facultad de Derecho UDP Francisco Cañas, Tamara Carrera y Valentina Maturana, bajo la supervisión de Juan Pablo González, secretario de redacción del Anuario y Javier Couso, Director de la presente publicación. Agradecemos a los estudiantes su compromiso y responsabilidad.

Con esto pretendemos que toda persona que se enfrente a la redacción de cualquier escrito jurídico, ya sea académico o judicial, tenga mediante este catálogo, acceso a las más diversas fuentes y puntos de vista sobre la materia que quiera escribir. Esto permite discusiones más contextualizadas, que se encuentren identificados los discursos y que para el lector que desea adentrarse en ellas sea más simple.

III. Metodología

El equipo encargado de la realización de este índice realizó varias búsquedas. Estas se centraron en una primera etapa en las bases de datos que posee la Biblioteca Nacional, en particular en el depósito legal, donde se almacenan los libros que son publicados en nuestro país, y que por disposición del legislador, las imprentas deben proporcionar para este. En esta primera etapa también fue revisada la base de datos de la Biblioteca del Congreso Nacional, así como también las bases de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. La búsqueda se realizó por materias y se utilizaron los siguientes rotulados:

- Derecho Público
- Derecho Administrativo
- Derecho Constitucional
- Derecho Internacional
- Derechos Humanos
- Derecho Eléctrico
- Derecho Minero
- Derecho de Aguas
- Derecho Ambiental

En una segunda etapa, la búsqueda se centró en las bases de datos electrónicas disponibles en nuestro país. Se visitaron las publicaciones indexadas en *Scielo.cl*, así como también las revistas relacionadas con el tema que publicaron las Escuelas de Derecho de las universidades existentes en nuestro país. La búsqueda en esta etapa se realizó con los mismos rótulos de la primera etapa y se excluyeron los artículos relacionadas con el área del derecho privado.

Una tercera etapa estuvo centrada en la búsqueda en las bases de datos de las Editoriales de nuestro país tales como: *Legal Publishing, Editorial Jurídica*

de Chile, Punto Lex, Librotecnia, y Amazon.com. Los rótulos y el método de exclusión fueron los mismos que en las otras etapas.

Finalmente, el listado fue repartido entre académicos miembros del comité de redacción del Anuario para que hicieran sus observaciones y agregaran todo artículo no encontrado con los filtros anteriores. Se excluyeron los comentarios de sentencias, las publicaciones en blogs y las recensiones de menos de una página. Tras este proceso, se logró detectar 242 artículos académicos y 35 libros publicados durante el 2010.

Si bien el trabajo realizado ha sido exhaustivo y responsable, con el ánimo de incluir todo lo publicado en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional público en Chile, siempre existe un margen de error, aun más en una primera versión de este catálogo[2]. Nuestro trabajo es que cada año ese margen sea el mínimo.

Así entonces, es que ponemos a disposición de ustedes el siguiente catálogo.

2 Para futuras versiones de este catálogo, solicitamos a toda la comunidad jurídica, que también nos notifiquen de sus publicaciones al correo derechoconstitucional@mail.udp.cl, de manera tal de ser incorporada a este catálogo año a año.

N° Artículos de Revistas

1 Acuña, Felipe, Fredes, Daniel y Pérez, Domingo, "Criminalización de la protesta & judicialización de las demandas sociales. Producción de legitimidad social a partir del doble juego de la dominación", en Revista Derecho y Humanidades, N°16, 2010.

2 Agüero Vargas, Francisco y Toro Bossay, Luis Eduardo, "Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la fiscalía nacional económica" en Revista de Derecho Económico, N°75, 2010.

3 Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la inaplicabilidad de los artículos 230, 231, 237, 240, del Código procesal penal" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

4 Aldunate, Eduardo, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.23, N°1, 2010.

5 Aldunate, Eduardo, "Neoconstitucionalismo", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

6 Allard, Raúl, "Actores, tendencias y nuevas temáticas en el mundo global: desafíos para Chile y América Latina" en Estudios Internacionales, N° 165, 2010.

7 Almeida, Paul, "El Salvador: elecciones y movimientos sociales" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

8 Alonso, Eduardo, "El Caso Apablaza: implicancias de una decisión controvertida" en Revista Mensaje vol.LIX , N° 594, noviembre 2010.

9 Álvarez Cárcamo, Hugo, "Eficiencia administrativa, obligación legal incumplida" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

10 Alvear Téllez, Julio, "Contra-razones de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

11 Arévalo, Alvaro, "El caso sobre el límite marítimo entre Chile y Perú ante la Corte Internacional de Justicia", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

12 Arias, Karina, "Revisión de las estructuras político-administrativas territoriales en el Chile del siglo XIX", en Universum, vol.25, N°1, 2010. p.44-59. ISSN 0718-2376

13 Aróstica Maldonado, Iván, "La seguridad jurídica en mercados reglados. Un modelo de aproximación básica" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

14 Astorquiza Fierro, Patricia, "El ser personal como fundamento del respeto de los derechos humanos" en Ius Publicum, N°24, 2010.

15 Atria, Fernando, "Participación y alienación política: el problema constitucional" en Fuentes, Claudio, En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile (Böll Cono Sur) 2010.

16 Atria, Fernando, "Propuesta para un voto ciudadano" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 595, diciembre 2010.

17 Avilés Hernández, Víctor Manuel, "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y los cuestionamientos o dificultades que las mismas presentan" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

18 Bareiro, Line, "Ciudadanía, democracia y Estado en plena transformación" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010

19 Basabe-Serrano, Santiago, Pachano, Simón y Mejóa Acosta, Andrés, "La democracia inconclusa: Derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°1, 2010.

20 Bassa Mercado, Jaime, "Democratización y mutación constitucional", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

21 Bates Hidalgo, Luis, "Derecho en la Educación" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

22 Bazán, Victor, "El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

23 Becerra Valdivia, Katherine, "Reserva legal e inconsistencias del recurso de protección : un caso sobre los instructivos del Ministerio Público" en Revista de Derecho (Coquimbo) vol. 17, N° 1, 2010.

24 Benavente Chorres, Hesbert, "La afectación de los derechos constitucionales en el proceso penal acusatorio según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en el período 1997 - 2009" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

25 Bentué, Antonio, "Autonomía mapuche: Mensaje y la vigencia de un desafío" en Revista Mensaje vol.LIX, N°593, octubre 2010.

26 Bermúdez Soto, Jorge, "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público?", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.23, n°1, 2010.

27 Boettiger Philipps, Camila, "Nueva institucionalidad ambiental" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

28 Botero, Felipe, Hoskin, Gary y Pachón, Monica, "Sobre forma y sustancia: Una evaluación de la democracia electoral en Colombia" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°1, 2010.

29 Caiado, Nuno, "17 Puntos claves en la construcción de un proyecto de vigilancia electrónica como medio de control penal", en Gaceta Jurídica, N° 363, 2010.

30 Camacho Cépeda, Gladys, "Transparencia y jurisdicción constitucional", en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

31 Camargo, Ricardo, "Constitucionalismo y la regla de derecho: el problema de universalismo y la transgresión" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

32 Cameron, Maxwell, "The State of Democracy in the Andes: Introduction to a thematic issue of Revista de Ciencia Política" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol. 30, N°1, 2010.

33 Campusano Droguett, Raúl, "La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

34 Campusano Droguett, Raúl, "Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

35 Cárcamo Righetti, Alejandro, "La constitucionalidad y la necesidad del derecho administrativo sancionador correctivo en el complejo escenario económico moderno", en Gaceta Jurídica, N° 363, 2010.

36 Carmona, Carlos, "El artículo 93 N°16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones", en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

37 Carnevali, Raúl, "Los principios de primacía y complementariedad: una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales", en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 23, N°1, 2010.

38 Carreño Pavez, Gonzalo y Jaraquemada Robledo, Jorge, "La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales y el reconocimiento de derechos fundamentales: a propósito de la ley sobre regulación de la fertilidad" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°2, 2010.

39 Castiglioni, Rossana, "Chile y el giro electoral: 'la vergüenza de haber sido y el dolor de ya no ser'" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

40 Castro, Alvaro, "DDHH: los desafios de la crisis penitenciaria" en Revista Mensaje vol. LIX, N°593, octubre 2010.

41 Cazor Aliste, Kamel, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

42 Cea Egaña, José Luis, "El juez constitucional en Chile" en Bazán, Víctor [coordinador] Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (Abeledo Perrot) 2010.

43 Cea Egaña, José Luis, "Nueva Ley organica del Tribunal Constitucional: Síntesis de una normativa compleja" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°1, 2010.

44 Coddou, Alberto, "El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las ISAPRES", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

45 Colombo Campbell, Juan "La orden de no innovar en el proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

46 Contesse, Jorge, "Sistema interamericano de derechos humanos y paridad de participación: el progreso constitucional desde afuera", en Cazor

Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

47 Contesse, Jorge y Lovera, Domingo, "Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

48 Contreras, Pablo, "Transparencia y leyes secretas en Chile" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

49 Cordero Quinzacana, Eduardo, "La legislación delegada en el derecho chileno y su función constitucional" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

50 Cordero Quinzacara, Eduardo, "Las normas administrativas y el sistema de fuentes" en Revista de Derecho (Coquimbo) vol. 17, N° 1, 2010.

51 Cordero Quinzacara, Eduardo, "La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el Derecho nacional", en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 23, N°1, 2010.

52 Cordero Quinzacara, Eduardo, "Las normas administrativas y el sistema de fuentes" en Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte), N°1, 2010.

53 Cordero Vega, Luis "Las contiendas de competencia en el Tribunal Constitucional tras la reforma constitucional de 2005" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

54 Cordero, Luis, "La jurisprudencia administrativa en perpectiva: Entre el legislador positivo y el juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

55 Correa, Jorge, "La modernización del Ministerio de Defensa Nacional", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

56 Couso Salas, Javier y Coddou MacManus, Alberto, "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un desafío pendiente" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

57 Couso Salas, Javier, "Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

58 Couso, Javier y Coddou, Alberto, "Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena" en Fuentes, Claudio, En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile (Böll Cono Sur) 2010.

59 Couso, Javier, "Entre el abuso de la herramienta penal y condiciones carcelarias infrahumanas" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 590, julio 2010.

60 Couso, Javier, "La nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional: Encuentros y desencuentros", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

61 Crisóstomo, Carlos, "UNASUR: Nuevo desafío de integración en Suramérica", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

62 Cruz, Juan Manuel, "Libre competencia: un asunto de balance de poderes" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 587, marzo-abril 2010.

63 Cuevas Farren, Gustavo, "Interpretación de la Constitución: una tarea para proteger los derechos fundamentales" en Ius Publicum, N°25, 2010.

64 De Luca, Miguel y Malamud, Andrés, "Argentina: Turbulencia económica, polarización social y realineamiento político" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

65 Delgado, Jordi, "El certioriari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema", en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

66 Delgado, Carol, "El control de constitucionalidad de los autos acordados y los derechos fundamentales" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

67 Delpiano Lira, Cristián, "Patentes farmacéuticas: instrumentos de protección jurídica de la innovación, la vida y la salud pública", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

68 Diaz de Valdés, José Manuel y Verdugo Ramírez, Sergio, "El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

69 Díaz de Valdés, José Manuel, "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°2, 2010.

70 Díaz de Valdés, José Manuel, "Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un Diagnóstico Constitucional " en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

71 Díaz de Valdés, José Manuel, "El descuidado derecho a la participación política: ¿qué nos puede aportar el Derecho Internacional?", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

72 Elías de Tejada, Francisco, "Relaciones entre Política y Derecho" en Ius Publicum, N°24, 2010.

73 Erbsen de Maldonado, Karin y Barahona, Marco Antonio, "Guatemala: Danzando con las crisis económica y política" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

74 Estenssoro, Fernando, "Crisis ambiental y cambio climático en la política global: un tema crecientemente complejo para América Latina", en Universum, vol.25, N°2, 2010, p.57-77. ISSN 0718-2376.

75 Estenssoro Saavedra, J. Fernando, Antecedentes para una historia del debate político en torno al medio ambiente: la primera socialización de la idea de crisis ambiental (1945 -1972). Universum, 2007, vol.22, no.2, p.88-107.

76 Femenías Salas, Jorge Andrés, "Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

77 Fermandois Vohringer, Arturo y García García, José Francisco, "Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la ley N° 20.281 sobre sueldo base)" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°2, 2010.

78 Fernández Alemany, Andrés, "Convenio OIT N°169 y evolución liderada por la jurisprudencia de tribunales" en Revista del Abogado, N°49, 2010.

79 Fernández Baeza, Mario, "Prohibiciones de ministros de Estado y de parlamentarios : las atribuciones del Tribunal Constitucional" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

80 Fernandez Cruz, José Ángel, "El juicio constitucional de proporcionali-

dad de la leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad" en Revista de Derecho (Coquimbo) vol. 17, N° 1, 2010.

81 Fernández González, Miguel Ángel, "La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

82 Fernández González, Miguel Ángel, "La teoría de la Ley Pantalla, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de su ley orgánica", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

83 Fernández Neira, Karinna, "Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

84 Fernández Richard, José, "Normativa jurídica sobre uso de suelo urbano, contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcción D.F.L. N° 458", en Gaceta Jurídica, N° 362, 2010.

85 Fernández Richard, José, "Problemas que acarrea la insuficiencia funcional del pequeño municipio. Posibles soluciones", en Gaceta Jurídica, N° 356, 2010.

86 Ferrada, Juan Carlos, "Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso adminstrativo: Una jurisprudencia interesante, pero inconsistente", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

87 Figueroa, Rodolfo, "Modelo de control judicial de los derechos económicos, sociales y culturales", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

88 Figueroa, Rodolfo, "Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

89 Galdámez Zelada, Liliana, "Tutela judicial de graves violaciones a los de-

rechos humanos: las actuaciones del juez y las omisiones del legislador chileno" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

90 Gandásegui, Marco, "Panamá 2009: elecciones, crisis mundial y movimientos sociales" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

91 Garcés, Adolfo, "Uruguay 2009: de Tabaré Vázquez a José Mujica" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

92 García Barzelatto, Ana María, "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales según la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

93 García García, José Francisco y Verdugo Ramírez, Sergio, "De las superintendencias a las agencias reguladoras independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

94 García García, José Francisco y Verdugo Ramírez, Sergio, "Tribunal Constitucional, certiorari y precedente", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

95 García García, José Francisco, "Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

96 García Monge, Javier, "Cumbre por el cambio climático: El tropiezo de Copenhague" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 586, enero-febrero 2010.

97 García, José Francisco, "El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

98 García-Huidobro Becerra, Cristóbal, "200 Años de Desarrollo Jurídico en el Chile Republicano: Notas para un balance" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°2, 2010.

99 García-Huidobro, Luis, "El Convenio 169 y las medidas de presión" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 594, noviembre 2010.

100 Garretón, Manuel y Garretón, Roberto, "La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales", en Revista de Ciencias Políticas (Santiago), vol. 30, N°1, 2010.

101 González, Juan Pablo, "Las reformas constitucionales de 2009: ¿Nuevos parches para una Constitución fatigada?", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

102 Gorczevski, Clovis y Muller Bitencourt, Caroline, "El (re) surgimiento de un concepto: la búsqueda del verdadero sentido de la democracia en la sociedad contemporánea" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

103 Guiloff, Matías, "La jurisdicción del casuismo y el legislador orgánico", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

104 Guiloff, Matías, "La remisión normativa como estándar: una rearticulación democrática del control de constitucionalidad de decretos supremos" en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

105 Guiloff, Matías, "Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

106 Gutiérrez Puente, Carlos y Schudeck Díaz, Astrid, "Abuso de convenios de doble imposición", en Gaceta Jurídica, N° 358, 2010.

107 Hanssen Tallar, Carlos, "Exención de la rendición de cuentas por parte de los concejales que perciben fondos con el objeto de cubrir gastos de alimentación y alojamiento", en Gaceta Jurídica, N° 362, 2010

108 Hecker Padilla, Carlos, "El acceso a la justicia y la inversión extranjera" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

109 Hecker Padilla, Carlos, "La propiedad y la inversión extranjera" en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°14, 2010.

110 Hennig Leal, Mônia Clarissa, "La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

111 Henríquez, Miriam, "¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006 – 2009" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

112 Henríquez, Miriam, "Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de Derechos Humanos en recursos de protección (1989 - 2010)" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

113 Henríquez, Miriam, "El control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional: reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

114 Henríquez, Miriam, "Historia del control de constitucionalidad de las leyes en Chile" en Bazán, Víctor [coordinador] Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (Abeledo Perrot) 2010.

115 Hernández, Domingo, "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

116 Hervé, Dominique, "Noción y elementos de la justicia ambiental : directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica", en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 23, N°1, 2010.

117 Iglesias Muñóz, Carmen, "Modificaciones de Ley de Propiedad Intelectual", en Gaceta Jurídica, N° 359, 2010.

118 Isler Soto, Carlos, "¿Es el derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la teoría imperativista del derecho" en Revista de Derecho (Coquimbo), vol 17, N°1, 2010.

119 Jara Schnettler, Jaime y Maturana Miquel, Cristián, "Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo" en Revista De Derecho Administrativo, N° 3, 2010.

120 Jara Schnettler, Jaime, "Innovaciones en el estatuto orgánico del Tribunal Constitucional chileno", en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

121 Jiménez Polanco, Jacqueline, "República Dominicana: crecimiento macroeconomico y estabilidad política versus desigualdad social e insatisfacción popular" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

122 Juppet Ewing, María Fernanda, "Colisión de bienes jurídicos protegidos

entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

123 Justiniano Robledo, Federico, "Las garantías judiciales como vías de tutela de los derechos fundamentalesen estados de emergencia (in) constitucional" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

124 Lara Arroyo, José Luis y Helfmann Martini, Carolina, "Las medidas provisionales y la Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos: reflexiones acerca de su sentido y alcance" en Ius Publicum, N°25, 2010.

125 Lianos, Ioannis, "Las implicancias de una teoría regulatoria de la propiedad intelectual (pi) para el derecho de la libre competencia: visión desde Europa" en Revista de Derecho Económico, N°75, 2010.

126 López Maya, Margarita y Lander, Luis, "Venezuela 2009: en medio de dificultades avanza el modelo socialista del presidente Chávez" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

127 Lovatón Palacios, David, "Condena judicial contra el ex Presidente Alberto Fujimori: mensaje contra la impunidad y nuevo capítulo en la historia del Perú contemporáneo" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

128 Lovera, Domingo y Ugarte, José Luis, "Reglas, principios y (ahora) justicia constitucional. Cuestiones conceptuales", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

129 Lovera, Domingo, "El mito de la libertad de expresión en la creación artística", en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 23, N°1, 2010.

130 Lovera, Domingo, "Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)" en Fuentes, Claudio, En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile (Böll Cono Sur) 2010.

131 Machado Pelloni, Fernando, "Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

132 Marshall Barberán, Pablo, "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

133 Marshall Barberán, Pablo, "La pena y la ciudadanía: problemas constitucionales", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

134 Marshall Barberán, Pablo, "Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

135 Martínez Estay, José Ignacio, "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

136 Marzi, Daniela, "¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

137 Maturana Miquel, Cristián, "El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

138 Medina Quiroga, Cecilia, "Comentarios a las Observaciones Finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño y al Comité contra la Tortura" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

139 Meléndez, Carlos y León, Carlos, "Perú 2009: los legados del autoritarismo" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

140 Merino, José Ignacio, "Impacto Jurídico del ingreso de Chile a la OCDE", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

141 Meza, Marisa, "Democracia, escuela y sanción. Planteamiento de un problema y esbozo de un camino" en Revista Derecho y Humanidades, N°16, 2010.

141 Mohor Abuauad, Salvador "Recurso de protección y recurso de inaplicabilidad" en Revista de Derecho Público,vol.72, 2010.

143 Mokvist Uggla, Annika, "Bolivia: un año de consolidación" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

144 Montecinos Garcia, Alejandro, "El derecho y los estados de excepción constitucional" en Revista del Abogado, N°48, 2010.

145 Montt Rettig, Paulo, "Validez de las cláusulas contractuales de no competir" en Revista de Derecho Económico, N°75, 2010.

146 Moraga Klenner, Claudio "Control de los decretos con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

147 Munck, Gerardo, "Repensando la cuestión democrática: La región andina en el nuevo siglo" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

148 Nash, Claudio y Sarmiento, Claudia, "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009)" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

149 Navarro Beltrán, Enrique, "Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre la evolución histórica en Chile" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

150 Navarro Beltrán, Enrique, "Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

151 Nogueira Alcalá, Humbero, "Análisis crítico sobre la linea jurisprudencial de la sala constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico", en Gaceta Jurídica, N° 360, 2010.

152 Nogueira Alcalá, Humberto, "El control reparador de constitucionalidad de los tratados internacionales en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre ley adecuatoria de LOC del Tribunal Constitucional de 2009", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

153 Nogueira Alcalá, Humberto, "Informe sobre el proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales en Chile" en Bazán, Víctor [coordinador] Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (Abeledo Perrot) 2010.

154 Nogueira Alcalá, Humberto, "La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-INC, del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley de Isapres" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

155 Núñez Leiva, José Ignacio, "La responsabilidad patrimonial del estado legislador: un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

156 Nuñez, Manuel, "Neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno" en Revista de Derecho (Valparaiso) Vol. XXXIV, 2010.

157 Nuñez Poblete, Manuel Antonio, "Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitidad" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

158 Orrego Sanchez, Cristóbal, "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°2, 2010.

159 Pachano, Simón, "Ecuador: el nuevo sistema político en funcionamiento" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

160 Pachot, Karel, "A propósito del caracter fundamental de los Derechos económicos, sociales y culturales. Una mirada desde la doctrina comparada y la experincia del ordenamiento Jurídico Cubano" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

161 Pallavicini Magnère, Julio, "Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

162 Palma, Esperanza, "México: entre la violencia y la consolidación del sistema de partidos" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

163 Palomo Vélez, Diego, "Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

164 Pardow, Diego y Vallejo, Rodrigo, "El traje nuevo del emperador: Una revisión de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de las empresas públicas", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

165 Parra Vergara, Álvaro, "Algunas consideraciones sobre las revocatorias e inoponibilidades en el derecho concursal chileno moderno", en Gaceta Jurídica, N° 357, 2010.

166 Pedro Sagüés, Néstor, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

167 Penfold, Michael, "La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°1, 2010.

168 Peña Torres, Marisol, "Admisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad: jurisprudencia del tribunal constitucional chileno" en Bazán, Víctor [coordinador] Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (Abeledo Perrot) 2010.

169 Pérez-Baltodano, Andrés, "Nicaragua: se consolida el estado por derecho (y se debilita el estado de derecho)" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

170 Pfeffer Urquiaga, Emilio, "Autos acordados, control de constitucionalidad y procedimiento", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

171 Pica Flores, Rodrigo, "¿En qué consiste el denominado "control concreto de constitucionalidad" y en qué medida la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley participa de dicha caracterización?", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

172 Pica Flores, Rodrigo, "El procedimiento correspondiente al proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

173 Polanco Lazo, Rodrigo, "Transparencia y derechos en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera" en Revista de Derecho Económico, N°75, 2010.

174 Pomés Pirotte, Juan Pablo, "Nuevas reglas de Uncitral: un arbitraje más eficiente" en Revista del Abogado, N°50, 2010.

175 Pozo Silva, Nelson, "¿Cómo razonan los jueces?", en Gaceta Jurídica, N° 355, 2010.

176 Precht Pizarro, Jorge, "Un cambio de jurisprudencia administrativa so-

bre el artículo 54 letra c) de la Ley 18.575" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°2, 2010.

177 Puga Valdés, Juan Enrique, "¿Están las marcas de nuestros clientes realmente protegidas en Chile?" en Revista del Abogado, N°48, 2010.

178 Quezada, Hernán, "Claroscuros de la sentencia del Caso Prats" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 591, agosto 2010.

179 Quintana Benavides, Augusto "Declaración de inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

180 Renno, Lúcio, "Relación Ejecutivo-Legislativo en Brasil: ¿Es el año 2009 el primero del resto de nuestras vidas?" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

181 Reserve, Roody, "Haití crisis sin fin" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

182 Rettberg, Angelika, "Colombia 2009, progreso e incertidumbre" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

183 Ribera Neumann, Teodoro, "El artículo 93 N° 3 de la Constitución ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

184 Ríos Álvarez, Lautaro, "La sentencia de inconstitucionalidad en la reforma de la L.O.C. del Tribunal Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

185 Ríos Álvarez, Rodrigo, "Injusto monopólico. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador" en Revista Derecho y Humanidades, N°16, 2010.

186 Rodríguez Elizondo, José, "Chile - Ecuador - Perú: Diplomacia a la carta" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 590, julio 2010.

187 Rodríguez Grez, Pablo, "Responsabilidad extracontractual colectiva" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

188 Rodríguez, Grez, Pablo, "Constitucionalización del derecho" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

189 Román Cordero, Cristian, "El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

190 Román Cordero, Cristián, "El castigo en el derecho administrativo" en Revista Derecho y Humanidades, N°16, 2010.

191 Rosales Rigor, Cecilia, "Aplicación de la tesis no conflictivista de derechos en la jurisprudencia constitucional", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

192 Ruiz-Tagle Vial, Pablo, "Control preventivo de constitucionalidad" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

193 Saavedra Cruz, José Ignacio, "La valoración económica de los usos del agua" en Revista de Derecho Económico, 2010, n. 75.

194 Salas Salazar, Carolina, "Reproducción humana: ¿derecho fundamental?", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

195 Santelices, Tabata y Feddersen, Mayra, "Ejecución de sentencias internacionales sobre derechos humanos en Chile", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

196 Sarmiento García, Jorge, "Sobre la filosofía del Derecho Administrativo" en Ius Publicum, N°24, 2010.

197 Sarmiento Gargía, Jorge, "Sobre el concepto de servicio público" en Revista De Derecho Administrativo, N° 3, 2010.

198 Schonsteiner, Judith, "Hacia mayor seguridad jurídica en la protección regional de los derechos humanos: Las reformas procesales en el Sistema Interamericano", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

199 Sepúlveda Rodríguez, Enrique, "La seguridad como elemento de regulación del sistema eléctrico", en Gaceta Jurídica, N° 356, 2010.

200 Shelton, Dinah, "Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

201 Sierra Iribarren, Lucas, "Reforma Ambiental: desafíos de su diseño y su práctica" en Revista del Abogado, N°50, 2010.

202 Silva Abbott, Max, "Persona, consenso y derechos humanos" en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°14, 2010.

203 Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, "Las garantías judiciales de los derechos fundamentales como garantía de la legalidad", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

204 Simposio: Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Matías Meza-Lopehandía, Lucas Sierra, Teodoro Ribera y Francisca Salazar Callasaya - en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

205 Soto Kloss, Eduardo, "El deber de obediencia en la Administración del Estado" en Ius Publicum, N°24, 2010.

206 Soto Kloss, Eduardo, "Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro 'injerto extrajerizante'" en Ius Publicum, N°25, 2010.

207 Tanaka, Martín y Vera Rojas, Sofía, "La dinámica "neodualista" de una democracia sin sistema de partidos: La situación de la democracia en el Perú" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol. 30 N°1, 2010.

208 Tavolari Oliveros, Raúl, "La cosa juzgada en el control de constitucionalidad (y una lectura crítica a la ley 20.381 de reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal)" en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

209 Tojo, Liliana, "La implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: comentarios en torno al caso 'Corte Primera de lo Contencioso Administrativo'" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

210 Toro, Constanza, "Derecho de acceso a la información pública: comentarios a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

211 Torrecuadrada, Soledad, "La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas" en Estudios Internacionales, N°165, 2010.

212 Tórtora Aravena, Hugo, "Acerca de la articulación de una nueva institucionalidad de derechos humanos para Chile: temores y desafíos", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

213 Tórtora Aravena, Hugo, "Las limitaciones a los derechos fundamentales" en Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010.

214 Troncoso Reppeto, Claudio, "Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

215 Turner, Brian, "Paraguay: muchas novedades y poco cambio" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol. 30, N°2, 2010.

216 Valdivia Pérez, Julio César, "Los Acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

217 Varas Alfonso, Paulino, "La acción de inconstitucionalidad: una nueva atribución del Tribunal Constitucional" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

218 Varela Del Solar, Jorge Luis, "Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

219 Varela del Solar, Jorge Luis, "Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva. Instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno" en Actualidad Jurídica, N°21, 2010.

220 Vásquez Márquez, José Ignacio, "El control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema" en Revista de Derecho Público, vol.72, 2010.

221 Verdugo Ramírez, Sergio, "Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador"en Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, 2010.

222 Verdugo Ramírez, Sergio, "Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: una propuesta para enriquecer el debate nacional" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

223 Verdugo Ramírez, Sergio, "Pronunciamientos constitucionales del caso

"playas": ¿cambio jurisprudencial o precisiones doctrinarias compatibles?", en Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

224 Verdugo Ramírez, Sergio, "¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Crítica a una propuesta inconveniente", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

225 Vergara Blanco, Alejandro, "Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil" en Revista De Derecho Administrativo, N° 3, 2010.

226 Vergara Blanco, Alejandro, "La summa divisio iuris público / privado de las disciplinas jurídicas" en Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte), N°1, 2010.

227 Vial, Tomás, "La Ley de Transparenciay Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

228 Viera-Gallo, José Antonio, "Reconocimiento a pueblos indígenas: una tarea injustamente postergada" en Revista Mensaje vol. LIX, N° 593, octubre 2010.

229 Villablanca Cerda, Lusitania, "Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación" en Actualidad Jurídica, N°22, 2010.

230 Villablanca Cerda, Lusitania, "Los pilares del derecho, contrato y responsabilidad, como instrumentos de regulación" en Revista de Derecho y Ciencias Penales, N°14, 2010.

231 Villarreal, Evelyn y Gómez, Steffan, "Costa Rica 2009: enfrentando la crisis internacional en plena campaña electoral" en Revista de Ciencias Políticas (Santiago) vol.30, N°2, 2010.

232 Villavicencio Miranda, Luis, "Privatizando la Diferencia: el Liberalismo Igualitario y el Pluralismo Cultural", en Revista de Derecho (Valdivia), vol.23, N°1, 2010.

233 Vio, Eduardo, "La Carta Demócratica Interamericana con referencias al caso de Honduras", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

234 Vivanco Martínez, Ángela, "Justicia constitucional, libre elección en ma-

teria de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en Revista Chilena de Derecho, vol.37, N°1, 2010.

235 Zalaquett Daher, José, "La institucionalidad estatal de derechos humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile" en Anuario de Derechos Humanos, N°6, 2010.

236 Zapata Larraín, Patricio, "Rayando su propia cancha. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre su Ley Orgánica", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

237 Zúñiga Añazco, Yanira, "Género y democracia. Un análisis de la propuestas de igualdad y de representación contenidas en la paridad", en Cazor Aliste, Kamel / Salas Salazar, Carolina [coordinadores] Estudios Constitucionales (Librotecnia) 2010.

238 Zúñiga Urbina, Francisco, "Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad" en Revista de Derecho Público,vol. 72, 2010.

239 Zúñiga Urbina, Francisco, "El principio pro requirente en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional: reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

240 Zúñiga Urbina, Francisco, "La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile" en Bazán, Víctor [coordinador] Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (Abeledo Perrot) 2010.

241 Zúñiga Urbina, Francisco, "La relación Tribunal Constitucional-Tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción", en Nogueira Alcalá, Humberto [coordinador] Temas de derecho procesal constitucional : reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional (Librotecnia) 2010.

242 Zúñiga, Francisco, "La relación Tribunal Constitucional- tribunales de fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción", en Couso, Javier [editor] Anuario de Derecho Público 2010.

N°	Libros
1	Bazán, Víctor, [coordinador] "Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (Tomo I y II)" (Abeledo Perrot) 2010.
2	Bermúdez Soto, Jorge, "Derecho Administrativo General" (Legal Publishing) 2010.
3	Bravo Lira, Bernardino, "Constitución y reconstitución : historia del Estado en Iberoamérica (siglos XVI al XXI)" (Legal Publishing) 2010,
4	Camacho, Gladys, "Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV" (Legal Publishing) 2010.
5	Castro, Álvaro, Mera, Jorge y Cillero, Miguel, "Derechos fundamentales de los privados de libertad", Ed. UDP, 2010.
6	Castro, Harris, "Conflictos por el agua en Chile: entre los derechos humanos y las reglas del mercado" (Gráfica Andes) 2010.
7	Cazor Aliste, Kamel y Salas Salazar, Carolina, [coordinadores] "Estudios Constitucionales" (Librotecnia) 2010.
8	Celis Danzinger, Gabriel, "Curso de Derecho Administrativo (Tomos I y II)" (Thomson Reuters PuntoLex) 2010.
9	Collins, Cath, "Post-transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador", (Pennsylvania State University Press) 2010.
10	Cordero, Luis, "La Responsabilidad de la Administracion del Estado" (Legal Publishing) 2010.
11	Correa Sutil, Sofía y Ruiz-Tagle Vial, Pablo, "Ciudadanos En Democracia. Fundamentos Del Sistema Político Chileno" (Debate) 2010.
12	Couso, Javier, Huneeus, Alexandra y Sieder, Racher, "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America", (Cambridge University Press) 2010.
13	Díaz Sahr, Ignacio, "Régimen jurídico ambiental de proyectos hidroeléctricos" (Librotecnia) 2010.
14	Dorn Garrido, Carlos, "La inconstitucionalidad por omisión legislativa" (Metropolitana) 2010.

15 Durán, Valentina, Montenegro, Sergio, Moraga, Pilar, Ramírez, Daniella, Uriarte, Ana Lya, "Derecho ambiental, en tiempos de reformas. Actas de las V jornadas de derecho ambiental", (Legal Publishing) 2010.

16 Fuentes, Claudio, "En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile" (Böll Cono Sur) 2010.

17 Guzmán, Rodrigo, "La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile" (Legal Publishing) 2010.

18 Hervé, Dominique, Guiloff, Matias y Perez, Raimundo, "Reforma a la institucionalidad ambiental: antecedentes y fundamentos", Ed. UDP, 2010.

19 Jornadas Chilenas de Derecho Público Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, "Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado" (Fondo de Publicaciones) 2010,

20 Moraga Klenner, Claudio, "Tratado de Derecho Administrativo Tomo VII" (Legal Publishing) 2010.

21 Nash Rojas, Claudio, "La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales" (Distribuciones Fontamara) 2010.

22 Nogueira Alcalá, Humberto, [coordinador] "Dogmática y aplicación de los derechos sociales" (Librotecnia) 2010.

23 Nogueira Alcalá, Humberto, [coordinador] "Temas de derecho procesal constitucional: reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional" (Librotecnia) 2010.

24 Pantoja Bauzá, Rolando, "Tratado de Derecho Administrativo: Derecho Y Administración Del Estado (Tomo I)" (Legal Publishing) 2010.

25 Pantoja Bauzá, Rolando, "Tratado de Derecho Administrativo Tomo I" (Legal Publishing) 2010.

26 Pereira Menaut, Antonio-Carlos, "Política y derecho", (Legal Publishing) 2010.

27 Püschel Honeisen, Lorna, "Deberes constitucionales estatales en materia ambiental" (Legal Publishing) 2010.

28 Ramírez Araya, José Antonio, "Concesiones de obras públicas, análisis de la institucionalidad chilena", (Legal Publishing) 2010.

29 Salinas Bruzzone, Carlos, "Derecho administrativo sancionador: el régimen sancionador eléctrico en Chile" (Thomson Reuters Puntolex) 2010.

30 Squella, Agustín y López, Nicolás, "Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?" (Fundación Coloquio Jurídico Europeo) 2010.

31 Valenzuela Fuenzalida, Rafael, "El derecho ambiental: presente y pasado" (Editorial Jurídica de Chile) 2010.

32 Verdugo Marinkovic, Mario y García Barzelatto, Ana María, "Manual de derecho político" (Editorial Jurídica de Chile) 2010.

33 Vergara Blanco, Alejandro, "El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo" (Legal Publishing) 2010.

34 Vergara Blanco, Alejandro, "Instituciones de Derecho Minero" (Legal Publishing) 2010.

35 Zúñiga Urbina, Francisco, "Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad: doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales" (Legal Publishing) 2010.