

# Editorial: Familia y Sociedad

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

Deceno Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Civil

Apuntes de Derecho

Facultad de Ciencias Junidicas y Sociales de la Universidad Diego Portales Número 2 • Primavera 1997 República 165 • Santiago de Chile Teiétono: 56-2-6762601 • Fax: 56-2-6762602

Comentarios y Suscripciones Gratuitas: e-mail: nicolas.espejo@jur.udp.cl

Director: Carlos Peña Gonzalez.
Editor: Nicolás Espejo Yaksic.
Comite Editorial:
Alejandra Schitál; / Manuel José Prieto
Andrea Repetto / Pablo Sepúlveda / Miguel Santibáñez
Cristlán Vargas / Francisco Concha / Felipe Diaz.
Han colaborado en este Número:
Felipe Gonzalez / Maria Angelica Jiménez
Andrea Muñoz / Cecilía Medina / Jorge Mera / Sergio Praus
Mariana Jyhvin / Sergio Romero / Cioreto Santa Maria
Marcelo Leiva / Redrigo Cellís.

Director de Arte: Patricio Pozó. Diseño y Producción: DDP • Escuela de Diseño Diego Portaies Fotografia: José Miguel Pérez Juricic

Impreso en Imprenta Ograma

Los países que, como Chile, experimentan importantes procesos de modernización política y económica, suelen padecer, al mismo tiempo, relevantes cambios en sus pautas de movilidad social y en el ámbito de sus relaciones afectivas. Los mayores niveles de crecimiento y bienestar, van ordinariamente acompañados de un cambio en nuestra sensibilidad, de una modificación, a veces insensible, pero intensa, en nuestro modo de estar en el mundo, en nuestra manera, podríamos decir, de reconocer nuestro hogar. No se trata, claro está, de un proceso simétrico, sino inconsistente, de ritmos diversos, y eso explica tal vez que los procesos de crecimiento y modernización vayan siempre acompañados de un cierto malestar inevitable, de una cierta sensación de pérdida.

La sobreabundancia de información, por ejemplo, nos sorprende y nos seduce, pero, a la vez, nos provoca perplejidad y desorientación. La rutina de los supermercados y de los grandes malls, nos atrae; pero, al mismo tiempo, nos hace sospechar que en ellos, en vez de encontramos, nos aislamos en la intrascendencia y tal vez eso explica esa inevitable sensación de culpa que sentimos luego de la alegría del consumo. Habitar una gran ciudad pone a miestro alcance un inmenso mercado de cultura y enfretención; pero, simultáneamente nos aisla y nos aleja hasta hacemos añorar las antiguas plazas de provincia que aún se habitan como si fueran extensiones del hogar. La exaltación del individuo, la proclamación de sus derechos y el fomento de la autenticidad, nos protegen del abuso y, sin embargo, desmedran las tradicionales virtudes de la solidaridad y la confianza. En ese proceso, inevitablemente contradictorio, las formas más primarias de sociabilidad y de encuentro, el amor y el matrimonio, por ejemplo, comienzan a transformarse y las formas tradicionales que revestian hasta hace algunos años empiezan a adquirir una fisonomía diversa, que si bien las hacen más gozosas y más bellas, también las convierten en más precarias y más frágiles.

Como siempre ocurre, es la literatura, más que la sociología o la antropología, la que mejor ha descrito este proceso. Es este un tema que, en efecto, aparece en todas las grandes novelas modernas y de todas ellas la que me parece a mí más elocuente es Madame Bovary de Flaubert. Emma Bovary es una mujer en la que se pone de manifiesto, de una

manera a mi juicio inmejorable, uno de los rasgos más acendrados de la modernidad, a saber, la búsqueda de la autenticidad entendida como un sometimiento a la espontaneidad subjetiva que acaba, inevitablemente, desmedrando a las instituciones. Emma, en la novela de Flaubert, elabora fantasías en medio de la lectura de novelas de amor y sueña con ver realizados en su propia vida los ideales de la espontaneidad amorosa que ha leído en los folletines. Esa formidable capacidad «de fabricar ilusiones» unida a su «loca voluntad de realizarlas», le impide un compromiso genuino, no la deja adherir a las instituciones -desde luego, no al matrimonio- y la lanza en una búsqueda atormentada que acaba en el suicidio. El ideal de la autenticidad en la trágica y desquiciada vida de Emma Bovary, muestra, con algo de exageración claro está, uno de los rasgos más acusados de la modernidad, a saber, la búsqueda de la autonomía que es posible hallar desde las páginas metálicas de Kant-pienso en el opúsculo de la llustración-hasta en la prosa vivaz y plagada de imágenes de Dworkin. Lo que muestra esa novela magnifica, y otras como el Zhivago de Pasternak, es que la noción de autonomía personal que enfatizan los procesos de modernización, al acentuar la valoración social del individuo, arriesga permanentemente el peligro de debilitar las instituciones sociales básicas. Como lo muestra la experiencia comparada, el crecimiento económico y el lugar central que las instituciones democráticas conceden al individuo, desmedran, a veces, la legitimidad de las instituciones sociales más tradicionales, entre otras el matrimonio y la familia.

Se trata, claro está, de un proceso hasta cierto punto inevitable que, sin embargo, en nuestro país ha suscitado más reacciones emocionales que genuina preocupación política y reflexión cívica. Un cierto tono moralizador, y a veces apocaliptico, para referirse a estos problemas, ha tendido, en mi opinión, a sustituir a la reflexión serena y prudente, arriesgando así el peligro de dejar a esos procesos entregados a su propia dinámica, sin dirección alguna.

Dentro de esos procesos -que, como digo, han sido objeto más de afanes moralizadores que de reflexión cívica-el conjunto de cambios que ha venido experimentando la familia ocupa un lugar decisivo. En la familia, como se sabe, los sujetos adquieren la más temprana socialización y es en la

familia donde se gesta, por vez primera, una cierta noción de identidad y de dignidad humana que, más tarde, producirá efectos hacia el resto de la sociedad civil y hacia la sociedad politica. En la familia, meior que en ninguna otra institución social, se entrelazan la naturaleza y la cultura, la reproducción socialmente disciplinada y la socialización del individuo; la afirmación de la persona como un ente insustituíble y, al mismo tiempo, el fomento de los lazos comunitarios que la hacen posible. Con todo, y no obstante el lugar decisivo que posee en la experiencia de los seres humanos, o quizá debido justamente a eso, la familia constituye una institución en la que se expresan, de modo inmediato, las nuevas sensibilidades que introduce la noción de autenticidad y de autonomía. La idea del matrimonio por amor -una idea que se instala en la cultura occidental recién hacia comienzos del siglo XVIII- es una idea constitutivamente inestable. Las instituciones se crigen sobre la represión de la subjetividad y es natural, entonces, que una institución que aspira a erigirse sobre el amor -una de las formas más exaltadas de la subjetividad- experimente una crisis de legitimidad y no pueda aspirar ya a la estabilidad que tenfa cuando no era el amor sino unos intereses más objetivos y más permanentes los que la sustentaban. Por eso no es extraño que la familia erigida sobre el matrimonio único y estable exhiba hoy una abierta inestabilidad y que las rupturas matrimoniales, hasta hace muy poco motivo de intenso escándalo, ya no sean apreciadas como un acto de transgresión.

El problema resulta así, en algún sentido, paradójico. La familia posee un lugar decisivo en la experiencia humana; pero, al mísmo tiempo, esa experiencia le plantea desafíos de adaptación. Hacer frente a esos desafíos sin desmedrar el lugar central que la familia posee en los procesos de socialización y en el sentido de comunidad que ella forja, es el problema que tenemos por delante. No le corresponde al derecho, claro está, hacer frente a la totalidad de ese problema. El derecho constituye un instrumento que resulta más bien tosco cuando se trata de la subjetividad de los seres humanos y cuando se trata de ámbitos de la vida que la cultura se esmera en entregar a una cierta espontaneidad. Sustituir el constructivismo político y social por alguna forma de constructivismo moral, significaría no comprender la índole del problema e importaría, a fin de cuentas, una falta de sensibilidad pública.



#### PERFIL ACADEMICO

#### Javier Barrientos Grandón

Licenciado en Ciencias Jurídicas de lo Universidad de Chile, notualmente se encuentra cursando la Licenciatura en Filosofía en la Universidad Nacional de la Educación a Distancia (Mudrid) y el Doctorado en Derecho en la Universidad de Costilla La Muncha (Toledo).

Con sólo trienta años de edad, es profesor de la Facultad de Derocho de la Universidad Diego Portales en las Cátedras de Derocho Romano e Historia del Derocho. Ha publicado una serie de libros y monografías entre las que destacan-La Cultura fundica en el Reino de Chile. (Cuadernos de Análisis Juridica en el Reino de Chile. (Cuadernos de Análisis Juridica de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1992). La Cultura fundica de Investigaciones Juridicas, Universidad Nucional Autónoma de Méjico, 1993). Introducción a la Historia del Dorecho Chilemo. (Editorial Barroco Libreros, Santiago, 1994) y «La Real Audiencia de Santiago de Chile. La Institución y sus Hombres» (Fundación Histórica Tavera, Madrid, 1997).

Su trabajo de investigación sobre Derecho Iudiano ha sido publicado en diversas revistas nacionales e internacionales y actuabmente es micalmo del «Instituto de Investigaciones de l'Estoria del Derecho (Argentina), del «Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano» (Madrid-Buenos Aires-Santiago) y de la «Societé d'Aristoire de Droit Fearcais et Étranger» (París). Obravo en España el «Premio Internacional de Historia del Derecho Indiano Ricardo Levene y es el primer profesor chileno en participar en forma permanente como profesor del «Diplome d'Etudes Approfondis d'Histoire du Droit Européende la Universidad de París XII, Val de Marne, Francis.

Sa trabajo por más de cinco años en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales ha estado orientado a la investigación académica sobre los fundamentos del Derecho Indiano en Chila, la tatoría y dirección de memorias y la enseñanza de Historía y del Derecho Romano.

Sin lugar a dudas, Javier Barrientos es uno de los profeseres más queridos y revonocidos por la comunidad acudémion de nuestra universidad y en especial, por sus alumnos. Por ello, -Apuntes de Derechoha querido dedicarle con especial reconvoluciono éste, su perfil académico.



JORGE MERA FIGUEROA

Abogado. Profesor de
Derecho Penal,
Investigador y Director
del Proyecto sobre Justicia
Militar en Chile de la
Facultud de Derecho de la
Universidad Diego
Portales.

## ; SE JUSTIFICA LA

## Jurisdicción

 La regla general en materia de jurisdicción penal es, por supuesto, que ella sea ejercida por los tribunales ordinarios.
 La existencia de tribunales especiales, excepcional como es, debe estar justificada en razones fuertes que convenzan de que su establecimiento es una necesidad que no importa una diferenciación arbitraria.

A continuación expondremos y criticaremos las principales razones que invoca la doctrina para justificar la jurisdicción penal militar en tiempo de paz y ofreceremos, además, otras argumentaciones que cuestionan su legitimidad.

2. Se invoca en primer lugar la especialidad y complejidad de los asuntos penales militares. Debe observarse, en todo caso, que el argumento no es válido para justificar el juzgamiento de civiles por tribunales militares ni el de éstos por delitos comunes, y tampoco es consistente para justificar la jurisdicción penal militar aun en el caso de los delitos propiamente castrenses, cometidos por militares.

En efecto, aparte de que dicho argumento, como se verá más adelante, pone de relieve la falta de independencia e imparcialidad del tribunal, debe observarse que su lógica es más propia y resulta, por lo tanto, aceptable sólo para los supuestos en que se trata de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria del militar, pero no su responsabilidad penal, caso en el cual se trata de establecer no sólo si se ha infringido un deber militar, sino que, además, si tal infracción compromete un bien jurídico vital, de interés general y no sólo castrense, puesto que únicamente en este último caso se justifica la intervención penal del estado. Siendo así, la jurisdicción ordinaria parece la más adecuada para conocer de los delitos militares.

Por otra parte, la supuesta especial complejidad que tendrían los delitos militares no es una razón suficiente para justificar una jurisdicción militar especializada, toda vez que ella no es mayor, en todo caso, que la de otros múltiples asuntos, como por ejemplo los delitos económicos, que deben ser resueltos por la justicia ordinaria. Por lo demás, la función del derecho penal sigue siendo la misma, independientemente de la naturaleza de los conflictos de que se trate, esto es, proteger bienes jurídicos vitales y asegurar las garantias tanto materiales como formales que constituyen derechos de las personas que representan otros tantos limites del jus puniendi.

3. Otro argumento recurrente dice relación con la necesidad de mantener la disciplina. Se sostiene que la intervención de autoridades extrañas en el conocimiento de esos hechos constituiría un factor de relajamiento de la disciplina, y que se trata de infracciones que deben ser juzgadas por técnicos, y es indudable que los jefes militares están en mejor situación de apreciar el alcance de esas trasgresiones.

Como se observa, toda la argumentación se reduce a justificar la jurisdicción penal militar invocando sólo la necesidad de preservar la disciplina militar, valor fundamental de las instituciones armadas. Pues bien, ello sólo podría justificar la jurisdicción militar disciplinaria, pero no se ve cómo, además, puede al mismo tiempo servir de fundamento racional a la jurisdicción penal militar, la que, por definición, tendría a su cargo el conocimiento de hechos atentatorios en contra de otros bienes juridicos distintos de la disciplina.

Otros argumentos similares al anterior o vinculados a él que enfatizan (i) la mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno mismo del Ejército, vigorizándose la disciplina y el respeto cuando los jueces son a la vez jueces y superiores y, sobre todo con la rapidez y la publicidad inmediata entre los compañeros del imputado, y (ii) la mayor severidad con que se supone actúan los tribunales militares, ponen en evidencia -aparte de los problemas de independencia e imparcialidad- el énfasis unilateral que este tipo de argumentaciones otorga a uno de los intereses en conflicto

## Penal Mitar

## EN TIEMPO DE PAZ?

(precisamente el interés militar afectado por la infracción que se trata de juzgar) en el caso de enjuiciamiento penal por un delito militar, en detrimento de los derechos del imputado, y muestran el riesgo que la justicia militar representaría para el conjunto de las garantías penales de este último y la conveniencia, por tanto, de que sean los tribunales ordinarios quienes conozcan de los delitos militares.

4. Se han dado también argumentos de carácter histórico como justificación de la jurisdicción penal militar. El hecho -se dice- de que la jurisdicción penal militar se remonte, en sus orígenes, a las más antiguas sociedades civilizadas humanas, y la circunstancia de que todos los estados, grandes o pequeños, sean o no potencias militares, tengan establecida la jurisdicción militar, prueba que ésta es una necesidad inherente a los ejércitos, para el mantenimiento de su unidad y disciplina.

La invocación de la tradición histórica para justificar la legitimidad de las instituciones no es, por cierto, suficiente, máxime en un tema como el que nos ocupa, en que la tensión se presenta con las exigencias actuales del estado de derecho democrático y de los derechos humanos, las cuales, como se sabe, se han desarrollado y profondizado sólo en tiempos muy recientes, en particular con posterioridad a la segunda guerra mundial. Por lo demás, países con una gran tradición militar, como Alemania, han suprimido la jurisdicción penal militar.

5. En los defitos militares no se tutelan intereses que correspondan sólo a las Fuerzas Armadas -susceptibles de ser resguardados eficazmente por la vía disciplinaria-, sino que a la sociedad como tal. Es ésta la que se encuentra interesada en preservarlos, en cuanto constituyen bienes jurídicos colectivos que son funcionales, instrumentales al normal y correcto desenvolvimiento de la sociedad. A este

respecto debe tenerse presente que la institución militar misma es instrumental respecto del estado, en el sentido que existe para la protección de su seguridad exterior. La función de las Fuerzas Armadas está referida, en definitiva, a la guerra, y en tiempo de paz, a la adecuada preparación para la misma. El derecho penal militar es, como lo ha subrayado la doctrina anglosajona, un medio para mantener la eficacia del Ejército como una organización de combate. Y es toda la sociedad -y no solo las FFAA- la que está interesada en la existencia de dicha eficacia, puesto que resulta necesaria para la preservación de la seguridad exterior, por que debe concluirse que es a la justicia ordinaria, y no a la militar, a la que corresponde el juzgamiento de esos delitos castrenses -lo mismo que el de cualquier otra infracción que vulnere un bien inrídico realmente vital-, toda vez que dichos delitos comprometen intereses que afectan a toda la sociedad.

6. La atribución de responsabilidad penal -por implicar, por una parte, la privación o limitación de detechos fundamentales, y ser necesaria, por la otra, para la protección de bienes jurídicos vitales cuya preservación interesa a toda la sociedad-debe ser hecha por tribunales cuya independencia e imparcialidad no se preste a cuestionamiento alguno.

A este respecto -el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial- la situación de fuero amplio existente entre nosotros obliga a distinguir tres situaciones diferentes que pueden presentarse:

- (I) BI juzgamiento de civiles por tribunales militares;
- ii) El juzgamiento de militares por delitos comunes hecho por tribunales militares; y
- (iii) El juzgamiento de militares por delitos castrenses hecho por tribunales militares.

En los dos primeros casos -que no debieran existir, puesto que no concurre en ellos ninguna de las posibles razones justificatorias de la jurisdicción penal militar- la falta de imparcialidad -en su dimensión objetiva- de los tribunales militares no parece que pueda ser seriamente puesta en duda.

Más interesante resulta examinar, desde la perspectiva del derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, la tercera hipótesis: el juzgamiento de militares por delitos propiamente castrenses hecho por un tribunal militar.

Tampoco en este caso se encuentra garantizada la imparciatidad del tribunal. En efecto, si el conflicto consiste, en tal evento, en el hecho de atentar un militar en contra de un interés militar, esto es, en la contraposición de este filtimo con el interés del infractor en que se respeten sus garantías penales, es obvio que estas últimas estarían mejor resguardadas si el juzgamiento lo llevaran a cabo los tribunales ordinarios, que gozan de total independencia y absoluta imparcialidad para juzgar dicho conflicto, y no por tribunales militares, los que pueden sentirse comprensible y acaso inconscientemente inclinados a favorecer uno de los intereses en pugna, a saber, el militar.



ANDREA MUÑOZ SANCHEZ

Abogada, Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portulos.

# Divorcio Vincular

En el actual debate que se ha abierto en torno al proyecto de ley sobre matrimonio civil, aprobado en primer trámite legislativo por la Cámara de Diputados, han surgido un par de cuestiones que resulta de interés examinar, atendido que, aparentemente, tendrían problemas de constitucionalidad. A ello destinaré las reflexiones que siguen.

El primer aspecto cuestionado, dice relación con la irrenunciabilidad de la acción de divorcio establecida en el proyecto.

Esta es una norma que no sólo se encuentra contemplada en el mencionado proyecto, sino también en la Ley de Matrimonio Civil actualmente vigente, con respecto al divorcio que en ese cuerpo legal se consagra (separación de cuerpos). El objeto de una norma de este tipo, es impedir que las personas puedan renunciar en forma anticipada y abstracta, al ejercicio de un derecho que la ley les confiere (pedir el divorcio), pero en ningún caso obsta a que los cónyuges puedan tenunciar a pedir el divorcio, en concreto, por una causa existente y conocida, lo que ocurre, en términos generales, cuando ha habido cohabitación posterior a la causal. De manera que nadie queda obligado a ejercer la acción de divorcio si concurren causales para hacerlo, ya que es una cuestión de estricto dominio privado del cónyuge que se siente afectado, como tampoco nadie puede ser presionado a desprenderse de ese derecho mientras se trate de una hipótesis o situación no verificada.

La razón o fundamento para establecer la irrenunciabilidad de la acción de divorcio, es que éstas son normas de orden público, indisponibles para las partes, ya que a través de pactos privados entre los cónyuges, pudieran establecerse roglas que deterioren o menoscaben los derechos y obligaciones que las leyes

señalan a cada cónyuge respecto del otro.

En el ámbito del derecho de familia, es un hecho indiscutible que la autonomía de la voluntad es un principio que se encuentra significativamente atenuado y que sus normas, lejos de ser supletorias de la voluntad de las partes, se le imponen al sujeto en forma imperativa, reservando para éste, sólo la libertad de conclusión respecto de los actos jurídicos que celebre. La libertad de configuración, existente y poderosa en el ámbito patrimonial, deja paso así, al estatuto que el legislador ha previsto para ese determinado acto, sin que los cónyuges, o los padres, puedan estipular o convenir ninguna clase de modalidades, salvo contadas excepciones. ¿Cómo podría ser de otra manera, si se piensa que no se trata de meros contratos privados, sino de la organización de instituciones que conforman el sistema familiar? Difícil resulta pensar eu que cada cual pueda revisar y modificar, a su conveniencia, los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, ya sea entre marido y mujer, o bien, entre padres e hijos.

Ahora bien, el hecho que esta disposición haya sido objetada en el proyecto en estudio, y que no merezca reparos su inclusión en el ley actual, obviamente está demostrando que lo que se reclama no es una mayor libertad para las personas, sino en el fondo, lo que se busca al intentar que la acción de divorcio sea renunciable en forma anticipada, es incorporar, derechamente, la posibilidad que los cónyuges deroguen, por su voluntad, las normas sobre divorcio que el proyecto contempla. Lo anterior, no es otra casa que regular, por otra vía, la tesis que propugna la posibilidad de que existan dos sistemas paralelos de matrimonio, ai establecerse la alternativa de casarse con disolución de vínculo o sin él. De esta manera, quienes

lgunas cuestiones debatidas en relación

no quisieran verse sometidos a la ley de divorcio, podrán convenir, previamente y en forma recíproca, que renuncian a ejercer dicha acción en contra del otro cónyuge.

En mi opinión, esta modalidad fuera de ser perversa e impracticable que introduce un elemento de dificil valoración y manejo para la pareja de futuros contraventes - es de dudosa constitucionalidad frente a la garantía de la libertad de conciencia. En efecto, es posible sostener que la alternativa de casarse «con clausula de indisolubilidad», sería si no una exigencia de la Iglesia Católica respecto de sus feligreses, al menos una recomendación perentoria respecto de la cual dificilmente un creyente podría sustraerse. Eso implica, claramente, violentar la libertad de conciencia, en la medida que el culto a esa -u otradeterminada fe religiosa se condiciona o supedita al ejercicio de ciertos derechos. En términos prácticos, no puede ser libre la opción de fe de un sujeto, que sabe que de escoger cierta religión, se verá privado de un derecho como es el de ejercer la acción de divorcio. La Constitución garantiza el pleno respeto a la libertad de conciencia y de culto, por lo que sería cuestionable una ley que justamente propiciara diferencias, en el ámbito de los derecho civiles, según cual sea la opción religiosa.

El segundo punto cuestionado dice relación con la extensión de los efectos de la ley de divorcio, a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia.

Este aspecto controvertido, está contemplado en el 2ª artículo transitorio del proyecto, de acuerdo al cual, los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirían, en lo tocante a la separación, nulidad y divorcio, por lo previsto en ésta.

Aún cuando no ha habido una exposición clara de los motivos por los cuales se invocaría la inconstitucionalidad de esta norma, lo probable es que ella estuviera basada en el derecho de propiedad que los cónyuges tendrán, en relación a los derechos emanados del contrato de matrimonio celebrado bajo la vigencia de las actuales normas, las que les garantizarian la indisolubilidad del matrimonio. Esa interpretación llevaría, probablemente, a sostener que dicho derecho (a casarse para toda la vida), se incorporó al patrimonio de cada uno de los cónyuges, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes y que en consecuencia, de cauerdo a la garantía de la inviolabilidad del derecho de propiedad contemplada en el artículo 24 de la Constitución Política de la República, la disposición transitoria que se comenta seria incosntitucional. Cabe recordar aqui, que la protección del derecho de propiedad en el actual

Constitución se ve fortalecida y en cierto modo ampliada, al hacer extendiva la protección (acción de protección), expresamente, al derecho de propiedad que se tenga sobre derechos corporales e incorporales (cuyo es el caso).

Sobre el particular y aun en conocimiento de la notable extensión que se le ha dado, por esta vía, al derecho de propiedad, pienso que este no es un razonamiento correcto, justamente, porque las normas que en virtud de esta ley se consagran, son normas de orden público, que dicen relación con la ordenación de la familia y el interés común y, en consecuencia, han de regir de inmediato.

No cabe aquí invocar la ley del contrato, como si estuviéramos en el ámbito puramente privado. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con al normativa referente a los bienes familiares, que pueden aplicarse a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, cualquiera sea el régimen de bienes bajo el cual los cónyuges estuvieren casados. Con respecto a esta ley, nadie ha pensado sugerir que sólo rija para quienes se casen en el futuro, a pesar que podría considerarse que limita los derechos de los cónyuges, válidamente adquiridos bajo la vigencia de las antiguas normas.

Mirado desde la perspectiva de la constitución del estado civil, la ley de efecto retroactivo es categórica al señalar que el estado civil constituído al amparo de una ley, subsistirá aunque esta pierda después su fuerza; en tanto los derechos y obligaciones anexos a él se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, o modifique o derogue los antiguos.

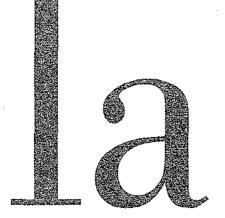
De esto se pueden desprender varias cosas. En primer término, que la aplicación de la ley que admite el divorcio vincular no afecta el estado civil que hayan adquirido las personas bajo la vigencia de la ley anterior, las cuales conservan el estado civil que tengan. En segundo lugar, que las normas que en esta nueva ley se pudieran establecer, apuntan a una serie de requisitos para adquirir la condición o estado de divorciado, estado que hoy no existe, por lo que mal podría atribuirsele efecto retroactivo, ya que no modifica una calidad antes existente. Por último, y llevados a dilucidar si el aspecto relativo a la disolubilidad del matrimonio es una condición esencial del matrimonio, o puede considerarse un derecho anexo al mismo -y, en consecuencia, subordinarse a la nueva ley- es posible sostener que efectivamente estamos en presencia de un derecho anexo y no de la esencia, en la medidad que los elementos de la esencia del matrimonio son aquellas obligaciones que reciprocamente se prometen marido y mujer -fidelidad, respeto, socorro mas no el hecho de ser indisoluble.

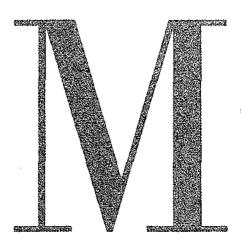


CECILIA MEDINA

Abogada, Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Profesora e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y actualmente profesora visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

#### Violencia Contra





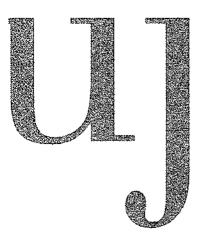
En un principio el Cielo estaba muy cerca de la Tierra. Pero cada tarde la Mujer cortaba un pedazo del Cielo para echar a la sopa o, en otra version, ella golpeaba repetidamente y de manera descuidada el majador del mortero contra el Cielo cada vez que molia el grano o -todavia en otra version, tan prodigiosa es la capacidad de invencion del Hombre - ella se secaba sus manos de cocinera con la cara del Cielo. Cualquiera que fuera la manera en que la Mujer provocaba, el Cielo finalmente se alejo enojado, y Dios se fue con el. I

Los muchachos no querian causar dano a las muchachas. Solo querian violarlas. <sup>2</sup>

La mayor parte de los paises de este continente han dictado leyes contra la violencia domestica o intrafamiliar que constituyen la respuesta del Estado a los incidentes de violencia fisica o psicologica graves dentro de la unidad familiar (tomada esta expresion en su sentido amplio); leyes necesarias porque hasta ahora las agresiones físicas a la mujer a menudo no eran sancionadas por el Estado sino cuando como resultado de ellas se producian consecuencias que permitian catalogarlas como lesiones por lo menos leves y porque existe una tendencia en el mundo a mirar la violencia contra la mujer con menos rechazo, con mas tolerancia, porque, despues de todo, es un problema cultural que ha durado siglos. Junto con establecer un mecanismo de sancion de la violencia contra la mujer, estas leyes intentan dar una respuesta algo mas sofisticada que la mera respuesta penal, haciendose cargo de que es posible que las mujeres que sufren violencia fisica o psicologica no quieran ver al agresor en la carcel, sino que quieran que este se reforme y porque, en un porcentaje significativo de casos, un agresor en la carcel agrava la situacion financiera de la familia.

Las leyes de violencia domestica o intrafamiliar, sin embargo, son solo una respuesta parcial al problema. El hecho de que se ejerza violencia física y psicologica contra la mujer no solo dentro de la familia <sup>4</sup>, sino que tambien -y sobre todo violencia física, en situaciones de conflicto armado, de represion y de privacion de libertad en carceles <sup>5</sup>, muestra que existe una relacion directa entre violencia contra la mujer y su posicion en la sociedad y que es en realidad la posicion subordinada de la mujer la que permite que la violencia en su contra alcance la magnitud que tiene en el mundo.

En terminos amplios, violencia no es solo uso de fuerza física con un proposito ilegitimo; es tambien abuso de poder. ¿De que manera podria describirse, sino como violencia, el acto de obligar a un ser humano-sin justificacion





legal-a hacer lo que no desea, aprovechando su situacion de inferioridad? La violencia fisica no es, pues, un fenomeno aislado que pueda ser combatido de manera aislada; se ejerce contra las mujeres porque se las considera inferiores al hombre, y la violencia con uso de fuerza fisica - que ha concitado la atención y los esfuerzos de todas las agrupaciones de mujeres y alguna respuesta de los Estadosconstituye solo la manifestación ultima y mas grosera de la situación de subordinación en que se encuentra la mujer en la sociedad.

Por ello es que la relacion de causa a efecto entre posicion de la mujer en la sociedad y violencia no debe ser olvidada y que toda estrategia que se diseñe para solucionar el problema de la violencia física contra la mujer no puede dejar de contemplar acciones destinadas a atacar su causa, las que deben lievar a un cambio radical del derecho, por una parte, y de la cultura, por otra. El ser titular de derechos humanos y de una acción para reclamar por las violaciones de los mismos hace, sin duda, mas fuertes a las personas. Esto, sin embargo, no es suficiente: la persona debe tener conciencia de que es titular de derechos y debe, a menudo, tener la valentia para ejercerlos; por otra parte, los órganos que aplican el derecho deben tener conciencia de que las formas de violar los derechos de las mujeres pasan a menudo inadvertidas para ellos y deben aprender a hacer una relectura que permita reparar la violación de estos cuando la mujer es su titular. Un ejemplo lejano y otro cercano pueden aclarar esto: puede leerse el derecho a la libertad personal en terminos tales que un Estado sea responsable de la violación de este derecho por la existencia de leyes que permitan al marido impedir a la mujer utilizar sin trabas su libertad de desplazamiento (como sucede, por ejemplo, en la República de Yemen, cuyas leyes obligan a la mujer a permanecer en la casa, a menos que el marido la autorice para salir)?; ¿puede

leerse el derecho a la igualdad ante la ley dentro del matrimonio de tal manera que se haga responsable de su violación al Estado que otorgue su sanción legal a un regimen patrimonial dentro del matrimonio que de al marido, con exclusión de la mujer, derecho a la administración de los bienes comunes?

Desde el punto de vista de la cultura, varios cambios son indispensables. En primer lugar, debe darse un cambio de la sociedad en su conjunto para integrar la visión de las mujeres al modo como la sociedad se organiza y se desenvuelve; no se trata solo de incorporar a las mujeres a un estado de cosas dado, que posiblemente no les acomoda, sino de crear una sociedad con la participación de todos sus miembros; esto lievara a una sociedad diferente, cuyos modos han sido consentidos por todos. En segundo lugar, los hombres deben aprender a percibir a las mujeres, en la vida diaria, como sus iguales. En tercer lugar, las mujeres deben aprender a verse a si mismas como seres humanos dignos de respeto, percepcion indispensable para poder ejercer sus derechos con convicción y perseverancia.

Un cambio de esta naturaleza no puede hacerse sin una participación activa del Estado, participación a la que esta, en realidad, obligado en razón de sus compromisos internacionales. El Estado tiene el deber de garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos  $^{6}$  y es evidente que esto no podrá darse mientras no se adecuen todas las normas legales que ponen a la mujer en una situación de subordinación en la sociedad y mientras el cambio cultural no se produzca. Cuando esto suceda, podra existir la certeza de que la violencia física y psicologica contra la mujer disminuirá de manera significativa.

- Yorsion abicana del pecado original.
  CHINMUA ACREBE. ANTHILLS OF THE
  SAVANIVAH 89 (1988), citada en J. OlokaOnyango y Sylvia Tomale, "The pecsonal is
  political," or Why Women's Rights are indeed
  humon rights: An African perspective on
  loternational Feminism, en Human Rights
  Quarterly, 1995, pp. 691-731.
- Declaracion del vice-vector de un colegio con internado en Kenya, despues de que 71 javanes alumnas fueran violadas y otras 19 murieran an un ataque hecho por los alumnos del colegio, motivado por la negativo de los alumnas a participar en una huelga contra el director del colegio. Citado en L. Heise et al, Violence Against Women. The Hidden Health Burdeo, The World Bank, 255 Diiscussion Papers.
- 3 A menudo estas leyes establecen la ebligatoriodad de tratamiento psicologico para el agresor.
- de Come ejemplo de la magnitud del problema, ver el informe de la Relatora Especial para la Violencia contre la Mujer, sus ceusus y consecuencias, sra. Rudbilla Coomaraswamy (Naciones Unidas): Informe sabre la mision a Brasil de la Relatora Especial en el tema de la violencia domestica (E/CN.4/1997/47/Add.2, 21 de enero de 1997.
- 5 Ver: CIDH, Informe sobre le situación de los derechos humanos en Haiti (OEA?Ser.L/V/ H.88, Doc. 10 rev., 9 de febraro de 1995, pp. 39 y sgtes.; y The Human Rights Wetch Global Report on Wemen's Human Rights, United States, August 1995, pp. 74-80.
- 6 Articulo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y articulo 1 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos. Este ultima norma ha sido desarrollada en la sentencia de 29 de julio de 1988 de la Corte Interamericana do Derechos Humanos en el caso Velasquez Rodriguez contre Honduras.



FELIPE GONZALEZ M.

Profesor de Derecho
Internacional de los
Derechos Humanos y de
Fundamentos Filosóficos
del Derecho, Facultad de
Derecho Universidad
Diego Portales, Director
del Centro de
Investigación de la
Facultad.

# Chile y la eficacia d Interamericano de

Aunque resulte paradójico afirmarlo, a lo largo de la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Chile siempre ha jugado un papel central. La paradoja radica en que dicho papel ha tenido catacterísticas muy disímiles, puesto que ha oscilado entre el apoyo y la contribución al fortalecimiento del Sistema (como ocurrió con anterioridad al régimen militar) hasta el ser objeto de especial atención de parte de éste (como acaeció durante la vigencia de dicho régimen). En estas páginas se analizará la evolución de Chile en la materia, incluyendo la situación actual y las perspectivas futuras.

La vinculación estrecha de Chile con el Sistema Interamericano se dio desde sus inicios: de hecho, el primer órgano propiamente tal encargado de la protección de los derechos humanos a nivel continental -la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-fue creado precisamente en Santiago, durante una Reunión de Consulta de los Cancilleres de los países miembros de la OEA que tuvo lugar en 1959. Posteriormente, Chile desempeñó un papel relevante en el fortalecimiento del Sistema, participando activamente en la preparación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el más importante tratado continental en la materia, cuya suscripción se efectuó en San José de Costa Rica en 1969.1 La Convención vino a configurar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la manera como existe hoy en día, fortaleciendo el status de la Comisión y estableciendo una Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto al catálogo de derechos que garantiza, la Convención es generalmente considerada por la doctrina como más protectora que los tratados que la precedieron -como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- lo que se refleja, por ejemplo, en la especial estrictez con que regula los Estados de Excepción Constitucional y la forma en que protege la libertad de expresión.2

En los 14 años que mediaron entre la creación de la Comisión y el Golpe Militar, Chile no fue objeto de mayor atención por parte del Sistema Interamericano. Ello obedecía básicamente a que, dada la extendida presencia de regimencs dictatoriales en el Continente, la Comisión dirigía casi toda su actividad hacia ellos. Así, en esos años la Comisión concentró su atención en países como Cuba, Guatemala, Haití, República Dominicana y otros en análoga situación.

De allí que a nadie pudiera extrañar que, al interrumpirse la democracia en nuestro país, éste pasara a integrarse al grupo de aquellos países cuya situación el Sistema Interamericano seguía de forma más estrecha y constante. En el período militar, la Comisión publicó varios Informes sobre Chile, en los que se analizaba de manera pormenorizada la cuestión de los derechos humanos en nuestro país. Además, comenzó a llegar a la Comisión un caudal de denuncias individuales contra el estado chileno. En esa época aún no resultaba posible que la Corte conociera de casos contenciosos contra Chile, puesto que nuestro país no había ratificado la Convención Americana ni había hecho el reconocimiento expreso de la jurisdicción contenciosa de la Corte.

No es fácil analizar el problema de la eficacia del Sistema Interamericano con respecto a Chile durante el gobierno militar, como no lo es en general respecto de regímenes dictatoriales. Este tipo de regímenes rara vez reacciona de manera inmediata ante las resoluciones condenatorias de órganos internacionales de derechos humanos: ello ocurre tan solo cuando se producen situaciones que producen escándalo internacional, como cuando en una visita oficial a Argentina en 1979, la Comisión Interamericana descubrió presos clandestinos. Lo que se produce ordinariamente, en cambio, es una suerte de efecto acumulativo, producido por el seguimiento constante de la situación de los derechos humanos en un país por parte de un órgano

## el sistema Derechos Humanos

internacional. Ello lleva en ocasiones a la moderación de las prácticas sistemáticas de violación a los derechos humanos, ya sea en términos cuantitativos, ya sea en relación a la gravedad de los derechos afectados. Pero en cualquier caso, es muy poco frecuente que los regímenes dictatoríales reconozcan explícitamente que un determinado cambio favorable en sus prácticas ha tenido lugar como consecuencia de una resolución de un órgano internacional, por lo que en tal contexto es especialmente complejo determinar el grado de eficacia de tales órganos.

En agosto de 1990, es decir, a los pocos meses de iniciada la transición a la democracia, Chile depositó el instrumento de ratificación de la Conevención Americana Sobre Derechos Humanos. En la misma ocasión, Chile reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte, esto es, aceptó que en lo sucesivo la Comisión u otros estados presentaran casos en contra suya ante ese tribunal.3 Rápidamente se produjo un reaposicionamiento de Chile al interior del Sistema Interamericano, asumiendo nuestro país durante los primeros años de la transición un rol protagónico en el fortalecimiento del Sistema, haciendo llamados en los foros de la OEA para que los estados diexan complimiento a las resoluciones emanadas de la Comisión y la Corte, así como jugando un activo papel en la preparación de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada finalmente en 1994.4

Sin embargo, al comenzar a ser cuestionado por la Comisión en ciertos casos, la actitud del gobierno chileno cambió. Ello ocurrió a propósito de una serie de casos en que se impugnó la ley de amnistía chilena como incompatible con la Convención Americana, así como en relación con el caso Martorell, en el que la Comisión consideró configurada una forma de censura previa, contradictoria, por tanto de la mencionada Convención. Lo cierto es que no se han

manifestado esfuerzos de parte del estado chileno por dar eficacia a las resoluciones de la Comisión en tales casos. Más aún: pareciera haber iniciativas por intentar mantener un perfil público bajo en torno a dichas resoluciones de la Comisión.

En la actualidad se encuentran pendientes ante la Comisión varias otras denuncias contra el estado chileno. Ellas incluyen otros casos por aplicación de la ley de amnistía; el caso de Humberto Palamara, un ex-oficial de la Armada a quien se le prohibió publicar un libro denominado «Ética y Servicio de Inteligencia», procediendo incluso a borrarle dicho texto del disco duro de su computador; el caso de Francisco Javier Cuadra, por aplicación de la Ley de Seguridad del Estado, que según los denunciantes vulneraría la libertad de expresión; el caso de «La Calchona», en que varias personas permanecieron en prisión preventiva durante cinco años y luego, tras ser absueltas, se les denegó una indemnización; y varios otros. A diferencia de otros países americanos, en ainguno de estos casos Chile ha desplegado esfuerzos por alcanzar una solución amistosa con los denunciantes, solución que podría consistir en la formación de comisiones internas investigadoras, en el pago de indemnizaciones, en la reforma legislativa o en otras fórmulas. Por otra parte, si bien hasta ahora no se ban interpuesto demandas contra Chile ante la Corte, es inevitable pensar que ello ocurrirá en algún momento. Igualmente, continuarán presentándose casos ante la Comisión.

Si lo que se pretende es que Chile desempeñe un papel significativo en la comunidad interamericana en materia de derechos humanos, papel que, como dijimos, jugó en los inicios del Sistema, es indispensable revisar la política que actualmente se sigue. Se trata, por de pronto, de realizar esfuerzos serios por intentar alcanzar soluciones amistosas en los casos en que ello resulte factible y de emplear todos los medios al alcance del estado para hacer eficaces las resoluciones del Sistema.

1 Can anterioridad a la catrada en vigor de la Convención, el único instrumento interamoricano qua regulaba de manora general la materia esto es, sia referirse esclusivamente a un devecho a grupo de derechos era la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, en este sontido Buerghenul, The Inter-American System for the Protection of Human Rights, en Meron, Human Rights in International Law, Oxford University Press (1984).

3 Los individuos, en cambio, de neuerdo a la estipuludo por la Convención Americana, carecen de acceso directo a la Corta, pudiando únicamente presentar casos ente la Comisión, la que actún como una especie de «filtro». seleccionando los casos a ser llevados a la Corte.

<sup>‡</sup> Esta Convención entró en vigor a nivel internacional en 1996, pero en el caso chileno aún se encuentra pendiente de ratificación en el Congreso.



SERGIO PRAUS GARCIA

Abogado , profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

### Elementos Esenciales para el desarrollo de la

## gestión pública del Ambiente

Nuestro pais se encuentra en las fases iniciales de implementación de la temática ambiental, tanto en la agenda pública como en el ámbito privado. No solo el Estado, sino también los particulares, han ido dimensionando que las decisiones estratégicas para el desarrollo de sus actividades demandan considerar los efectos que éstas irrogan al medio ambiente. La autoridad pública por una clara cuestión de "bien común", objetivo público que entendemos incluido como actividad connatural al Estado, y que es compartida, por cierto, con otros estamentos de las sociedades intermedias. Reconociendo este objetivo de bien público irrenunciable para el Estado, la Constitución Política de 1980 estableció un mandato explicito al Estado, en el sentido de: i) velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación -que la misma Constitución garantiza a todas las personas- no sea afectado, y ii) tutelar la preservación de la naturaleza, según dispone el artículo 19 Nº 8 de la Carta Fundamental.

De tal forma que este bien común a que está llamado el Estado constituye un mandato de rango constitucional. El establecimiento del derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación supone no solo deberes para el Estado, sino también la obligación de no vulnerarlo, la que recae sobre cualquier persona, incluidas las autoridades o agentes públicos. En otras palabras, y sin ahondar por ahora en la perspectiva constitucional, existe un sólido basamento jurídico que obliga a Estado y a particulares a respetar la garantía constitucional y, en lo que nos interesa destacar en este espacio, en particular demanda del Estado "tutelar la preservación de la naturaleza".

Esta obligación asignada al Estado tiene diversos matices para su cumplimiento, y compronete a todos los poderes públicos, cada cual en su esfera propia de funciones y atribuciones. Lo interesante, es que la actividad

"reguladora" del Estado, en cuanto mecanismo de tutela para el cumplimiento de esta función de "bien común", constituye sólo una parte o una forma de cumplir el mandato constitucional. En nuestro país, en el que por una cuestión cultural asumimos que sin el concurso necesario de las normas jurídicas no es posible encarar la solución de distintas cuestiones de interés general, el tema ambiental ha ido demostrando que si bien la concurrencia de éstas es necesaria, solo puede desarrollarse una eficaz acción de protección ambiental en la medida que se utiliza un conjunto de herramientas de carácter técnico, financiero, jurídico e institucional. Este conjunto de acciones, debidamente artículada constituye la llamada "gestión pública del ambiente" o "gestión ambiental".

La Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente <sup>1</sup>, desarrolló los elementos conceptuales y estructurales para llevar a cabo la "gestión ambiental". Entre ellos destaca la regulación de algunos instrumentos de gestión ambiental (evaluaciones de impacto ambiental, normas de calidad y de emisión, entre otros); y el reconocimiento de la nueva institucionalidad ambiental, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, CONAMA. En el modelo institucional previsto en esta ley, CONAMA es el organismo rector de la gestión ambiental, encargado fundamentalmente de coordinar el desarrollo de las acciones ambientales de los organismos públicos de carácter sectorial y territorial, creando un verdadero "sistema", en el que la ejecución de las políticas y acciones ambientales es compartida por toda la institucionalidad pública.

Tanto los instrumentos de gestión como este sistema institucional, previstos para avanzar en el cumplimiento del deber del Estado citado al inicio, demandan sin embargo de un contenido conceptual, con lineamientos y objetivos a ser cumplidos, los que emanan de las "políticas ambientales".

Sin éstas, la institucionalidad y los instrumentos de gestión ambiental carecen de objetivos concretos, transformándose en estructuras vacuas, y por consiguiente ineficaces o débiles en su accionar, efecto que por cierto alcanza también a la legistación. Aunque las políticas ambientales deben integrarse como una dimensión para el diseño de otras políticas públicas, en los términos que se plantearon al inicio tienen por objetivo central definir el alcance específico del deber del Estado de Preservar la naturaleza, contenido en la Constitución Política. Cabe consignar como interrogantes: ¿qué es "preservar la naturaleza"?, ¿que alcance tiene esta preservación?

La ley Nº 19.300, haciéndose cargo de precisar el alcance de este deber constitucional, señaló que "para todos los efectos legales" se entiende por preservación de la naturaleza "el conjunto de políticas, planes programas, normas y acciones, destinas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución o el desarrollo de las especies y de los ecosistemas propios del país". Este concepto precisa en términos formales que "preservar la naturaleza" alude a un conjunto de actividades tendientes a la protección de ciertas condiciones ambientales. Pero la definición no formuló parámetros específicos para esta protección, dado que entregó esta tarea a las "políticas, planes, programas, normas y acciones", en una verdadera secuencia lógica que se inicia en la definición de los conceptos y objetivos de bien público ambiental a ser alcanzados (políticas), hasta la ejecución y cumplimiento especifico de "acciones" por parte de autoridades y comunidad tendientes a cumplirlos.

Lo scualado ratifica entonces el carácter esencial que revisten las políticas ambientales, y la prioridad que debe dársele en esta etapa a su más pronta formulación. Sólo a partir de sus lineamientos y definiciones surgirán las acciones y estrategias tendientes a su implementación, lo que permitirá también, como se dijo al inicio, dar parámetros de contenido y referencia a los instrumentos de gestión ambiental, orientaciones para racionalizar el accionar de la institucionalidad pública en estas materias, y contenido específico al deber consignado constitucionalmente. Es este, pues, un primer elemento esencial que resulta clave para la eficacia de la gestión pública del ambiente.

Pero la eficacia de esta gestión ambiental, demanda no solo contenidos sustantivos claros en torno al alcance de la protección de los componentes del ambiente. También exige diseñar estrategias orientadas a fortalecer los elementos e instrumentos para la gestión. Deseamos destacar en este artículo el fortalecimiento de la institucionalidad ambiental, y los mecanismos de participación de la comunidad.

Las políticas ambientales, con objetivos precisos y clares, armónicas con otras políticas públicas, demandan eficiencia en el aparataje público para conducir el proceso de su aplicación. Lo anterior mueve a reflexionar sobre distintos elementos para que este accionar sea eficiente: Objetivos de gestión claros y definidos, capacidad profesional para desarrollar las funciones encornendadas a cada organismo del sistema público, dotación suficiente de funcionarios, y un adecuado nivel de descentralización y desconcentración de funciones y atribuciones, en consistencia con descentralización de la gestión del Estado. Las experiencias internacionales han ido demostrando que los resultados más eficaces en materia de protección ambiental se producen en la medida que la autoridad central desconcentra en sus organismos locales sus atribuciones, y las coordina a la vez con las funciones y atribuciones de los gobiernos de carácter local. En Chile, por ejemplo, existe un alto nivel de concentración de recursos humanos y financieros al interior de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) en su nivel central, en desmedro de las escasas dotaciones y recursos de las Comisiones Regionales del Modio Ambiente. Resulta prioritario y una cuestión clave para el éxito de la gestión ambiental, fortalecer a estas últimas, dotándolas de los recursos necesarios. Otro elemento relevante para el fortalecimiento de las capacidades institucionales se vincula con un adecuado nivel de coordinación de las acciones sectoriales (por ej. en agricultura, mineria, salud, flora y fauna, etc), de tal forma que todas las entidades del Estado formen una estructura operativa con objetivos comunes de protección, sin desmedro, por cierto, de los objetivos propios de cada institución.

La experiencia comparada también demuestra, al igual que la realidad nacional, que la creación de un ente público distinto a los tradicionales ministerios, al que se le encomienda la "globalidad" de la gestión ambiental, genera resistencias en las estructuras institucionales establecidas, celosas de no perder atribuciones y autonomía en sus decisiones y programas de carácter ambiental. A nuestro

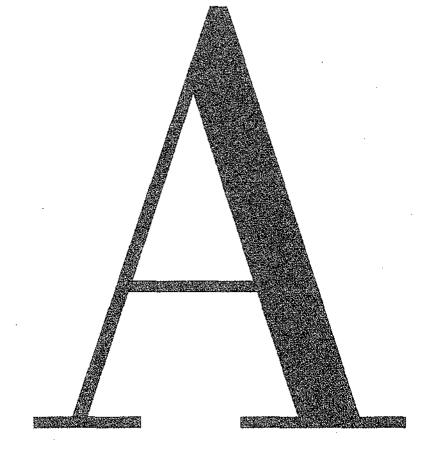
juicio, esta situación forma parte de una crisis de ajuste en el funcionamiento de las estructuras institucionales, includible dada la naturaleza y carácter de transversalidad que reviste el tema ambiental. En nuestro país, la mayor o menor rapidez en este ajuste debiera producirse a partir de una mayor o menor capacidad de coordinación y convocatoria por parte de CONAMA, y fundamentalmente a partir de un compromiso permanente y explicito por parte de la autoridad política, representada en esta maleria por el "Consejo Directivo" que preside a CONAMA<sup>2</sup>, en orden a "integrar" la gestión ambiental sectorial.

Finalmente, resulta clave también para el éxito de la gestión pública en esta materia, el reconocimiento efectivo de espacios de participación a la comunidad. Los objetivos de protección ambiental deben fijarse, a nuestro juicio, con los más amplios espacios de participación comunitaria en su formulación. Aun cuando la Ley Nº 19.300 prevé distintos momentos e instancias en las que la comunidad puede pronunciarse sobre lineamientos de políticas, instrumentos de gestión, etc., a nuestro juicio la participación debe estructurarse "a partir" de los espacios previstos en la legislación, fundamentalmente mejorando su "calidad". Ello tiene distintas significaciones, pero la principal concierne al acceso a "información" relevante para esta participación, a su obtención "oportuna", y a la capacidad de la comunidad para "procesarla" y utilizarla en mejor forma para la satisfacción de sus intereses o pretensiones. La participación, en cuanto concepto, es un elemento estructural de la gestión ambiental, quizás como nunca antes se había previsto para los temas de la agenda pública. Lo anterior es razonable, por cuanto a partir de las decisiones políticas en materias ambientales, se influye directamente la calidad de vida de las personas y en el desarrollo de industrias productivas, a las que, por distintas vías, actualmente le son impuestos límites ambientales que deben forzosamente asumir. La aceptación social generalizada de los límites ambientales del desarrollo, surgidos a partir de procesos participativos, garantiza su permanencia y acatamiento en el tiempo.

En resumen, los tres elementos esbozados en estas líneas, las políticas ambientales, el sistema institucional público, y los mecanismos reales de participación, constituyen elementos que necesariamente deben estar considerados para el desarrollo eficaz de la gestión pública ambiental. El funcionamiento de esta última, por cierto, tampoco se circunscribe a estos elementos; como asimismo cada uno de ellos confleva una serie de implicancias dificilmente reducibles a estas líneas. En su conjunto, las políticas, programas, acciones, instituciones públicas, instrumentos de gestión, educación, participación de la comunidad, legislación, etc., apuntan en su conjunto al cumplimiento de un objetivo de protección ambiental, que es superior a nuestra Constitución Política, y que está reconocido en ella explicitamente.

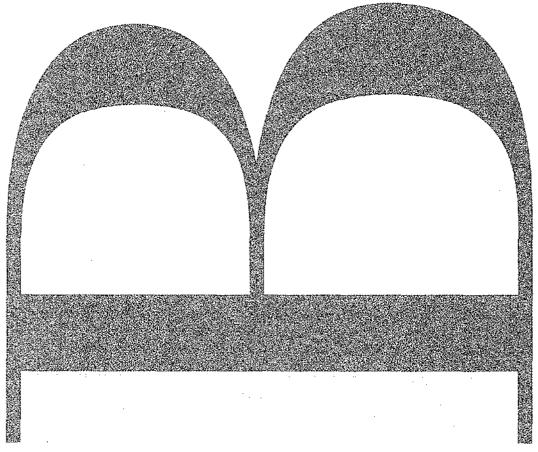
<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Publicada en Diario Oficial de 09/03/94

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> El srticulo 71 de la Loy № 19,300, en su actual redacción, fijada por la ley № 19,372, señala que componen este Cansojo el Ministro Secretario General de la Presidencia, quien lo preside, y los ministros de Relaciones Exteriores; Defensa Nacional; Economia: Fomento y Reconstrucción; Planificación y Cooperación; Educación; Obras Públicas; Salud; Vivienda y Urbanismo; Agricultura; Minoth; Transportes y Telecomunicaciones, y Bienes Nacionales



## Alessandro Baratta en la Universidad Diego Portales

Entrevista de María Angélica Jiménez y Nicolás Espejo





En el marco de su visita como profesor del Post-Titulo sobre Justicia , Derecho y Políticas Públicas para la Infancia y la Adolescencia y con el objeto de dictur el curso denominado «Estado Plaral y Cindadanía, Hacia un Derecho Penal de la Constitución», el Director del Instituto de Filosofía y Sociología Inridica de la Univesidad de Säarlandes, profesor Alessandro Baratta, conversó con «Apuntes de Derecho» sobre temas de vital importancia para la dognática jurídica contemporánea. Autor de publicaciones como «Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penalo, «Por una Teoria Materialista de la Criminalidad y del Control Social» (Principios del Derecho Penal Minimo, Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Limite de la Ley Penal» y aNiñez y Democracia», el profesor Bavatta explora en esta entrevista la problemática de la modernidad y la exclusión de las minorías, las premisas básicas del garantismo en el derecho interno y en el derecho internacional, los problemas y desafíos de los Derechos del Niño, las relaciones entre Ciudadania y Niñéz y el Eficientismo Jurídico.

Usted ha desarrollado una particular perspectiva referida al concepto de «Estado Mestizo», vinculando lo anterior al concepto de «Ciudadania». ¿De que trata esta relación esencial?

Es una metáfora que de cualquier manera proviene de las posiciones que tienen validez en los filósofos de la política francesa que hablan de "Mestizage", aludiendo a una sociedad que en lugar de encerrarse en una unidad económica se abre, busca su riqueza en lo que se llama "mestizage", la práctica del estado mestizo.

Por eso digo, utilicé esta metáfora para indicar lo siguiente: considero que el pacto social de la modernidad, del cual surge el estado moderno, no fue propiamente un pacto de inclusión de todos los sujetos, sino un pacto de exclusión de los sujetos diferentes por parte de los sujetos "iguales" que tenían el poder en la formación del pacto, es decir, un pacto de hombres adultos, blancos y propietarios, para excluir mujeres, niños, etnias no blancas y desposeidos. Teóricamente están incluidos en el concepto muy general y formal de Igualdad, pero prácticamente no ejercitaron la ciudadanía y todos estos grupos tuvieron que luchar por el efectivo ejercicio de la ciudadanía.

Yo pienso que esto puede se peligroso para los que ejercitan la hegemonia en el paeto social moderno. En el Estado moderno se convierte en una fuente de riqueza, en una oportunidad de llevar a cabo un estado que permita efectivamente a todos los grupos participar en el proyecto del estado como por ejemplo a todos los grupos etarios, de etnias y de todos los actores del proceso productivo. Así, yo hablo del estado mestizo en el sentido de rescatar estas, que yo indico siempre como una metáfora, "distintas ciudadanías", para que no solamente, como poco a poco se ha producido, se les respeten sus derechos, sino que también participen como una ciudadanía activa en el proyecto de este estado, el que se enriquece de todas estas distintas visiones del mundo, de los conflictos, aportados por ejemplo por las mujeres de otras etnias, por mujeres de todas las capas sociales y sobre todo, ahora en mis últimas reflexiones del tema, las ciudadanías, en otra formulación que yo también utilizo a menudo, se encuentran muy poco disfrutadas respecto a lo que pudiera ser un proyecto de un estado más rico, un estado de ciudadanía plural.

Falta seguramente el ejercicio activo de una ciudadanía por parte de los niños, los que también en las concepciones corrientes de la democracia, están excluidos de ella. Ellos lograron los derechos civiles y de libertad, los detechos sociales, económicos y culturales, lograron asegurar sus derechos

procesales fundamentales, pero se les considera como excluidos del ejercicio activo de la democracia, de la participación en las decisiones y el gobierno, de la cosa pública, elio por ser inmaduros. Yo pienso que esto no es así, los niños tienen derecho a ejercer su ciudadanía y a participar por tanto en el estado; derecho que esta ampliamente consagrado en la Convención de 1989, en la cual hay una oportunidad formidable de los adultos, que no tienen que perder la riqueza de estaciudadania, en el sentido de entender el principio formulado en el artículo 12 de la Convención, del modo más amplio de lo que se haya hecho hasta ahora, es decir, de entenderlo como un derecho universal de los niños de ser escuchados y de un deberde los adultos de escuchar lo que ellos dicen, a fin de que reseaten todas las potencialidades hasta abora no disfrutadas, de aprender de los niños cosas que, yo pienso, son importantes para el cambio de la cultura del derecho y sobre todo el desarrollo del estado mestizo.

Estas carencias que usted señala ¿Son promesas incumplidas del Modernidud que se pueden cumplir dentro de ella o que denotan una carencia más de fondo o conceptual de la modernidad?

Denotan una carencia de fondo, no son promesas incumplidas. Incumplidas son las promesas que se refieren quizás a los otros sujetos. La discriminación de los niños con respecto a la ciudadania, es una discriminación programada, que esta en la base de la concepción misma del pacto social de la modernidad. Sus antecedentes son las teorías del derecho natural, donde se puede encontrar constantemente una decisión entre seres racionales y seres irracionales. Los seres racionales son los adultos, o sea, que cuando hablaban de adultos, hablaban de varones y no de mujeres, pero los adultos tenían poca iniciativa. de incluir a los 2 géneros y a todas las capas sociales. Pero ciertamente esta posición ya ni siquiera como tal está presente respecto de los niños, porque los niños al igual que los animales eran considerados seres no racionales. Entonces el principio de la subjetividad del derecho, que supone la teoría del derecho natural, establece la completa irracionalidad del niño, entrando en esos términos en el pacto social de la modernidad. En las constituciones modernas se considera al niño como un sujeto débil, inmaduro y frágil, al que se le tiene que proteger; y efectivamente se le han extendido sus derechos de protección y de prestación. Pero yo encuentro que desde el comienzo del pacto social moderno y hasta las últimas versiones de la teoría de la democracia, el niño no es incluido. Y esto efectivamente

no es el incumplimiento de una promesa de la modernidad, por eso yo hablo de una reconversión del pacto social con una ciudadania plural que incluya al niño con plena ciudadania y de una democracia inclusiva, que incluya y no excluya al niño con su capacidad de aportar, con su gran sabiduría, en el contexto de las decisiones que los adultos toman en un estado moderno.

En este sentido ¿Cuáles serían a su juicio las premisas básicas para que los derechos fundamentales tuvieran eficacia en el sistema jurídico nacional e internacional? La relación entre premisas y ejercicio de los derechos fundamentales es una relación circular, no se puede esperar que se realicen las premisas para comenzar a ejercer los derechos fundamentales. Siempre hay un momento en el desarrollo de los derechos fundamentales y humanos que precede a su formulación, donde los portadores de necesidades logran imponer la formulación de sus necesidades como derechos en un momento de lucha por la igualdad, por el reconocimiento de sus necesidades y hay también un contexto general de cambio social. Entonces, una vez formulados los derechos fundamentales y humanos, el mismo ejercicio activo de estos, la práctica, influye sobre las condiciones estructurales para su ejercicio.

Por otro lado, hay una serie de límites que se ponen al ejercicio de los derechos, por ejemplo: los derechos de prestación, económicos y sociales, que no están al alcance directo de la lucha de los grupos mismos, implica un cambio de las estructuras de la distribución de la riqueza, es decir, hoy en particular, la premisa para el ejercicio de los derecho humanos es el control de la economía internacional globalizada, para llevar a cabo otra manera de globalización que no sea la actual, donde el conocimiento de la riqueza, distinta al crecimiento económico, no favorece el crecimiento humano en el sentido de las definiciones del tipo de trabajo que dependen de la propia persona.

Si esta es una premisa material, espiritual del ejercicio de los derechos fundamentales, que nada más ni nada menos, es la transcripción jurídica de las necesidades y potencialidades del desarrollo humano, eso no significa que la lucha por los derecho humanos sea una lucha distinta de la que se de para cambiar la estructura económica productiva y de distribución de la riqueza, ya que las dos cosas son las dos caras de una misma moneda. Es decir, empujando los derechos humanos hasta el límite que marca la distinción entre la formulación

retórica de ellos y la práctica de ellos necesariamente se va a tocar la estructura productiva.

Las pautas para llegar hasta ahí, yo pienso, tienen su punto de partida en lo local; se puede reconstituir a través de la extensión de espacios públicos una ciudadania activa, que de lo local influya sobre lo central a nivel nacional, de lo central sobre lo regional a nivel de las grandes áreas de las organizaciones de los estados: Mercosur, Unión Europea, hasta condicionar un proceso de crecimiento y extensión de la democracia en el ordenamiento internacional.

Yo pienso que abí, las variables últimas del ejercicio concreto de los derechos humanos en los estados, en las comunidades y en el mundo, están por lo menos en un 50% en el manejo



anárquico
y destructivo de la
economía
internacional; de ahí
surge el
mandato
que les
compete a
las organizaciones
internacionales, a la

organización jurídica y a la sociedad civil internacional de darse un reglamento que permita reconstruir un orden jurídico justo. Estamos respecto del ordenamiento internacional en una misma situación en la cual Hobbes veia a los individuos y a los grupos en la vida cotidiana y recíproca en el estado de naturaleza.

A veces pienso que la enseñanza de Kant hasta Bobbio nos pueden orientar para empujar esta necesidad de una sociedad cosmopolita ordenada que permita finalmente reunir el desarrollo económico con el desarrollo humano.

Ya que entramos en el ámbito internacional ¿Vislumbra alguna potencialidad real, implicita o explícita, de la Convención sobre los Derechos del Niño y cuáles cree que son las limitaciones que presenta la misma a un nivel práctico?

Comenzando por las limitaciones, yo veo que la Convención no considera estas variables económicas del ordenamiento internacional, del desarrollo de la riqueza, como variables de las enales dependen las políticas públicas que imponen a los estados, incluso de las cuales dependen no sólo estas políticas públicas sino la vida cotidiana de millones de milios. Primero es esto, el lúmite de incidencia sobre las variables estructura les de vigencia. Puede ser que la Convención no tenia esta tarea, pero yo pienso que es necesario que todo gran instrumento que representa un progreso en la estructura normativa de los derechos, tendría que tener en cuenta las estructuras materiales y la importancia de influir a través del ordenamiento jurídico internacional para la previsión de estas condiciones.

Yo pienso que la Convención ha llevado a cabo una visión nueva de la condición del niño en el derecho, nunca había existido un tan rico y detallado catálogo de sus derechos, y sobre todo esta consagración a través de la Convención y reenvía a través del artículo 41 a todos los demás documentos internacionales y normas nacionales que podrían ser, si acaso, más ventajosas para el niño, suponiendo que se les aplique al niño en su relación concreta la normativa más favorable, sea la de la Convención, sea la ya existente en los estados miembros o el de otros documentos internacionales. Así que, se cumple de esta manera la explicitación que había faltado hasta ahora de que el niño no solamente es destinatario de normas o declaraciones, que se dirigen directamente a sus necesidades y a sus derechos, sino que, como todos los otros seres humanos y, quizás aún más que los demás es destinatario de cada norma que consagra derechos humanos.

El punto, en mi opinión, medular de la Convención que permite desarrollar una visión nueva de la ciudadanía del niño, que es una visión en que el niño no solamente esta protegido como un sujeto de derecho civiles y socioeconómicos, sino que participa activamente con su ciudadania al proyecto de la sociedad en que esta inserto, se contiene en el artículo 12. Normalmente se ha protagonizado en el análisis de la Convención el artículo 3 relativo al interés superior del niño. Yo he tratado, en una tentativa de una exégesis sistemática y dinámica de la Convención, de dar la vuelta a esta jerarquia y ver que el eje de la Convención está en el artículo 12, donde se consagra el derecho del niño a ser escuchado y el deber de los adultos a escuharlo y aprender de él. Esto fue el resultado de una operación de hermeneútica que respeta la letra y desarrolla plenamente el espiritu de la norma, en cuanto a que he tratado de considerar como universal el abanico de los asuntos por los cuales rige este derecho del niño ha ser escuchado y el deberde los adultos a escucharlo, es decir, no solamente superando



los límites aparentes en la letra de la norma que se refieren a los asuntos que los afectan. Sin manipular la letra de la norma, yo simplemente reflexiono sobre el hecho de que no hay asuntos que afectan al niño, directa o indirectamente, y entonces su derecho a ser escuchado va más allá de la esfera inmediata de sus intereses, los intereses del niño interesan a una sociedad justa, que permite el desarrollo humano no solamente en el interés de una esfera particular, y esto permite también contra balancear 2 límites que están en la forma en la cual muy largamente se entiende el artículo 3:

1.—Universalizando el abanico de los asuntos donde el interés superior del niño tiene que ser considerado y como en el artículo 12 no hay asuntos que no impliquen directa o indirectamente la consideración del interés superior del niño; no hay decisiones que no los atañen: declarar o no una guerra atañe a los intereses del niño, también desarrollar un programa en cierto sector de la industria que le interesa. Yo pienso que si vamos a hacer un catálogo hipotético de todos los asuntos y concretamente proyectamos hacia ellos los intereses directos o indirectos del niño, esta universalización del interés del niño, por la cual regiria el derecho a ser escuchado y la consideración de su interés superior, sería evidente.

2.- El segundo límite puede separar, con una visión basada en el artículo 12, la manera paternalista, discrecional, con lo cual se pretende administrar la cláusula del interés superior del niño, incluso limitar la vigencia del principio del artículo 12 con respecto a la manera en la cual los adultos estarian autorizados a interpretar autoritariamente mejor el interés superior del niño; así, el interés nacional o las necesidades de la salud física y moral del niño, todas estas cláusulas más allá del interés superior del niño, permitirian un manejo paternalista que no garantiza que los adultos tomeu las decisiones más conforme a las reales necesidades del niño,

Pienso que interpretando a la luz del principio fundamental a ser escuchado y del deber de aprender, se podria introducir un criterio que limite esta discrecionalidad del adulto, como si él tuviera la plena disponibilidad de decidir cuales son las necesidades de un niño. Esto corresponde a un cambio fundamental del paradigma en el planteamiento de las relaciones adulto-niño, que para mí es el eje o uno de los ejes fundamentales de esta visión del Estado mestizo, en donde el niño efectivamente se introduce como un eje del proceso de decisión y no como un objeto sobre el cual tomar decisiones.

Por supuesto la otra manera de solucionar los límites, puede ser representado por una visión tradicional del artículo

3, cual es, considerar el interés superior en el sentido de la prioridad del interés en el abanico de criterios para tomar decisiones, el interés superior del niño podría representar una norma de prioridad para el mismo, cuando las distintas decisiones pudieran en lugar de esa posición privilegiar otros intereses. Pero pienso que esto es solamante una parte de lo que se puede realizar para dar vigencia al interés superior del niño en la manera que este más conforme a la ciudadanía plena del niño.

Si es que el eje de los derechos del niño esta dado precisamente por esa norma, que al parecer podría consistir quizás en un principio de interpretación de los mismos, ¿De que manera esto influye en las relaciones entre niñez, ciudadanta, y sistema democrático?

Democracia, en primer lugar, tiene 2 grandes dimensiones: Representación y Participación

La representación no es limitada al mandato electoral, yo pienso, que se puede ampliar el concepto de representación de intereses más allá del mandato electoral, por ejemplo: mi opinión de la universidad como esfera pública, de producción de saber también si es una universidad privada, tiene una función de representación de las necesidades de la ciudadanía. Con esta concepción amplia de la representación, se puede pensar que cuando los adultos toman decisiones por el niño o que interesan al niño, están efectuando una representación de estas necesidades. Entonces en mi teoria, la legitimación del ejercicio de esta representación, esta dada por un mandato comunicativo, en relación a lo que debemos entender por mandato electoral: los que representan tienen que escuchar a los representados, de los cuales sus necesidades se bacen cargo. Esto por lo que se refiere a la dimensión representativa de la democracia.

Más amplia es la perspectiva cuando pasamos a la participación. Yo ereo que el principio democrático, como un principio general de las instituciones y de los Estados de derecho a proporcionado al concepto de derecho político y de la participación un contenido extremadamente amplio y que va mucho más allá de los derechos políticos clásicos, y pasa sobre todo sobre los derechos de participación. La participación en todas las esferas de la democracia, que yo considero esferas plurales que se diferencian alrededor de una gran decisión: democracia social y política, sociedad civil y Estado. Entonces en esta situación, que desde la familia, la escuela y toda la comunidad, incluyendo al niño, yo pienso que un

examen sistemático de la convención ofrece argumentos para considerar que el niño tiene, no menos que los adultos, una serie de derechos que son fundamentales para el ejercicio de la democracía activa, es decir, en el sentido de la participación en el gobierno, en las esferas públicas y privadas. Esto se puede averiguar, en primer lugar, considerando las normas que llenande un contenido el apartado primero del artículo 12. El apartado primero del artículo 12 habla de la capacidad del niño de hacerse un juicio propio, no como un derecho de hacerse, sino como de una condición para el ejercicio del derecho a serescuebado. Esto es verdad, pero el canon principal de la interpretación jurídica es el de la interpretación sistemática, y efectivamente hay una serie de artículos que impugnan al Estado la obligación de proporcionar al niño las condiciones para hacerse este juicio propio; entonces, hacerse un juicio propio no es solamente una condición sino un derecho del niño.

Hay derechos fundamentales formulados bajo el rótulo de derechos comunicativos de libertad, es decir, derecho de tener acceso a los medios de comunicación, de información, de desarrollar la estructura comunicativa y su papel propio; todo esto está expresamente garantizado en la convención.

Entonces, primero el niño tiene toda una serie de prerrogativas. que son las previas y fundamentales para el ejercicio inmediato de la participación, es decir, que si él tiene el derecho de formarse un juicio propio, entonces el Estado, la comunidad, tienen el deber de proporcionar esta posibilidad. Esto se transfiere en el hecho de que la libertad de commicación, de hacerse un juicio propio, de expresarse, por como se consagra en el artículo 12, no es como la libertad privada, no se entiende como un uso privado de la libertad sino como un uso público, que yo aplico en la formulación que Kant hizo en su artículo que se intitula " respuesta a la demanda del uso de la razón", cuando estima conveniente distinguir entre el uso público y el uso privado de la razón; lo mismo yo pienso se puede y se debe decir de la libertad, pero también del juicio que el niño se forma, no se trata simplemente de garantizarle un uso privado a su esfera infantil de hacerse un juicio y expresarla. Esta libertad tiene una vertiente pública, cual es, rescatar esta función pública de la libertad del niño de hacerse un juicio y expresarlo, expresada a través de la formula del derecho a ser escuchado y del deber de aprender del niño, a hacerlo participar concretamente en la vida cotidiana, desde la familia a la escuela, y en todas las comunidades en las cuales el niño juega un papel, es decir, hacerlo participar como un ciudadano activo y no simplemente como objeto de decisiones en su interés.

Esto es por supuesto el eje central de una revolución cultural, es sagrado llamarlo así, que puede cambiar completamente los ámbitos mentales de los padres con respecto de los niños, incluso de los niños pequeños. Se trata de respetar al niño pequeño y su capacidad de orientación en la vida vegetativa y emotiva muy manipulada y muy mal administrada por los padres, los que se la quitan; por tanto, hay que dejarles este espacio de autoorientación, permitiendoles ser todo lo que puede ser este niño cuya inmadurez está evaluada en una era extremadamente sagrada. Yo pienso que en esta exageración de la pretendida impadurez de los niños se expresa, en toda su dramática complicidad, la extrema inmadurez de los adultos. Se debe rescatar y reconocer desde las primeras fases de la vida del niño esta capacidad de orientación, que va más allá de la capacidad de hacerse un juicio, de mandar a un nivel intelectual, discursivo sin relación con el mundo. El primer eje de esta revolución cultural consiste en respetar la capacidad del niño para incidir como adulto en el proceso democrático.

¿Cuál es su postura frente al «eficientismo» que parecen inspirar las reformas judiciales actuales? ¿Le parece fundado el ánimo generalizado en los cambios estructurales que ellas pretenden imponer?

El eficientismo no atañe solamente a las reformas judiciales, si uo entiende "judicial" en el sentido más amplio de procesal, e incluso el eficientismo va más allá de lo judicial y de lo procesal y ha incidido fuertemente en cambios y en nuevas leyes en la esfera del derecho penal sustancial. No se puede aislar lo que se entiende por eficientismo al aspecto legal o judicial, esta es la premisa.

Se habla de eficientismo como algo nuevo, yo lo veo nada más que como una forma, una fenomenológia, una sintomatológia nueva de lo que siempre ha sido el defecto de la justicia penal, es decir, una justicia penal de emergencia, una respuesta pantual a percepciones de conflictos y de problemas que inciden en la vida de una nación, que están colocados en una clave, en un código de representación que privilegia el aspecto crimen y el aspecto pena como respuesta. Veo al eficientismo como una salida a la tarca de construir percepciones completas de los problemas que van desde de la criminalidad callejera hasta la corrupción administrativa, de los daños ecológicos hasta los problemas de drogas.

El eficientismo no se podría entender si no hubiera este énfasis sobre el código criminológico sobre todos los problemas, entonces la gente efectivamente demanda una solución del problema, pero esta demanda por la solución de problemas se da más fuertemente en el canal penal de representación. Es decir, el eficientismo se basa sobre una superposición del concepto de crimen y de respuesta penal a todos los problemas y a todos los conflictos, bay una criminalización de los conflictos, una tecnificación de los conflictos y un código unilateral de crimen y pena. Esto permite entonces, pretender lograr eficiencia a través del manejo punitivo, planteando reformas que multiplican, hacen más rápida y más inmediata la respuesta judicial, llegando incluso hasta la negociación de la culpabilidad, la negociación de la verdad procesal, toda una serie de nuevas herramientas y de nuevas figuras delictivas,

con lo cual se pretende lograr eficiencia en el manejo penal de problemas y conflictos. Esto incluso a costa de las garantías propias del derecho liberal que esta consagrado en las constituciones de los estados d derecho y en las normas convencionales. Yo lo he llamado, aplicando las teorías de los sistemas sociales, como la teoría sistemática., como la "respuesta a la desilución". Desilución provocada por lo ineficiente que es la respuesta punitiva, no se soluciona el problema de la drogo dependencia a través de la respuesta punitiva que estaba hasta

ayer, esto porque se ha dado una dosis de punición que ha sido insuficiente para que la medicina pudiera producir sus efectos. El circulo vicioso consiste, siempre aplicando la teoría de Lhuman, en que en lugar de una respuesta cognitiva, que debiera aprender de la desilusión, se da una respuesta normativa, la cual implica que no quiero aprender de la desilusión, y como no quiero aprender de ella, insisto en que la "medicina" es la buena, medicina representada por la pena, entonces la hago más severa pasando por alto todos los límites constitucionales del sistema punitivo, y después se produce una nueva desilución y una nueva respuesta normativa, transformando en una espiral que nunca termina y que lamentalemente tiene respaldo en una demanda de pena existente en la sociedad, de la cual los políticos hacen negocio electoral, así hablan de respuesta punitiva simbólica, de legislación ejemplarizadora, todo esto dentro del espectáculo de la política, en el cual los ciudadanos no son actores sino espectadores, portadores de decisiones no reflexionadas dentro de un contexto de comunicación política de base. Entonces en este teatro, donde los políticos son los que dominan la escena, el público es simplemente espectador, encontrando entonces la respuesta punitiva una demanda

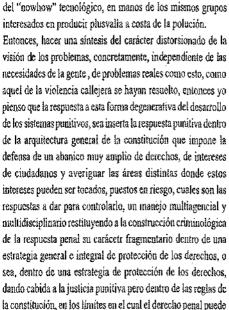
distorsionada, ya que al estar distorsionada la percepción criminológica de los problemas se distorsiona la demanda. En realidad todos los problemas de los cuales dependen las violaciones a los derechos de los ciudadanos, son problemas complejos donde el componente criminológico a veces, puede ser un problema secundario para afrontarlos, doy un ejemplo: la ecología, la cual es tratada cotidianamente en la prensa de Santiago, es un problema donde la construcción criminológica de la respuesta penal no puede hacer nada, se trata de un problema estructural que atañe:

a.- Las modalidades administrativas transmitidas de producción.

b.- La capacidad de todos los que tienen interés, de toda la ciudadanía que tiene interés en un medio ambiente sano, de incidir en las decisiones administrativas de las cuales dependen el nivel de producción.

Después de esto cuando las decisiones son tomadas e intervenga el derecho penal de manera accesoria para criminalizar algo, esto no incide de manera relevante sobre

el problema, porque el problema es lo que se admite que se puede hacer: cuanta polución se admite al medio ambiente y quien tiene la competencia de tomar esas decisiones. En Europa hablamos de una transferencia fuera del parlamento de esas decisiones, a causa de la fuerte incidencia





ser útil para el problema entre una estrategia más rica de intervención pública y de la sociedad civil. De restituir, digamos, a la farsa del eficientismo de tomar en serio los intereses de la gente, construir rspuestas dentro de la arquitectura de las constituciones deutro de una política de protección de los derechos, es decir, dentro de este marco más general, se puede lograr quizás algún exito en la tentativa de reducir la respuesta punitiva a lo que tendría que bacerse con la constitución y los principios del derecho liberal, una respuesta fragmentaria y de úftima acción y no como tiende hacer hoy la primera acción a la cual se recurre.

¿Que reconoce como "garantismo positivo" y "garantismo negativo"? ¿Se relaciona lo anterior con una visión restrictiva de la intervención del Estado a través de un Derecho Penal Mínimo en el marco de las constituciones políticas?

El garantismo negativo consiste, con respecto a la intervención punitiva del estado, a sus formas procesales y también de ejecución, la averiguación e implementación de los límites, es decir, de las prohibiciones de ciertas modalidades, de ciertos contenidos de intervención, a la luz de los principios constitucionales son un frente por el cual siempre he combatido desde algunos años junto a personas valiosas y profundas como Ferrahioli en Italia y Zaffaronni en Argentina. Conforme a esta visión de un derecho penal mínimo como un derecho penal de la constitución, que resulta de una concepción amplia de los derechos de todos los ciudadanos, resulta no solamente claro, una vez más, evidenciando los límites y las prohibiciones que atañen a la intervención punitiva del estado, sino que se consigne, yo pienso, recuperar una base política de factibilidad del garantismo, que en una verliente puramente negativa no tiene mucha posibilidad en la comunicación política de base en mestra sociedad. El eficientismo tiene un juego fácil de insertarse en la demanda de la gente que de solucionar problemas y lesiones reales a sus derechos, entonces la gente, de la cual depende el consenso en una sociedad democrática de un estado de derecho, sobre cambios importantes en la política, cual sería el cambio en un sentido de garantismo, lamentablemente no esta dispuesta a tomar en serio las prohibiciones, es decir, que esto no puede hacer el derecho penal si tiene la impresión que también pasando por alto sus propios limites la respuesta penal puede cubrir sus necesidades. La paradoja que he averiguado en los últimos tiempos es que por un lado hay una lúcida decisión de los juristas progresivos de cuantas prohibiciones constitucionales con respecto del

ejercicio de la función punitiva, especialmente en la degeneración del proceso, se han producido, las que nacen en una serie de encuentros entre los juristas progresistas, donde al final tenemos que no podemos incidir sobre la sociedad, porque no hay ni políticas ni una ciudadanía dispuesta a estavisión negativa del derecho penal, Así, pienso, que la cosa importante es darse cuenta que el derecho penal puede ser limitado sólo dentro de una estrategia positiva. Si se desarrolla un complejo de políticas de derecho donde no se incluye ni se excluye de antemano el momento punitivo, simplemente se va a averignar cual es la respuesta más adecuada, penal o no penal. Pienso que lo que interesa a la gente es una respuesta a sus problemas, no es la comisión como tal, entonces si se extiende el abanico d las políticas públicas en defensa de los derechos, esto significa garantismo positivo. El garantismo no puede ser solamente una limitación de la función punitiva de sus modalidades, tiene que ser sobre todo una respuesta positiva de las necesidades; la alternativa penal o no penal no es una alternativa interesante para la ciudadanía, lo que interesa es una política desarrollada a la luz de una construcción adecuada de los problemas de defensa de los derechos, por eso hablo de garantismo positivo, considerando que la respuesta a los problemas es el eje de una política que puede levar también a cabo esta redefinición de los límites de la punibilidad pública, que desde un punto de vista puramente negativo de legalidad constitucional no se logra.

Por último ¿Cuál es su posición frente a la alternativa que ofrecen los procesos de amediación» que emergen entre el sitema penal y el sistema civil? ¿Les reconoce algún potencial particular?

Yo sigo desde algún tiempo con extremo interés las experiencias, las teorias, la forma legislativa en esta área, que privilegia en un primer momento el área de la justicia juvenit, pero que pienso tiene potencialmente una extensión a todo el sistema de la justicia criminal. Yo veo la mediación, sobre todo, como un elemento importantísimo que todavia no se ha recuperado bastante en el sistema respecto de otras respuestas, es decir, que la respuesta reactiva, el hecho de que se tiene que acudir a la situación producida por una lesión delictiva del derecho, no es necesariamente la respuesta punitiva. Lo que interesa oportunamente respecto a las víctimas, puede ser en muchos casos una restitución, una reintegracon de la comunicación tan fuertemente lesionada con los demás, incluso con el autor y la víctima. Entonces la mediación permite salir de esta visión esquemática, absolutamente

incorrecta, de que cuando ha existido una infracción no hay otra laternativa que la pena, ya que antes que se materialice una lesión delictiva hay un abanico grande de políticas preventivas que permiten efectivamente dar un espacio relativo a la prevención a través de esta técnica. Ello no es así, la respuesta reactiva pasa por una serie de otras oportunidades, inclusive la restitución, el oir a la victima y darie protagonismo, esta es la premisa para una ampliación de las experiencias de mediación, que no significa solamente una zona de experimentación dentro del sistema de la justicia punitiva, yo veo la mediación como la tentativa, en los límites que esto impone, de la sociedad, de la comunicación social, de retomar lo que el sistema tan exhaustivo, como lo es el de la justicia criminal, le ha quitado.

La mediación la considero como la flexibilización del limite entre el sistema punitivo y la comunicación social, la verdadera dimensión, lo que esta práctica de la mediación puede conflevar efectivamente es ampliar el espacio para un tratamiento no punitivo que se ha creado a través de una ley delictiva del derecho, por eso pienso que en la estrategia del derecho penal mínimo, del derecho penal de la constitución, dando un protagonismo, rescatando la capacidad de los actores del conflicto delictivo de temar responsabilidad, participar como sujeto y no como objeto, al manejo de la situación que se ha producido. Esto es una perspectiva extremadamente importante.

María Angéliou Jiménez es profesora e investigadora de la Eucohad de Derccho de la Universidad Diego Portules y Directora del Post-Título sobre Justicia, Derechos y Volíticas Públicas para la Infancia y la Adolescencia.

Nicolds Espejo es Profesor Avadante de Derecho Internacional de los Derechos Humanas de la Fandtad do Derecho de la Universidad Diego Portales y Editor do Apuntos de Derechos. Esta sección enfrenta las posiciones de personajes públicos sobre temas jurídicos de interés general.

En esta ocasión, la diputada Mariana Aylwin defiende los principales presupuestos que inspiran el divorcio vincular dentro del proyecto de ley sobre matrimonio civil que ya fue aprobado por la Cámara de Diputados.

A su turno, el presidente del Senado,
Sergio Romero, esboza las que serán sus más importantes argumentaciones para lograr el rechazo de este proyecto en la Cámara Alta.



Mariana Aylwin

## Contra Punto

¿Cuáles serían en su opinión los efectos sociales que acarrearían la posible aprobación del nuevo proyecto de ley de matrimonio civil, el cual consagra el divorcio vincular y regula otras formas de ruptura matrimonial, como la nulidad y la separación de los cónyuges?

Mariana Aylwin: En Chile cientos de familias se encuentran quebradas y desprotegidas por nuestra legislación, por tanto la aprobación de nuestro proyecto traería como principal efecto el regularizar una stituación que de hecho existe en Chile, quiero dar una sola cifra, en el año 1991 el 58% de los niños involucrados en causas de menores son hijos legítimos, o de las rupturas matrimoniales, todas sabemos que en Chile el sistema legal vigente induce a una ruptura confrontacional, no aminora el daño, agravando el dolor natural que se produce al quebrarse el matrimonio. Por lo que el proyecto permitirá regularizar una situación que de hecho existe, realizada al margen de la ley, aminorándose el dolor del quiebre.

Sergio Romero: En mi concepto, básicamente se afectaría a la familia, institución base de cualquier sociedad. Los hijos de matrimonio divorciado, quebrado o roto, naturalmente que sufren fuertes secuelas. Por lo demás, trae un efecto contrario al deseado; en vez de incentivar la celebración de matrimonios, la descincentiva. De otra parte, acarrea una situación de causa a efecto, puesto que se «facilitarían» más divorcios al enfrentar problemas que toda pareja debe aprender a resolver.

Lo más grave es que se está distorsionando el concepto mismo del matrimonio. Si hay contrayentes que tienen la opción de casarse por toda la vida ¿por qué una ley de divorcio vincular les va a obligar a ellos a hacer una cuestión distinta?, Y en segundo lugar ¿por qué las personas que se casaron por el régimen vigente deberán someterse ahora a estas nuevas reglas impuestas por la sociedad?

¿Por el contrario, ¿Cuáles serían a su opinión los efectos de el rechazo de dicha ley, o sea como ve el futuro evolutivo de la sociedad con la institución del matrimonio tal cual se encuentra hoy en día?

Mariana Ayiwin: Si no se aprueba el proyecto de ley de matrimonio civil, el tema del divorcio va a ser cada vez más polarizado, y en consecuencia vamos a terminar teniendo una ley mucho más liberal de la que nosotros estamos proponiendo, culturalmente este tema va a ser mucho más importante por lo que se terminaría en una situación de mayor liberalidad concibiendo el divorcio como un drecho y no como nosotros, que lo concebimos en nuestro proyecto como la regularización de uns situación que de hecho existe.

Sergio Romero: Pienso que todas las instituciones son perfeccionables y aqui se está cometiendo un error grave al tratar de subsanar una situación anómala -las nulidades matrimoniales- a través de la modificación del concepto mismo de matrimonio para toda la vida. Se trata de cuestiones distintas que deben ser resueltas de modos diferentes y no forzando a los católicos a someterse a un marco legal que no le hes admisible y que resulta impuesto por las minorías. No creo que haya muchos efectos derivados del rechazo a dicho proyecto

de ley, ya que se trata de perfeccionar la ley y eso la gente lo entiende.

¿Qué opinión le merece a usted la posibilidad de que si se llegase a aprobar el proyecto de ley, grupos antidivorcistas decidieran adoptar la institución de la objeción de conciencia en frente a la ley de matrimonio civil y al propio artículo 43 de la ley sobre registro civil, lo ve como una posibilidad?

Mariana Aylwin: Mire, yo creo que la gente tiene derecho a defender sus ideas, sin embargo a mi me parece quela libertad de conciencia no esta pasada a llevar en este proyecto, la libertad es anterior a la ley y de este modo no existiría libertad de acarse para toda la vida en ningún país. Chile es el único país que no posee ley de divocio vincular, y no veo que enlos otros países hayan tenido que manifestar objeciones de conciencia, yo siento que nadie está obligado a separarse ni divorciarse, es sólo un instrumento que llegado el momento podría usarse, en virtud de la libertad que las personas poseen.

Sergio Romero: Yo no desearía que se llegara a presentar la situación de la objeción de conciencia, pero no me cabe la menor duda que es una alternativa perfectamente abierta. Entonces la pregunta que surge es ¿por qué se produce este planteamiento? y la respuesta es porque aquí hay una relación de causa a efecto con personas que, para poder defenderse reaccionan de una manera legitima en relación a sus valores y principios.

¿Cómo le parece a usted la actitud que ha asumido la Iglesia Católica en la discusión entorno a la posibilidad de tener divorcio vincular en nuestro país?

Mariana Aylwin: Yo la dividiria en dos partes, primero, me parece que la Iglesia tiene todo el derecho a manifestar su posición, por lo que creo que la Iglesia no podría si no defender el matrimonio indisoluble, pero por otro lado creo que la Iglesia debe entender que estamos hablando de una ley civil por lo que se debe respetar la esfera de autonomía de la laicos y de la sociedad civil, y es justamente en esa



Sergio Romero

esfera donde yo siento que hay quienes han tratado de influyir de una manera que a mi parecer es erronea y siento que la Iglesia nos dice a los legisladores como tenemos que votar o cuando les dice a los electores como tiene que elegir a sus representantes, se pone en una situación de poder que nole corresponde, actitud la cual va en perjuicio de la propia Iglesia al poder aparecer en una situación de derrota si es que los electores apoyan a candidatos divorcistas y los legistadores católicos votan a favor de una ley de divorcio.

Sergio Romero: Creo que la gente no está enterada de la posición actual de la Iglesia Católica. Hay una confusión con respecto de la opinión de unos y otros, cuestión que debería ser precisada por la Conferencia Episcopal Chilena. La opinión pública cree que la Iglesia está dividida, incluso los propios patrocinadores del proyecto de la nueva ley se permiten decir que cuentan con la comprensión de un sector sector de la Iglesia, cuestión que se opone totalmente a mi visión personal.

Siguiendo con el tema de la Iglesia Católica, ¿Cuál es el rol que a su parecer cumple el derecho canónico dentro de una ley de matrimonio?

Mariana Aylwiu: Nosotros tomamos algunas causales del derecho canónico para regular las nulidades por lo que me parece un aporte importante de ése último a la discusión de una ley civil y no a un matrimonio religioso, por lo que existen diferencias; detrás de una nulidad religiosa hay razones de fé, lo que no ocurre en las nulidades civiles.

Sergie Romero: El Derecho Canónico es una normativa que está incerta en la institucionalidad de la Iglesia Católica, la que ha clarificado hace tiempo su relación política con el Estado. Sin embargo, para un católico debe existir consistencia entre la normativa civil y la canónica, puesto que si ellas resultaran contradictorias, se produciria una situación de extrema complejidad.

¿Qué opinión le merece a usted la supuesta inconstitucionalidad del proyecto mencionada por el diputado Ferrada, en virtud de la irrenuncionabilidad y de la retroactividad que presentaría el proyecto?

Mariana Aylwin: El tema de la retroactividad me parece un absurdo, ya que este proyecto tiene como fin regularizar la situción de miles de familias las cuales no cuentan con legislación que les solucionen sus problemas. El proyecto de matrimonio civil no obliga a nadie a divorciarse, por lo que me parece que no se disminuye la libertad, si no que se abre una posiblidad de libertad hasta ahora inexistente. Con Respecto a la irrenunciabilidad, yo creo que tiene como fin el proteger de la eventualidad de que alguien pueda ser forzado a renunciar a una garantía normaliva. Concretamente, es posible que en frente a la renunciabilidad la Iglesia Católica sostenga que sólo aceptará casar a quienes renuncien a la acción de divorcio, o que los colegios católicos sólo aceptarán niños con padres casados sin acción de divorcio; me parece que ante esas situaciones hay que proteger a los ciudadanos.

Insisto en que la libertad de las personas no es pasada a llevar, la livertad es anterior a la ley y nadie está obligado a ejercer acción de divorcio

Sergio Romero: Me parece que el planteamiento del diputado Valentin Ferrada es del mayor interés, porque apunta a entender que dentro de las bases de la institucionalidad de la Constitución de 1980 hay una serie de normas que inscriben un concepto de sociedad cristiana y que resguardan el derecho adquirido sobre el matrimonio celebrado sin disolución de vínculos. No puede haber retroactividad de la ley sobre el derecho que he adquirido hace más de treinta años de casarme para toda la vida., eso, desde el punto de vista del derecho constitucional, constituye una evidente causal de contradicción inconciliable con la Carta Fundamental.

¿Cuál sería el mensaje que le daria a usted a la juventud lectora de esta publicación entorno al matrimonio y a la actitud que debevía de tomar ante dicha institución social? Mariana Aylwin: Yo creo que el matrimonio es un compromiso para toda la vida, creo que hay que tomarlo con una tremenda responsabilidad, al final la familia es la instancia más importante en la vida de las personas, hombres, mujeres e hijos, el dolor, el sufrimiento y las felicidades están muy ligadas a la vida familiar, También creo que el matrimonio tiene efectos sociales, es diferente una sociedad donde la gente se casa y asume compromisos para toda la vida que en una donde la gente no se case, en ese sentido yo invitaria a asumir ese compromiso para siempre y creo que hay que hacer todo lo posible para que ese compromiso se cumpla. No obstante a pesar de que ese es el ideal la vida humana está llena de circunstancias dolorosas por lo que me parece que la ley debe de darles respuesta a quienes por esas circunstancias dolorosas, ya que las personas son más importantes que las teorias o los principios.

Yo insistiria en que los jóvenes valorizaran el matrimonio y la familia y que entiendan que es mejor una familia quebrada y protegida por la ley que una quebrada y sin protección

Sergio Romero: Yo le daría a los jóvenes un mensaje de reflexión en términos de buscar fórmulas constructivas para enfrentar el matrimonio y sus dificultades. Me resisto a aceptar que una institución tan fundamental -de derecho natural y que ha sido sustentada por la historia a través de diferentes civilizaciones e incluso por el reino animal-sea atacada por proyectos que no entienden el verdadero sentido de la familia y la necesidad de respetar la indisolubilidad del vínculo matrimonial. No podemos convertir, por causas de algunos problemas puntuales que puedan existir, a una institución de carácter permanente en una institución temporal y debilitada.



LCRETO SANTA MARÍA, MARCELO LEIVA, RODRIGO CELLIS

Estudiantes de Derecho de la Universidad Diego Portales.

## ¿Que és el Consultorio Jurídico de la población Santiago?

"- Buenas noches, tome asiento, a ver...cuéntenos."

Durante años jóvenes estudiantes de derecho, de distintas universidades y desde aproximadamente una década, alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, han manifestado sus inquietudes por las necesidades sociales prestando sus conocimientos jurídicos al servicio de los más necesitados, atendiendo consultas y tramitando los juicios que se deriven de ellas. De esta forma se ayuda a numerosas personas que llegan cada semana hasta la Parroquia de la Santa Cruz en la Población Santiago, en la comuna de Estación Central

Esta iniciativa, que tiene sus incies en la década de los setentas, se ha ido desarrollando vertiginosamente, pasando numerosas generaciones de abogados por ella y sirviendo de un puente manifestación de las inquietudes de los jóvenes. Es precisamente esta inquietud de entrega la que nos da la posibilidad de poder mirar y conocer un poco más altá de muestra realidad, intentar llevar causas que en principio parecen indefendibles, materializar la incorporación de «áridos» conocimientos teóricos y estar satisfechos al recibir un "muchas gracias».

En efecto, son precisamente estas y otras razones las que en plena década de los noventas siguen moviendo a un grupo de aproximadamente veinte estudiantes de ese derecho que a veces parece tan ajeno a los problemas concretos de la gente.

Sin duda que está es una buena demostración de que los jóvenes si estamos "ahi"con cosas importantes y de manera desinteresada, puesto que por esta actividad no tenemos - ni tampoco nos interesa- una calificación

académica, ni nos sirve como un ramo electivo o algo parecido. Por lo demás, es bueno aclarar que esto ha sido desde siempre una actividad e iniciativa de los propios estudiantes, sin los cuales no sería posible entregar esta ayuda.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que las escuelas de derecho y no sólo sus alumnos, deben intergrarse más activamnte a estas actividades, fuertemente desarrolladas en años anteriores pero que ahora parecen dar paso a la creación académica fuerte y orientada básicamente al ejercicio profesional y la formulación de politicas públicas. Son demasiadas las necesidades inmediatas y la sola formulación de directrices, proyectos y evaluaciones no da respuesta a las necesidades de justicia que los sectores más postergados reclaman.

El Consultorio se compone de cuatro grupos integrados, a su vez, por cuatro o cinco personas cada uno, los cuales atienden por turno de dos grupos cada semana, recibiendo así entre quince a veinte personas cada martes. Muchas veces, las consultas traspasan el campo jurídico, por lo cual en ocasiones pareciera que pasaramos a convertirnos en una especie de "psicólogo-asistente social y guía espiritual" de nuestros patrocinados. Esto se explica porque la mayoría de los casos dicen relación con el Derecho de Familia y con Sucesión por Causa de Muerte (básicamente posesiones fectivas), con el consabido conflicto familiar que ello puede acarrear. Otras veces, en tanto, las causas pasan a ser muy complejas y para lo cual se requeriría de un acabado estudio (es aquí

donde se producen las clásicas «miradillas» entre el grupo para ver quien posee ,en esos minutos, el mejor criterio u olfato jurídico").

Hasta hace un tiempo debíamos recurrir a la ayuda de nuestros profesores los que después de las clases nos daban unos segundos de su tiempo para patrocinar las causas y resolver nuestras dudas. Actualmente hemos podido mejorar esta situación gracias a la ayuda de nuestra querida secretaria y a la incorporación voluntaria de dos jóvenes abogados, de otra universidad privada, quienes con su disposición y conocimientos nos han ayudado a otorgar un mejor servicio, dejando de manifiesto el que se puede realizar un trabajo integrado entre profesionales de distintas facultades de derecho.

Estamos concientes de que este es sólo un pequeño esfuerzo para lograr resolver algunos problemas de quienes habitan y comparten con nosotros el querido Consultorio San Esteban de la Población Santiago. A todos ellos y a la comunidad jurídica, una muestra de lo que nos hace más abogados.

## Primera Simulación en Chile del Juicio Oral

Dentro del proceso desarrollado por la Universidad Diego Portales en la propuesta de reforma e implementación en Chile del mevo proceso penal, se desarrolló en nuestra facultad de derecho la primera simulación del futuro juicio oral en Chile.

La iniciativa fue desarrollada por académicos de la facultad y auspiciada por el Centro de Promoción Universitaria (CPU) y a ella asistieron jueces, abogados, profesores, alumnos, miembros de la policía de investigaciones de Chile y público en general. Planteada en base a un caso hipotético, en ella participaron los jueces que estarán a cargo del juicio, el fiscal, el abogado defensor, los peritos, policías y testigos que formaran parte activa y determinante en esta clase de procedimientos.

Este tipo de actividades, inéditas en la comunidad universitaria nacional, tiene por objeto el ilustrar las principales cuestiones jurídicas y de hecho que se presentarán a propósito de la implementación del nuevo proceso penal en nuestro país.

## Seminario Internacional Sobre la Justicia Militar

Entre los días 15 y 17 de Octubre se realizó en nuestra escuela el Primer Seminario Internacional Sobre la Justicia Militar, como culminación de un proyecto de investigación al nuestra escuela estuvo avocada este año, y que incluyó la realización de otrostres talleres durante ese período.

En el seminario -que contó con la presencia de expertos chilenos lo mismo que argentinos, paraguayos, guatemaltecos y colombianos- se discutió por vez primera en nuestro país acerca de la justificación de una jurisdicción militar (para la cual, dicho sea de paso, no se encontraton razones justificatorias fuertes), el juzgamiento de civiles por tribunales militares, el juzgamiento de militares por delitos comunes y, finalmente, el tipo de estructura que debiera tener la justicia militar -en caso de aceptarse- para resultar compatible con los estándares internacionales relativos al debido proceso.

Los materiales producidos para este seminario por el equipo de investigadores a cargo -especialmente el Profesor Jorge Mera y la Profesora María Inés Horvitz, con la colaboración de Andrés Baytelman y Lupi Aguirre- va a constituir sin duda la más importante publicación relativa al tema en los últimos veinte años.

Otro éxito para muestra escuela, que sin duda ha abierto un nuevo frente de discusión pública desde el mundo académico, aportando elaboración dogmática a la discusión de políticas públicas en muestro país, cumpliendo así el rol de la universidad en los tiempos que corren; sistematizar y perfeccionar el conocimiento jurídico, a la vez que conseguir impacto en el diseño político de la sociedad en que vivimos.

## Cursos de Post-Título

La Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, conciente de que la formación académica de abogados y profesionales del área social no termina con los estudios de grado, está avocada a la creación sistemática de una serie de cursos de post-título sobre especialidades de singular importancia para el ejercicio profesional, público y académico del Derecho.

Es así que durante este año concluirán con enorme éxito tres cursos de post-título y que ya se ofrecen para los periodos 1997-1998.

#### Diplomado «Teoría y Jurisprudencia de la Acción Constitucional de Protección».

Por segundo año consecutivo se lleva a cabo este diplomado sobre los aspectos teóricos y prácticos que giran en torno a la acción constitucional de protección. Dirigido por el profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales don Gastón Gómez Bernales, el diplomado se desarrolla mediante una novedosa metodología que incorpora activamente al estudiante a la discusión de los temas relevantes a esta materia. La lectura previa de material doctrinario, unida al análisis y discusión de jurisprudencia sobre acción de protección otorgan una oportunidad poco usual para acercarse a las estrategias y fundamentos del ejercicio de la acción de protección en torno a los derechos fundamentales y provee herramientas de carácter forense para un máximo manejo de los recursos constitucionales en el ejercicio profesional.

#### Post-Título «Justicia, Derechos y Políticas Públicas para la Infancia y la Adolescencia».

Ha comenzado en el mes de octubre la segunda versión de este post-título dirigido por la profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales María Angélica Jiménez. El curso cuenta con el auspicio de UNICEF

y del Instituto Interamericano del Niño e incorpora la participación interdisciplanaria de profesores nacionales y extranjeros expertos en Derecho, Economia, Sociología, Sicología y Psiquiatría.

Estructurado sobre la base de una fuerte preparación previa a las clases a través de materiales seleccionados especialmente para este curso, las clases incluyen el análisis de las condiciones de los menores tanto a nivel interno como regional y en él toman parte alumnos nacionales que dedican media jornada y alumnos extranjeros dedicados exclusivamente a la preparación del curso.

El curso tiene una duración de diez meses y se desarrolla a lo largo de tres módulos; a saber, Marco Referencial, Justicia y Derechos y un Seminario. Los dos primeros son evaluados mediante pruebas tradicionales y el tercero requiere el desarrollo de uno de los temas tratados en el curso.

Este post-título considera, de manera paralela, la dietación de cursos más breves para alumnos de las carreras de Derecho, Psicología y Periodismo, además de la publicación de tres libros.

## Post-Título «Justicia Criminal y Sistema Acusatorio, Hacia un Nuevo Proceso Penal.»

A fines de noviembre concluye la primera versión de este posttítulo que busca incorporar los elementos teóricos y prácticos que regirán el nuevo proceso penal en Chile.

Como universidad lider en la investigación y proposición del sistema acusatorio en Chile, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales pretende guiar y preparar a los nuevos actores del sistema, tanto en el manejo de aquellas consideraciones teóricas que se encuentran en la base de la reforma, como en sus cuestiones prácticas.

El post-título en el que han participado veintisiete ajumnos ha sido dictado por profesores chilenos y extranjeros participantes de los procesos reformistas en Chile y en toda Latinoamérica.