

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2014
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

Universidad Diego Portales / Anuario de Derecho Público 2014

Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014,
1ª edición, 684 p., 15 x 23 cm.

Dewey: 342.83

Cutter: U58

Colección Derecho

Materias: Derecho Público. Chile
Derecho Público. Publicaciones Periódicas.
Derecho Constitucional.

ISBN 978-956-314-291-4

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2014

©Ediciones Universidad Diego Portales

©VV.AA

Primera edición: agosto de 2014

ISBN: 978-956-314-291-4

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

Editor: Javier Couso

Secretaria de Redacción: Tamara Carrera Briceño

Edición de Estilo: Sergio Missana

Diseño: TesisDG

Portada: Obra Antena Radial © Ignacio Bahna, 2009

Impreso en Chile por Salesianos Impresores

Todos los derechos reservados

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2014
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas

Luis Cordero

Jorge Correa Sutil

Javier Couso

Rodolfo Figueroa

Matías Guilloff

Judith Schönsteiner

Tomás Vial

Director

Javier Couso

Secretaria de Redacción

Tamara Carrera Briceño

Editor de Estilo

Sergio Missana



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Palabras del Decano 13

Palabras del Director..... 15

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

DEBATE SOBRE JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

**De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: Una
discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad
ante los tribunales**

Eduardo Aldunate..... 21

**Constitucionalización de los derechos sociales: Lecciones desde
el Reino Unido**

Guillermo Jiménez..... 43

| | |
|--|----|
| Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena vigente | |
| Humberto Nogueira..... | 65 |

OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

| | |
|---|-----|
| Nueva constitución y asamblea constituyente: La experiencia de “Marca Tu Voto” | |
| Alberto Coddou y Pablo Contreras | 121 |
| Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema? | |
| Juan Enrique Vargas | 140 |
| La regulación del lobby. Aciertos y desaciertos de la Ley 20.730 | |
| Juan Andrés González Tugas y José Ignacio Martínez Estay..... | 163 |
| Terrorismo y Constitución de 1980, con especial referencia a la aplicación de la Ley Antiterrorista en el marco del conflicto del Estado con el pueblo mapuche | |
| Federico Aguirre y Rodrigo Bustos | 173 |
| Comentario en torno a la sentencia en causa Rol 2.081-11, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, del 21 de marzo de 2013 | |
| Francisco Zúñiga | 202 |
| El igual derecho constitucional de ingreso al país de los extranjeros: Comentario a la sentencia Rol 2.273 del Tribunal Constitucional | |
| Tomás Vial | 226 |
| Tradiciones de libertad de expresión tras el concepto de pluralismo en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre televisión digital | |
| Tamara Carrera Briceño | 247 |

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

| | |
|--|-----|
| El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: Crónica de una espera, como la de Godot Alejandro Vergara Blanco | 269 |
| Las cortes y los conflictos socio ambientales: ¿Quo vadis poder judicial? Francisca Reyes | 293 |
| La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: Desarrollo reglamentario y configuración judicial Manuel Antonio Nuñez | 317 |
| Precaución y recurso de protección. Sobre los alcances de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Construcción Tranque el Mauro” y su relación con el sistema de impugnación de decisiones ambientales Luis Cordero | 339 |
| Principales desafíos de la Superintendencia del Medio Ambiente a un año de su entrada en funcionamiento Paloma Infante | 375 |
| Punta Alcalde: El riesgo de extender los límites Ximena Insunza | 393 |
| Las Concesiones Turísticas en las Áreas Protegidas: Un instrumento a considerar, bajo ciertas condiciones Marie Claude Plumer | 423 |
| “Huida” ilegal del derecho administrativo: Las fundaciones de la Presidencia de la República y la Ley de Transparencia Pablo Soto Delgado | 441 |

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

EL FALLO DE LA HAYA EN EL CASO PERÚ CONTRA CHILE DESDE PERSPECTIVAS NACIONALES DIFERENTES

Una buena noticia para todos: Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia

Elizabeth Salmón 473

Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Perú contra Chile

Ximena Fuentes 498

OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El conflicto armado en Siria a la luz del derecho internacional

Eugenia López-Jacoiste y Christina Binder 515

El derecho internacional y su diálogo circular con la política doméstica e internacional: Antes, durante y después del fallo sobre la Controversia territorial y marítima Nicaragua contra Colombia de 2012 de la Corte Internacional de Justicia

Fabián Augusto Cárdenas Castañeda 543

El Examen Periódico Universal: ¿Un instrumento de rendición de cuentas y diálogo?

Lidia Casas 572

Reseña de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante 2013

María Ignacia Macari, Cristóbal Rojas, Adrián Vergara y Judith Schönsteiner 589

RECENSIÓN DE LIBROS

Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común, de Gastón Gómez

Emilio Pfeffer 619

Activismo judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?, de Sergio Verdugo y José Francisco García

Jorge Correa Sutil 626

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES 2013

Aileen Larraín y M^a Soledad Molina 637

PALABRAS DEL DECANO

Por quinto año consecutivo nuestra Facultad presenta su *Anuario de Derecho Público*, documento académico que da cuenta de los principales avances, debates y acontecimientos ocurridos en el pasado año en los ámbitos del derecho constitucional, internacional público y administrativo. Poco a poco, estas páginas que hoy tienen entre sus manos se han ido convirtiendo en un material obligado de lectura para quienes están interesados en la forma en que estas ramas del derecho capturan los temas y problemas más relevantes que nos preocupan como sociedad. Ello en una coyuntura especialmente significativa, pues este *Anuario*, que cubre debates tradicionalmente reservados a los especialistas, hoy enfrenta una realidad muy distinta, habiendo cobrado los temas de que trata una especial importancia pública, de interés general. Realmente, no se requiere ser un técnico en estas áreas para interesarse en discusiones tan actuales como el contenido de los derechos económicos y sociales y su exigibilidad ante los tribunales, temática que es abordada, como ya es tradición, en esta publicación, haciendo contrapuntos entre miradas diferentes y extendiendo su rango no solo a realidad local, sino también a experiencias comparadas que pueden ser de utilidad. Otro tanto sucede en los temas del derecho internacional público, donde ocupa un lugar destacado el análisis del reciente fallo de la Corte de La Haya en el caso de Perú contra Chile, sentencia que es comentada tanto por una jurista chilena como por una peruana.

Aprovecho de agradecer la generosidad de un amplio conjunto de autores que han colaborado con esta publicación. Se trata, en total, de 26 artículos, producidos por 33 autores diferentes, provenientes de diversas universidades nacionales y también extranjeras, como las de Viena, Navarra, de Los Andes en Colombia y la PUC del Perú, así como de instituciones públicas nacionales.

Podrán entonces encontrar en este texto temas diversos, perspectivas distintas y autores variados, pero al mismo tiempo una identidad editorial muy clara y uniforme, que privilegia la sencillez en la presentación de las ideas, al mismo tiempo que el rigor en su fundamentación. Así, resulta bastante más fácil leer un texto cuyo volumen bien puede intimidar. Les invito a hacerlo.

JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS

PALABRAS DEL DIRECTOR

Como subraya el decano Vargas, el Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales entrega a lectores y lectoras por quinto año consecutivo el *Anuario de Derecho Público*, publicación que busca dar cuenta de los desarrollos más importantes acaecidos durante el año precedente en materia de derecho constitucional, administrativo e internacional público.

Como ha sido la tónica en años recientes, el *Anuario* que el lector tiene en sus manos contiene contribuciones de una vasta gama de autores de diferentes universidades e instituciones nacionales y extranjeras, lo cual nos permite ofrecer un volumen de una gran calidad y diversidad de perspectivas. En efecto, los treinta y tres autores que han colaborado generosamente con esta publicación provienen de países, universidades e instituciones muy diferentes, aunque todos comparten un extraordinario rigor en sus análisis.

Asimismo, debe destacarse la dedicación y el esfuerzo del grupo de estudiantes de nuestra facultad que –por cuarto año consecutivo– han elaborado un *Catálogo de publicaciones*, que busca registrar todos los libros, capítulos de libro y artículos científicos publicados durante 2013 en las materias objeto de este *Anuario*.

Finalmente, quisiéramos subrayar un aspecto bastante innovador de la edición de este año, cual es el contar con dos perspectivas nacionales diferentes respecto de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso *Perú contra Chile*. En efecto, gracias a la generosa colaboración de la profesora Elizabeth Salmón (de la Pontificia Universidad Católica del Perú) y de la profesora Ximena Fuentes (de la Universidad Adolfo Ibáñez), contamos con un interesante contraste de perspectivas sobre el referido fallo desde la aproximación de una especialista peruana y otra chilena, lo cual sin duda

nos ayudará a contar con una mirada equilibrada respecto de esta importante sentencia internacional.

Para concluir estas breves palabras, quisiera agradecer al decano de nuestra facultad, Juan Enrique Vargas, por su continuo y entusiasta apoyo al *Anuario de Derecho Público*; a los autores y autoras de los excelentes artículos que conforman esta publicación; a los integrantes de nuestro Comité Editorial (Lidia Casas, Luis Cordero, Jorge Correa Sutil, Rodolfo Figueroa, Matías Guiloff, Judith Schonsteiner y Tomás Vial); a Matías Rivas y Felipe Gana (de Ediciones Universidad Diego Portales); al editor de estilo, Sergio Missana; a Sonia Kuzmanic y, finalmente, a nuestra Secretaria de Redacción, Tamara Carrera, por su siempre responsable y proactivo trabajo.

JAVIER COUSO

**SECCIÓN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**DEBATE SOBRE JUSTICIABILIDAD
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES**

DE LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN AL GOBIERNO ARISTOCRÁTICO: UNA DISCUSIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS SOCIALES Y SU EXIGIBILIDAD ANTE LOS TRIBUNALES

*Eduardo Aldunate Lizana*¹

Resumen

El presente trabajo expone diferentes acepciones de la expresión derechos sociales, para examinar cómo la consagración constitucional de derechos sociales de prestación, con entrega de su garantía a un órgano jurisdiccional, y sin criterios constitucionales respecto de su contenido específico, lleva al respectivo sistema constitucional a una forma de gobierno al menos parcialmente aristocrática. Para concluir, presenta la forma en que se ha desarrollado la garantía a los derechos sociales de prestación en el derecho alemán y el contenido normativo que puede atribuirse a la consagración constitucional de estos derechos incluso cuando su concreción queda entregada al legislativo y la Administración.

Introducción

La noción de derechos sociales no es unívoca. Sin pretender lograr que lo sea, en un tiempo en que se han incorporado al debate público y, más precisamente, como componente de una discusión constitucional (ya sea en la variante de una reforma o de una nueva constitución), parece importante, al menos, hacer un inventario de las posibilidades de su comprensión. Respondo así a una invitación del director de esta publicación, Javier Couso, quien ha extendido su amabilidad a darme una amplia libertad al momento de elegir el formato del presente texto, proponiéndome que, de ser posible, pueda dar una mirada al tema de los derechos sociales en Alemania. Es así como las líneas que siguen tienen en gran medida el carácter de un ensayo, en ningún modo de una

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: ealdunat@gmail.com.

investigación acabada; su sesgo hacia la doctrina y jurisprudencia alemana se explica por lo ya anotado. Las fuentes utilizadas han sido un influyente trabajo de Ernst-Wolfgang Böckenförde de la década de 1990², el artículo “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”³ de Dietrich Murswiek y la obra de Klaus Stern, *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*⁴.

1. Terminología

1.1. Derechos sociales como derechos del individuo en la comunidad organizada

La noción de derechos sociales presenta una gran variedad de significados. En su uso en tiempos previos al constitucionalismo, e incluso en el constitucionalismo temprano, no es inusual encontrar dicha expresión aludiendo simplemente a los derechos de las personas en sociedad, en oposición a los derechos naturales, entendidos como individuales y presociales desde la perspectiva de la teoría contractualista. De este modo, los derechos individuales (meras *facultades*, para Hobbes) equivalen a los que tiene el individuo en un hipotético estado de naturaleza en que no existe la autoridad y no hay ordenamiento jurídico alguno (Hobbes) o solo existe el precario orden dado por una genérica ley natural racional (Locke). Estos derechos, por tanto, son considerados *naturales e individuales* en esta condición –los que el individuo tiene en un estado de naturaleza que no es social (Hobbes) o solo lo es precariamente (Locke)–; por lo tanto, no son los derechos “artificiales” y “sociales” de las personas una vez que convienen en someterse a la autoridad.

1.2. Derechos sociales como forma de disciplinar al poder social

Una segunda noción de los derechos sociales los considera como una forma de configurar u ordenar relaciones de poder social. Este punto requiere clarificar la relación existente entre el lenguaje de los derechos utilizado en el primer constitucionalismo revolucionario francés (1789-1799) y el contexto

2 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Die soziale Grundrechte im Verfassungsgefüge”, en *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, (Suhrkamp), 1992, pp. 146-158.

3 Murswiek, Dietrich, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, en Isensee, Paul y Kirchhof, Josef, (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo 5, 2ª ed. revisada, (C.F. Müller Allgemeine Grundrechtslehren), 2000, pp. 243-288.

4 Stern, Klaus, *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo III/1, (Allgemeine Lehren der Grundrechte, C.H. Beck), 1988.

político en que se desarrolló la revolución. En retrospectiva, ese lenguaje, en particular el de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ha venido a constituirse en una especie de modelo cuya racionalidad y universalidad no son regularmente puestos en cuestión (sin perjuicio, claro está, de reclamarse su extensión al reconocimiento de otros derechos). Sin embargo, es importante considerar los derechos y principios de la Declaración en su origen y dimensión histórica, como elementos de la consagración, en términos jurídicos, del cambio político en que consistió el proceso revolucionario. Ese cambio político fue esencialmente un movimiento en dos sentidos sincrónicos. El primero estuvo dado por el desmontaje de la estructura de poder aristocrático y los resabios asociados al orden feudal imperante hasta entonces. Ello implicó la supresión de posiciones de poder de la clase señorial (en sus distintos niveles y variantes) y, por efecto reflejo (o en algunos casos de manera directa), su adquisición o transferencia al poder estatal. En un segundo sentido, la revolución aseguró la posición del grupo revolucionario predominante, el “estamento burgués”. Pero la idea de que un grupo privilegiado fuera simplemente sustituido por otro no era admisible en el proceso revolucionario. Por ello surgió en Francia la categoría de *citoyen*, la cual daba un lugar tanto a los individuos de la antigua aristocracia, ya desprovistos de privilegios, como a aquellos que, estando fáctica o jurídicamente por debajo del estamento burgués, podrían al menos teóricamente incorporarse a la Nación como titulares del poder. La pregunta por el “Tercer Estado” que propuso Sieyes con fines de propaganda alcanzó una respuesta exitosa en la idea de una Nación en la cual se disolvían, en cuanto no eran ya más políticamente relevantes, la nobleza y el clero. La expresión *citoyen* otorgaba, de este modo, un manto de legitimidad a la clase triunfante de la revolución, mientras que el término *bourgeois* pasó a adquirir en francés una carga negativa, más bien despectiva. Es interesante destacar que, más allá del Rin, el mismo fenómeno, desprovisto de los requerimientos de legitimación derivados del proceso político interno, iba a ser descrito de manera uniforme como “revolución burguesa”, sincerando así el fenómeno político que había tenido lugar, aludiendo, con un único término, al burgués y al ciudadano: *bürger*.

La disquisición precedente es relevante en la medida en que incide en la comprensión de uno de los sentidos atribuidos a la expresión “derechos sociales”. Los derechos civiles y políticos de la Declaración eliminaron posiciones de poder de algunos grupos sociales, en beneficio de otros. Su

transferencia desde la aristocracia, o los enclaves feudales aún existentes, al Estado, significó que ciertos grupos perdieron poder. Como contrapartida –en el segundo de los movimientos a los que se aludía en el párrafo anterior–, el poder transferido fue disciplinado. La denominada “visión clásica” de los derechos individuales como derechos que limitan el poder y dan una protección al individuo suele omitir (porque el respectivo fenómeno político ya fue superado y dejado atrás históricamente) que se trata de la protección frente a un poder que ha aumentado su peso específico ante la desaparición de sus contrapesos político sociales. Se ha producido una modificación de lo que, en el pensamiento político de la Antigüedad, hubiese podido ser denominado un régimen de constitución mixta, en el sentido aristotélico, que implicaba la distribución del poder no solo en “poderes” u órganos públicos, sino que, en particular, entre las distintas clases sociales componentes de la comunidad política. Así las cosas, el resultado es la constitución de un poder estatal que ha eliminado el poder aristocrático y los residuos del régimen feudal, y que ha igualado jurídicamente a los ciudadanos, dotándolos de protección frente a dicho poder estatal constituido. Esa constitución no regula, o abandona a su suerte, las diversas formas de poder que pueden ejercerse, por consideraciones no jurídicas, entre los miembros de la comunidad. Así, para la constitución jurídica que emerge del proceso revolucionario, las partes de un contrato civil son iguales y quedan de la misma forma vinculadas por la manifestación de voluntad, aun cuando las condiciones bajo las cuales se produce el negocio jurídico impliquen abandonar a unos (los trabajadores) a la imposición de condiciones por otros (los empleadores). Del mismo modo, otorga unos derechos de participación política cuyo ejercicio fáctico solo es posible para algunos, sin atender a las circunstancias que pueden hacerlo imposible para otros. La igualdad jurídica y la garantía de la libertad frente al poder estatal devienen, por la desigualdad fáctica existente en la sociedad, en pérdida de la libertad para muchos⁵.

5 Las consecuencias de esta forma de organización, escribe Böckenförde, refiriéndose al Estado liberal de derecho, fueron la profundización de ciertos antagonismos en la sociedad y el empobrecimiento de la clase trabajadora. “Estas consecuencias surgieron, estructuralmente condicionadas, porque la libertad general de actuación y emprendimiento, sobre la base de la igualdad jurídica, no relativizan la desigualdad natural y económica de los hombres, sino que la desarrollan en plenitud, la radican en el individuo a través de la garantía de su propiedad y, por el correspondiente derecho de herencia, la refuerzan a lo largo de las generaciones. De este modo, del ejercicio de la libertad general, jurídicamente igual para todos, surge necesariamente desigualdad social, la que a través de la garantía de la propiedad se profundiza y se transforma en falta de libertad social con el paso de las generaciones”. Böckenförde, op. cit., p. 148 (en alemán en el original, traducción propia).

En esta dimensión, los derechos sociales disciplinan al poder social, porque otorgan protección jurídica en el contexto de una libertad e igualdad jurídicas cuyas condiciones fácticas de ejercicio las hacen ilusorias. Este es el caso de la regulación del derecho del trabajo, cuyo surgimiento se da primero a nivel legal y luego a nivel constitucional. Su presencia e intensidad en la Constitución de México de 1917 justifica su calificación dentro del llamado “constitucionalismo social”. Junto con la regulación del poder del empleador sobre el trabajador en el contexto del contrato individual de trabajo, el reconocimiento y garantía del derecho a sindicación y el derecho a huelga, que legitiman jurídicamente formas de presión que ciertos grupos puedan desarrollar “al margen del orden igualitario burgués”, como una forma de generar un poder de contrabalanza frente a la desigualdad de los individuos en las relaciones entre capital y trabajo, también están comprendidos dentro del concepto de derechos sociales. Valga la reiteración: este concepto incluye formas que organizan, o disciplinan, relaciones de poder social al legitimar jurídicamente conductas tendientes a generar un contrapeso a la posición de poder que la propiedad, o al menos el poder de decisión sobre el capital, otorga al empleador. La inasistencia del trabajador a su puesto de trabajo constituye, en la regulación clásica de los contratos, incumplimiento de contrato: pero con el derecho a huelga se otorga a los trabajadores un medio de presión que no puede, sin más, ser contestado con una acción de incumplimiento de contrato.

Una segunda forma en que se compensan las diferencias de poder derivadas de la posición fáctica de los individuos es asegurando, a través del derecho, las posibilidades de participación de los individuos, en cuanto ciudadanos, en el ejercicio del poder político institucionalizado. Por ejemplo, dentro de los derechos fundamentales, el artículo 160 de la Constitución de Weimar de 1919 (en adelante, CW) garantiza a los ciudadanos el derecho al tiempo libre necesario para el ejercicio de los derechos políticos y la asunción de los cargos concejiles. Sin esta garantía, tales derechos serían una mera ilusión para todo trabajador dependiente a tiempo completo.

Por último, junto con la disciplina del poder en la regulación de relaciones individuales, la legitimación de ciertas conductas dirigidas a generar poderes sociales de contrapeso y la garantía jurídica para el ejercicio de los derechos políticos, puede incluirse dentro de esta categoría al otorgamiento de derechos en posiciones institucionales de poder o de participación en el poder, político o económico, a partir del reconocimiento de calidades sociales específicas: como ocurre, por ejemplo, en la CW cuando reconoce en su artículo

165 el derecho de los trabajadores a participar en los consejos de trabajadores de las empresas, de los distritos y en un Consejo Económico del Reich. Este consejo, aunque nunca llegó a constituirse, contemplaba en su diseño una participación importante en la determinación de la política económica e incluso una suerte de iniciativa legislativa en materias de su competencia.

Desde el punto de vista de la actividad del Estado, la garantía de estos derechos sociales, como reguladores del poder social, sigue el mismo modelo que la de los derechos civiles y políticos, en la medida en que se satisface con la provisión del respectivo marco normativo y su aplicación a través del proceso judicial en caso de infracción.

1.3. Derechos sociales como derechos de prestación

En un tercer sentido, se habla de derechos sociales para aludir a aquellos que, jurídicamente, otorgan a sus titulares un título para reclamar un objeto que consiste en una prestación, ya sea en bienes o en servicios, los que, en todo caso, pueden ser satisfechos si existe la correspondiente disponibilidad de recursos económicos⁶. Se trata de bienes y servicios cuya provisión en una economía de mercado, y supuesta la existencia de la respectiva oferta, queda exclusivamente supeditada a la intersección entre oferta y demanda, tanto en términos de su entidad (qué tipo de bienes o servicios se ofrecen) como en términos de acceso (podrán acceder a la oferta existente quienes estén en condiciones de satisfacer el respectivo precio). El contenido de estos derechos es tan amplio como el listado de bienes y servicios que se quiera proveer: vivienda, educación, servicios de salud, cultura, etc. En algunos casos, puede tratarse de servicios o prestaciones accesorias a un derecho que incide, a su vez, en el ejercicio de los derechos civiles o políticos, como es, por ejemplo, la asistencia letrada en juicio. En estos casos no se modifica la estructura característica antes descrita (bienes o servicios estimables en dinero), pero su función puede modificar su sentido de modo que lleguen a considerarse accesorios a otra categoría de derechos (la falta de asistencia letrada puede implicar un menoscabo en el derecho al debido proceso).

Desde el punto de vista de la actividad del Estado, estos derechos no se satisfacen solamente con su consagración normativa y la activación de he-

6 Esta afirmación debe ser entendida con reserva, en aras de la simplificación que exige la extensión de este trabajo. Resulta obvio que el derecho a la educación o a la salud, por ejemplo, no dependen solo de la disponibilidad de recursos económicos sino, al menos, también de la de los correspondientes recursos humanos (docentes, personal médico y sanitario idóneo, respectivamente) que no pueden darse por supuestos, sin más, por la existencia de medios financieros suficientes.

ramientas jurídicas de defensa, sino que reclaman la satisfacción fáctica de la prestación asociada al respectivo derecho (como sea que se determine su contenido, según se verá más adelante).

1.4. Derechos sociales como derechos de participación

En una cuarta categoría conceptual se ubican ocasionalmente los derechos sociales como derechos de participación. Esta acepción ha sido discutida en la literatura alemana, donde la expresión “derechos sociales” no es de tan frecuente uso como lo son las expresiones “pretensiones de prestación” (*Leistungsansprüche*) y “derechos de participación” (*Teilhaberechte*), y donde el sentido de dichas expresiones es, a su vez, objeto de debate⁷. Hacia inicio de la década de 2000, Murswiek resume la situación del siguiente modo: “Hay coincidencia en que los derechos de participación son una cosa distinta a los derechos de libertad en su función de defensa y que al menos las pretensiones de prestaciones sociales deben ser calificadas como derechos de participación. Hay diferencias de opinión, sin embargo, sobre si también otras pretensiones de prestación son ‘derechos de participación’ y si los derechos a tomar parte en los procesos de decisión (*Mitwirkungsrechte*) son parte de los derechos de participación, y cómo se relacionan los derechos de participación con los derechos sociales fundamentales”⁸. La discusión sobre la noción de derechos de participación puede explicarse porque, si bien en su fundamento político la noción de derechos de participación resulta relativamente fácil de explicar, el contenido jurídico de las figuras que comprende es diverso. En efecto, en el plano político, los derechos de participación se pueden definir como un título para la integración del individuo en las relaciones sociales de la comunidad y, consecuentemente, como la ampliación de sus posibilidades de acción respecto de una situación de no integración⁹. En el plano jurídico, en cambio, esta integración se puede dar a través de derechos de libertad (que protegen o remueven obstáculos al ejercicio de la libertad individual en función de la integración); puede constituir una definición de posiciones de poder, como se ha examinado anteriormente; o garantías específicas a derechos de participa-

7 El resumen de esta discusión a esa fecha puede encontrarse en Murswiek, op. cit., pp. 243-288.

8 *Ibid.*, p. 245.

9 *Ibid.*, p. 244. “*Teilhabe ist immer Integration in einem sozialen Zusammenhang. Teilhabe, Partizipation an einem solchen Substrat eröffnet dem einzelnen Verhaltensmöglichkeiten, die ihm sonst verschlossen wären, bzw. erweitert seine Möglichkeiten*”. (“Participación es siempre integración en un contexto social. Participación en un tal sustrato abre al individuo posibilidades de conducta que de otro modo le estarían vedadas o, respectivamente, amplía sus posibilidades”).

ción (como el ya mencionado caso del derecho fundamental al tiempo libre para la participación pública). Por último, los derechos de participación así concebidos, en un sentido político, pueden incluir también la idea de que el individuo participe del desarrollo material de la comunidad, bajo criterios de solidaridad; en tal caso, la figura jurídica correspondiente es la de derechos a prestación. Ante esta situación, parte de la doctrina alemana ha propuesto un concepto amplio de derechos de participación (*Teilhaberechte*), como inclusivo de las categorías antes expuestas, y ha reservado la idea de derechos de participación en sentido estricto para los derechos de prestación, poniendo énfasis en que la *prestación* constituye el objeto al cual está obligado el respectivo agente y la *participación* alude al título bajo el cual el destinatario de la respectiva prestación recibe algo atribuido por el Estado, en su función de ordenación de la sociedad como un todo¹⁰.

2. Diferencias entre derechos civiles y políticos, y derechos sociales desde el punto de vista de su contenido protegido

El juicio sobre las diferencias entre derechos civiles y políticos, y derechos sociales está supeditado a la precisión sobre el sentido en que se utiliza la expresión “derechos sociales”. Como se ha señalado antes, la concepción de los derechos sociales en la línea de una profundización del proceso emancipatorio a favor de la libertad individual no presenta diferencias estructurales con la de los derechos civiles y políticos. Mientras que los derechos civiles y políticos consagran la ruptura con los poderes y privilegios estamentales, implicando su eliminación y la disciplina del poder resultante a través de unos derechos que se constituyen en requisitos de legitimidad del actuar estatal, los derechos sociales, comprendidos en este sentido, avanzan hacia la domesticación del poder social. Ambos tienen un contenido determinado y son reclamables y operativos a través del procedimiento judicial. La decisión sobre el contenido del respectivo derecho puede ser satisfecha a través del proceso usualmente conocido como “aplicación de la ley”, lo que, en términos prácticos, implica que las opciones políticas de quien decide en sede jurisdiccional son aquellas relativamente acotadas que le impone una cierta disciplina argumentativa en el marco de la interpretación de las fuentes¹¹. El contrato de trabajo que

¹⁰ *Ibíd.*, p. 247.

¹¹ En el mismo sentido, Böckenförde, *op. cit.*, p. 151.

viola derechos irrenunciables del trabajador, el dirigente sindical que es despedido en contravención a su fuero, la falta de inclusión –en algún órgano hipotético– de quien tiene un título para participar en él, son todas figuras que pueden ser corregidas a nivel judicial, sin plantear especiales desafíos al acto de aplicación del respectivo derecho.

Los derechos sociales entendidos como derechos de prestación, en cambio, presentan ciertas diferencias sustanciales respecto de los derechos civiles y políticos. Por lo pronto, se debe descartar como criterio para distinguirlos el que la garantía de unos y otros presente diferencias en términos de costos. El argumento que busca acercar categorialmente los derechos sociales a los derechos civiles y políticos, señalando que la garantía a estos últimos requiere el financiamiento de un sistema institucional y que, por lo tanto, al igual que los derechos sociales de prestación, conlleva un gasto para el Estado, es obvio y casi trivial. Cualquier acción del Estado, aunque sea el mero ejercicio de la fuerza al servicio del derecho, lleva asociada costos, como estuvo claro desde los primeros momentos del constitucionalismo escrito¹². Las diferencias entre derechos sociales entendidos como derechos de prestación, y los derechos civiles y políticos son otras, y conllevan, como se analizará, una pregunta sobre las expensas necesarias para su satisfacción, pero desde una perspectiva completamente distinta a la mera constatación de que dicha satisfacción origina costos.

La distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales entendidos como derechos de prestación debe examinarse desde la perspectiva del contenido protegido de estos derechos. (Para algo habrán de servir, mal que mal y aunque no sean populares, las categorías de una dogmática de los derechos fundamentales). Los derechos civiles y políticos, ya sea en el marco de la libertad individual o de la participación en un orden institucional dado, garantizan una libertad cuyas posibilidades reales de ejercicio quedan supeditadas a las circunstancias fácticas. Lo que se protege aquí es el contenido de una libertad que puede ser concebida como preexistente, en el sentido de que el derecho no la crea, sino que solo la defiende¹³. En contraste, los derechos sociales, entendidos como derechos de prestación, expanden las posibilidades fácticas de ejercicio de la libertad. El escritor tiene libertad de creación artística y de

12 Art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los gastos de administración, una contribución común, esta debe ser distribuida equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus facultades”.

13 “Die Freiheit ist hier das Vorausliegende, sie wird durch gesetzliche Regelungen nicht ers geschaffen, sondern geschützt (ausübungsfähig gemacht) und/oder begrenzt”. (“Aquí lo preexistente es la libertad, ella no es creada a través de las regulaciones legales, sino que protegida (se hace posible su ejercicio) y/o delimitada”). Böckenförde, op. cit., p. 150.

expresión, en el sentido de un derecho de defensa para que no se le prive de la posibilidad de escribir lo que quiera, o de publicar por algún medio (existente) lo que ha escrito; pero, a partir de ese derecho, no se derivan exigencias de que tenga el estómago medianamente satisfecho o un vaso de buen vino o una taza de café o quizás buen tabaco, para inspirarse y empezar a imaginar o divagar, o de que acceda a un dispositivo electrónico en el que pueda escribir o, si sus preferencias lo mueven a ello, a una noble Underwood con su taca-taca catártico o, quizás más, y por sus inclinaciones estéticas, a una pluma del ave de su predilección cuya tinta trace en el papel, más que letras, rasguños audibles, y el correspondiente trozo de absorbente o secante, que lo fuercen a pensar más de una vez lo que escribe y a dejar registro de sus errores, para sí mismo o para los que vayan a leer sus borradores después (que por algo se llamaban así antes y ahora casi sin motivo). Hasta allí –hasta publicar, difundir lo escrito– llega el derecho de libertad del escritor, cuya licencia me he tomado en este caso. En cambio, el proveer a un autor de material para escribir o garantizar un soporte de publicación en línea o en papel, expande posibilidades fácticas de acción que no están asociadas a la libertad de creación a través del lenguaje escrito. Lo esencial de la diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales entendidos como derechos de prestación radica, entonces, en que, mientras los primeros garantizan posibilidades de ejercicio de la libertad dentro de las condiciones fácticas disponibles y eventualmente dentro de un marco jurídico definido, los segundos expanden las posibilidades fácticas del ejercicio de la libertad. Al artista callejero que está protegido por la libertad de creación artística, pero al cual se puede sancionar por pintar en un muro sin autorización¹⁴, se le puede proveer de espacios públicos donde concretar su impulso creativo: estos espacios amplían en los hechos sus posibilidades de acción jurídicamente protegida.

Esta diferencia conduce a otra. Se suele sostener que, mientras que la garantía de los derechos civiles y políticos puede radicarse a nivel jurisdiccional, los derechos sociales (de prestación) no podrían ser garantizados ante tribunales. Se trata de un planteamiento superficial. Cualquier cosa actualizable como prestación de dar o hacer (o no hacer, cuando se puede deshacer o destruir lo hecho) puede ser llevada a la competencia decisoria de los tribunales y ser, por lo tanto, garantizada por ellos. La pregunta relevante en este punto

¹⁴ Murswiek pone como ejemplo el caso del grafitero de Zürich, Harald Naegeli, quien en su momento trató de defenderse, en un proceso penal por daños a la propiedad pública y privada, amparándose en su libertad de expresión. Murswiek, *op. cit.*, p. 244.

se refiere al tipo de decisión que se pide que adopte un tribunal para garantizar uno y otro tipo de derechos. Así, y aunque a veces con cierta dificultad (en otras, no tanto, porque ni siquiera se le presta atención), los tribunales de justicia pueden pronunciarse sobre el contenido de los derechos de libertad mediante la aplicación de lo que puede denominarse un método jurídico, una argumentación que, para fuentes escritas, se apoya efectiva o aparentemente en una operación de interpretación de dichas fuentes. Así sucede con la extensión de la libertad de expresión, la garantía de la legalidad de las penas, el derecho a un debido proceso, la libertad de reunión, etc. En cambio, la garantía de un derecho social entendido como derecho de prestación deja abierta la pregunta sobre el contenido de dicha prestación, que, sin determinantes adicionales, puede ser construida de tantas formas como se pueda imaginar. Proponemos un ejemplo que no ha estado en la línea más polémica del debate nacional en el último tiempo (para así tratar de darle al análisis una posibilidad de discusión académica y evitarle el paseo por la trinchera de la contingencia): la consagración en letra escrita¹⁵, en el texto constitucional, del derecho a la vivienda. ¿A qué daría derecho este derecho, valga la redundancia? ¿A la provisión fáctica por parte del Estado de una habitación, dentro del stock existente? ¿A la existencia de un subsidio que, en términos de mercado, permita al individuo acceder a una habitación? ¿A que, en ausencia de stock, el Estado disponga de la construcción de unidades habitacionales? Y, en cualquiera de los casos, ¿en qué condiciones de calidad? ¿Con qué equipamiento? ¿En una ubicación cualquiera, aun cuando pueda estar alejada de centros urbanos? Y, si debe ser en centros urbanos, ¿en la localidad en que el Estado pueda ofrecerla? ¿O el derecho se extiende a obtener una vivienda en la localidad en la que la solicita el peticionario? ¿A partir de qué nivel de necesidad o carencia se puede exigir este derecho? ¿O es independiente de la condición en que se encuentre quien lo reclama? La lista de interrogantes puede todavía ser ampliada a una serie de otros criterios relevantes. Visto así, surge la pregunta: ¿pueden todas estas decisiones ser tomadas por un juez o, en términos más precisos, es posible pensar en dotar a un juez de la competencia para conocer de estas cuestiones y de los atributos de imperio necesarios para ejecutar sus decisiones en esta materia?

¹⁵ La aclaración busca poner de manifiesto que se trata aquí del problema de determinar el contenido de un derecho que se ha optado por consagrar en la Constitución y no de otro problema que en ocasiones (y a mi juicio imprecisamente) es presentado como un problema de “justiciabilidad” de los derechos sociales: la pregunta sobre la posibilidad de sostener la existencia de ciertos derechos sociales aun sin consagración constitucional expresa.

La respuesta es afirmativa, y esto debe despejar del debate la cuestión de si unos derechos sociales de prestación cualesquiera pueden ser directamente garantizados por la judicatura. Si solo se garantiza en el texto el derecho a la vivienda, y se impone u otorga a la judicatura la tarea de garantizarlo sin otra especificación a nivel de fuentes, el juez podrá adoptar la respuesta que le parezca más conveniente a dichas preguntas.

La cuestión esencial es, entonces: ¿bajo qué concepto o conjunto de operaciones intelectuales puede un juez tomar estas decisiones? ¿Son ellas decisiones jurídicas en el sentido muy gruesamente descrito antes? ¿O en esta hipótesis se traslada al juez la decisión libre, para cada caso, de los contenidos y criterios bajo los cuales adjudicará su derecho a la vivienda de cada demandante?

3. Sobre la exigibilidad de los derechos sociales

Lo anterior lleva al punto central del problema de los derechos sociales como derechos de prestación: la forma o “técnica” de su consagración constitucional y lo que está realmente en juego cuando se esgrime el argumento o se defiende la tesis de su exigibilidad directa ante tribunales. Una de las consecuencias de la diferencia estructural entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales que regulan relaciones de poder social, por una parte, y los derechos sociales de prestación, por otra, tiene que ver con la dimensión en que la actividad jurisdiccional implica tomar decisiones sobre los recursos de la comunidad. Para los derechos civiles y políticos, así como para los derechos sociales que regulan relaciones de poder social, el costo asociado a su garantía es el de las instituciones que se encuentran disponibles para todos aquellos que impetran el respectivo derecho. Dicho de otro modo, la garantía de la libertad de expresión, del debido proceso o de la libertad ambulatoria, están asociadas a los costos necesarios para la mantención del sistema de tribunales y de las fuerzas u otros medios necesarias para dar cumplimiento a sus resoluciones, sobre cuyo monto y entidad y condiciones de prestación decide el poder ejecutivo y el parlamento en la respectiva discusión presupuestaria. La actividad de tribunales dentro de este sistema institucional puede dar lugar a decisiones con un componente económico, como en el caso de la condena a pagar una indemnización, decisiones consideradas por el ordenamiento jurídico como la consecuencia de un acto o hipótesis (la producción de un daño,

el quebrantamiento de un contrato), consecuencia (obligación de indemnizar) que la decisión del juez puede fundar (salvo excepciones muy infrecuentes) en fuentes positivas y datos objetivos (al menos en lo tocante al daño patrimonial) resultantes del proceso. Sin perjuicio de que los criterios jurisprudenciales pueden incidir, tanto en el ámbito público como en el privado, en la forma en que se distribuyen los recursos en la comunidad, los tribunales no son llamados a decidir ellos mismos sobre a) los recursos puestos a su disposición para servir la justicia ni b) los criterios generales de asignación de los recursos públicos, más allá de los casos concretos sometidos a su conocimiento.

En cambio, para los derechos sociales entendidos como derechos de prestación, si solamente se consagra su enunciado en la Constitución y se encomienda sin más su garantía a los órganos jurisdiccionales, el juez deberá responder, por sí y ante sí, todas las preguntas formuladas más arriba con ocasión del ejemplo de la garantía al derecho de vivienda (y probablemente algunas otras). Ello con el agregado de que, tratándose de derechos sociales de fuente constitucional, lo que un juez propone en un caso como contenido de un derecho constitucional no puede ampararse en la regla de efecto relativo del artículo 3 del Código Civil: lo que se está diciendo respecto del respectivo derecho es que ese *es* contenido constitucional, que en esa condición podrá ser reclamado por cualquier otro titular del derecho.

En esta hipótesis –una Constitución que consagra derechos sociales de prestación, sin parámetros o criterios específicos para dotarlos de contenido, y entrega de manera directa su garantía a un órgano jurisdiccional, cualquiera que este sea– se debe tener presente que se entrega a dicho órgano un ámbito de competencia tradicionalmente asignado al legislador y a la Administración, a saber: a) la decisión, con carácter general, sobre b) una parte importante de los recursos públicos y c) las prioridades de aplicación de los mismos.

a) Sobre el carácter general de la decisión, no es conceptualmente admisible que un derecho constitucional se despliegue con un contenido para un titular del mismo y con otro para un titular distinto. A la luz del artículo 19 N° 2 de la Constitución, se ha tornado discutible si las decisiones que adoptan los jueces a partir del derecho de fuente infraconstitucional todavía pueden ampararse en el principio del efecto relativo de las sentencias del artículo 3 C.C. para fallar de manera distinta en dos casos sustancialmente iguales en lo jurídico. En las decisiones adoptadas a partir de la fuente constitucional, dicha discusión no puede ni siquiera existir: si la Constitución ha de tener alguna fuerza normativa –como tal–, debe reposar sobre la idea de la unidad

de la Constitución, lo que, incluso en su versión más débil, significa que esta debe tener el mismo significado para todo el ordenamiento jurídico que subyace a ella. Esta exigencia emana de la naturaleza misma de la Constitución, si quiere ser reconocida como tal y no puede ser modificada por preceptos de inferior rango.

b) La parte de los recursos públicos que puede estar comprometida depende, en primer lugar, del inventario de recursos sociales que se consagre, que puede ser variable pero respecto del cual existe algún consenso sobre su núcleo básico o mínimo: educación, vivienda, salud y seguridad social, en un sentido comprensivo de diversos riesgos sociales (vejez, enfermedad, invalidez, protección a la maternidad –prenatal y puerperal–, protección en la infancia, eventualmente ayuda en caso de cesantía no deseada, etc.). En segundo término, siguiendo el análisis de la hipótesis planteada, la dimensión o entidad (monto) en que los recursos públicos vaya a verse comprometida en la satisfacción de estos derechos va a depender completamente del contenido del que se vean dotados por parte de la decisión judicial.

c) Lo más complejo de la opción que se discute (derechos sociales de prestación con fuente constitucional, sin definición de contenido en la Constitución y mandato a su garantía directa por un órgano jurisdiccional) radica en el tercer aspecto de la decisión que los tribunales han de tomar. En los casos en que un tribunal, respecto de cualquier otro derecho, debe decidir sobre indemnizar o no, su decisión usualmente será disyuntiva entre dos alternativas (condenar o no condenar) y aplicará criterios a esa decisión y, eventualmente, a determinar el monto de la indemnización. Incluso si se acepta la idea de resolución de conflictos de derechos (fundamentales o no) por la vía de la ponderación, se tratará de ponderar dos o más derechos en colisión: los derechos en juego aportarán los criterios de entrada de la decisión (sea como sea que posteriormente se decida, ponderándolos). La decisión sobre el contenido de un derecho social de prestación, en cambio, requiere siempre de decisiones generales sobre criterios de asignación de recursos públicos en un sistema de coordinadas con varios ejes. En el primer eje se encuentra el enfrentamiento entre el actuar estatal y el individual. ¿En qué punto del actuar (o no actuar) individual se fija el umbral a partir del cual el Estado debe actuar proveyendo la respectiva prestación? Esto es, ¿a partir de qué criterio el Estado puede disponer de la riqueza de algunos (en cualquier Estado moderno esto implica en una proporción importante, disponer del producto del esfuerzo individual aplicado al trabajo, ya sea vía impuestos a la renta o al consumo) a favor de

otros? En el segundo, tercer y cuarto y ulteriores ejes –tantos como sean los derechos a prestación sobre los que tenga competencia para resolver el respectivo órgano jurisdiccional– se sitúa el enfrentamiento entre los derechos sociales y su satisfacción en vistas a un monto limitado de recursos disponibles. Aquí se plantea la pregunta: ¿la satisfacción de qué derechos, y en qué niveles, prefiere a la de otros? Aunque el ejemplo resulte odioso por *naïfy* pueda parecer ridículo, aquí el juez tendrá que considerar, al tomar sus decisiones, si incluye dentro del *derecho a la salud* el acceso a los procedimientos médicos para cirugía correctiva de defectos de la visión de toda persona que lo requiera a costa de garantizar 11 metros cuadrados de vivienda básica por persona en el *derecho a la vivienda* a personas que tengan un ingreso inferior a determinada cantidad, o bien si deberá garantizar al menos 12 metros cuadrados a costa de esos procedimientos médicos (u otros). Quiéralo o no, tendrá que definir prioridades ante un monto limitado de recursos. Porque, extremando la imaginación de la ingeniería constitucional, incluso si al órgano jurisdiccional le fuesen dadas las competencias para intervenir en el proceso presupuestario, requiriendo las necesarias autorizaciones de gastos para la satisfacción de las prestaciones sociales, tal y cómo las ha configurado, siempre será impotente para garantizar que la riqueza generada por la comunidad, y los respectivos ingresos, puedan sufragarlas ilimitadamente. Este límite, identificado como el de lo fácticamente posible, es aceptado tanto por la doctrina¹⁶ como por el derecho positivo¹⁷, y constituye el reconocimiento tácito de los postulados de

¹⁶ Böckenförde, op. cit., p. 155; la referencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es obligada al primer fallo *Numerus Clausus*, relativo al art. 12.1 de la Ley Fundamental de Bonn, sobre la legitimidad de restricciones para el acceso a cupos en el estudio universitario, donde el tribunal somete la concreción de un derecho de participación (en la dimensión de los derechos de prestación aludidos más arriba) derivado del mandato del Estado social a la reserva de lo posible: “*Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Dies hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 109 Abs. 2 GG den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen hat*”. (“Aun cuando los derechos de participación no se encuentren de entrada limitados a lo que ya existe, están sin embargo sometidos a la reserva de lo posible en el sentido de aquellos que el individuo puede pretender razonablemente de la sociedad. Esto debe evaluarlo responsablemente en primera línea el legislador, que en su economía presupuestaria debe considerar otros requerimientos de la comunidad y según el expreso tenor del art. 109 i. 2 de la LF satisfacer los requerimientos del equilibrio macroeconómico”). BVerfGE 33, pp. 303, 333 y ss.

¹⁷ La Constitución de Turquía, tras un amplio catálogo de objetivos estatales de carácter social (vivienda, salud, educación, promoción del deporte, etc.) señala, en su artículo 65: “El Estado cumplirá los deberes que le son impuestos por la Constitución en el ámbito económico y social en la *medida de la capacidad de sus recursos financieros*, considerando las prioridades adecuadas a los objetivos de estos deberes”. (Fuente: www.confunder.richmond.edu consultada el 1 de enero de 2014. Texto en inglés: “The State shall fulfil its duties as laid down in the Constitution in the social and economic fields within the capacity of its financial resources, taking into consideration the priorities appropriate with the aims of

Forsthoff sobre la incompatibilidad, o al menos la incongruencia, de la garantía, a nivel constitucional, de los derechos de libertad entendidos en sentido clásico y los derechos a prestación¹⁸. Al mismo tiempo, junto con el límite de lo fácticamente posible, esta reflexión lleva a constatar que el carácter prioritario o la importancia que se asigna a un derecho social de prestación va disminuyendo en la medida en que se agregan otros al listado de su garantía constitucional; cada nuevo derecho entra a competir, jurídicamente, como criterio de prioridad, al momento de tomar una decisión sobre su contenido y fácticamente, en términos de su participación en el universo limitado de recursos disponibles. Puede proponerse el ejercicio intelectual de identificar todas las prestaciones sociales que se consideran necesarias y convenientes para el pleno desarrollo de la persona, para luego incorporarlas al texto constitucional. Muy probablemente este listado, extenso, se tornará trivial al no hacer otra cosa sino devolver al juego político la concreción de la satisfacción prioritaria de algunas por sobre otras.

Así, la opción por un modelo de derechos sociales de prestación que comprende la sola consagración constitucional y el reconocimiento de potestades jurisdiccionales para su garantía, sin incorporar como requisito una definición constitucional o legal de los aspectos que definen el contenido concreto de la prestación, puede ser pensado, sin que exista ninguna objeción jurídica sustantiva que lo haga imposible o “impensable”. Y, lo que resulta más relevante, esta opción traspasa, sin parámetros específicos, las decisiones sobre la pertinencia y criterios de prioridad de distribución de bienes en la comunidad a los jueces. En el lenguaje de la doctrina alemana que se ha ocupado del tema, ello implica “tareas de configuración política para las cuales no se han

these duties”). La misma consideración está en la reserva de cumplimiento de los derechos sociales económicos y culturales del respectivo pacto internacional, art. 2.1. “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. (Énfasis añadido).

18 Su postura, expuesta en detalle en mi trabajo sobre derechos fundamentales (LegalPublishing, 2008, pp. 71-72), apunta a que solo es posible garantizar prestaciones sociales a partir de las decisiones de la Administración y el legislativo sobre la base de los recursos disponibles. La garantía de prestaciones sociales a nivel constitucional llevaría necesariamente a una intervención en la libertad individual para organizar la sociedad y la economía con la finalidad de otorgar las prestaciones garantizadas. La crítica de Forsthoff es a veces mal entendida como un rechazo a la idea de derechos de prestación: su correcta comprensión radica en distinguir los planos del problema. Mientras que, al nivel constitucional, una garantía a derechos de prestación introduce la anotada incongruencia con los derechos de libertad, no hay ningún obstáculo para que el legislador y la administración configuren un extendido sistema de prestaciones sociales sobre la base de decisiones políticas.

aportado criterios jurídicos”¹⁹; “se traslada a los jueces las tareas del parlamento y el poder ejecutivo”²⁰. Dicho en términos del sistema resultante, una tal opción transforma a cualquier sistema político en una forma de gobierno al menos parcialmente aristocrática, en la medida en que una parte importante de las decisiones relevantes sobre la distribución de los bienes en la comunidad, y sobre el Derecho subyacente a esa distribución, queda en manos de una parte minoritaria de la sociedad que no responde a su generación por la mayoría política²¹, que no se entiende o considera representativa de acuerdo a los criterios tradicionales para la comprensión de este término y que, al menos en cuanto los jueces gocen de inamovilidad, no puede ser hecha responsable ante el electorado por sus decisiones políticas.

4. Los derechos sociales de prestación en un modelo de cometidos constitucionales

Lo expuesto en el párrafo anterior busca expresar con claridad las consecuencias de un modelo de derechos sociales de prestación de consagración constitucional sin especificación de criterios para configurar su contenido en el nivel normativo y la entrega de su garantía directa e inmediata (sin necesidad de regulación legislativa) a los tribunales, cualquiera sea la modalidad del órgano jurisdiccional que se adopte para este fin. Ese modelo, posible, implica la opción por una forma aristocrática de gobierno, a menos que se pretenda que el órgano mismo de garantía jurisdiccional de derechos pierda su perfil de tal y se transforme en una especie de órgano mixto, representativo, político judicial. (Para lo cual sería necesario pensar en vías de generación de sus integrantes para hacerlo representativo y reflexionar sobre qué especie o forma de gobierno resultaría de ello).

Una alternativa a esta opción (opción que es difícil, sino imposible de sostener en un modelo de democracia representativa y de separación de poderes) es una forma de consagración constitucional de derechos sociales de presta-

¹⁹ Murswiek, op. cit., p. 265.

²⁰ Böckenförde, op. cit., p. 152.

²¹ Utilizando una fórmula que corresponde a una antigua discusión en la doctrina alemana, Böckenförde señala que se trataría de la disolución del orden constitucional del Estado de derecho democrático (demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsordnung) para transformarlo en un Estado judicial (Justiz- und Richterstaat). *Ibíd.*, p. 154.

ción que entregue al poder legislativo las competencias para configurar, por ley, el contenido de esas prestaciones, y en que la función del derecho social consagrado a nivel constitucional se modifica, adquiriendo una particular función normativa, pero no la de una habilitación para la configuración judicial de su contenido.

Este es el camino adoptado por el constitucionalismo alemán. En relación a esto es necesario tener presentes dos circunstancias. Una es el desarrollo en Alemania, ya en tiempos del II Reich (finales del siglo XIX), de un sistema de amplias prestaciones sociales, comenzando con el seguro laboral por enfermedad (1883) y por accidente (1885), para luego continuar con el sistema de pensiones a partir de 1889. Otra es que la Ley Fundamental de Bonn no contiene un catálogo de derechos sociales en el sentido que se ha señalado arriba, sin perjuicio de algunas disposiciones aisladas en este sentido (como la referida a la protección de la maternidad)²². De esto resulta que la discusión sobre los derechos sociales entendidos como derechos de prestación no se haya desarrollado con particular énfasis en la categoría “derechos sociales” (sin perjuicio de que aparezca mencionada en la literatura) sino que con un foco puesto en las prestaciones sociales asociadas a la consagración constitucional de un Estado federal, democrático y social (en su artículo 20)²³. Esta “cláusula de Estado social” con consagración constitucional expresa, en concordancia con algunas disposiciones del párrafo referente a los derechos fundamentales (en especial el artículo 1 relativo a la intangibilidad de la dignidad humana y el deber de respeto y protección de la misma por parte de los poderes públicos, y el artículo 2, que contempla el derecho al libre desarrollo de la personalidad), ha permitido vincular el texto constitucional con las prestaciones que se consideran parte del Estado social (en esa medida, protegidas por el artículo 20) o bien necesarias para el respeto y protección a la dignidad humana o al libre desarrollo de la personalidad (en esta dimensión, amparadas por los artículos 1 y/o 2)²⁴. Del mismo modo, y en la medida en que la cláusula del Estado so-

22 La Constitución de Weimar, usualmente adscrita a la corriente del constitucionalismo social, tampoco contenía un catálogo extenso de derechos sociales (protección a la maternidad y a las consecuencias económicas de la vejez, art. 161; el derecho al trabajo y, en su defecto, el apoyo económico, art. 163.2). Hay consenso, en todo caso, en que aquellos que contemplaba permanecieron como promesas incumplidas: Murswiek, op. cit., p. 262.

23 “La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social”. (“Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundestaat”).

24 Esta misma cláusula, y en concordancia con los mismos artículos, ha dado lugar a una línea de argumentación que sostiene que el contenido protegido de los derechos de libertad incluiría ciertos derechos a prestación, aquellos necesarios para el ejercicio de la respectiva libertad. Esta postura, sin

cial ya ampara un sistema de prestaciones relativamente desarrollado, se ha puesto en duda la conveniencia de incorporar derechos sociales específicos en el texto constitucional, por cuanto, al estar especificados como derechos fundamentales, tendrían el sentido normativo de alterar las prioridades de las prestaciones generalmente ofrecidas, por lo que podría correrse el riesgo (frente a fuentes limitadas de recursos) de ofrecer argumentos normativos para una disminución de las mismas²⁵.

Integrando estos elementos –el histórico y el normativo–, lo que podría denominarse la corriente principal de la doctrina alemana en materia de derechos de prestación encuentra su resumen en el planteamiento de Böckenförde, quien señala que, mientras que los derechos fundamentales de libertad tienen el sentido de vincular el actuar del poder estatal y ponerle barreras, los derechos sociales tienen un sentido más amplio: no se vinculan a algo preexistente o ya disponible, que requiera seguridad frente a eventuales ataques, sino que precisan de un actuar positivo del Estado, de medidas del legislador y/o de la Administración que permitan a los individuos el acceso y participación en una fracción de los bienes necesarios para su vida. Una vez que ello ha ocurrido, y se ha definido el modo, la extensión y la medida en que se dará ese acceso, este puede ser garantizado a nivel jurisdiccional²⁶.

De este modo, la configuración de los derechos de prestación queda siempre entregada, en primera línea, al legislador y, en los aspectos de su concreción, a la Administración. Para los derechos de prestación que pueden considerarse incluidos en alguna cláusula constitucional, o que resultan del juego de los artículos reseñados (20, 1 y 2) de la Ley Fundamental de Bonn, esta afirmación sigue siendo válida, pero no los priva de toda fuerza normativa. La función de la identificación en sede constitucional de fundamento o título para derechos sociales de prestación impone cometidos legislativos para la configuración de las respectivas prestaciones, con un triple contenido normativo: en primer lugar, sustrae dichos objetivos del libre juego político que se desarrolla bajo la Constitución²⁷; en segundo lugar, sirve para enjuiciar la

embargo, es minoritaria y no forma parte del objeto de este trabajo, por lo que se menciona solo a título informativo.

25 Böckenförde, *op. cit.*, p. 158.

26 *Ibid.*, pp. 150-151.

27 Los partidos no serían libres para considerar o no los mandatos derivados de la cláusula del Estado social en sus programas; estarían vinculados a dichos mandatos, sin perjuicio de la posible propuesta de reforma constitucional de esta cláusula, dificultada por el sistema de cláusula pétrea imperfecta del art. 79.3 de la Ley Fundamental.

absoluta inactividad del legislador o los casos de grosera negligencia; y, en por último, permite declarar inconstitucional la mera remoción del nivel de prestaciones garantizadas o su reemplazo por otras de menor entidad prestacional sin un fundamento gravitante²⁸.

En el caso de la inactividad o grosera negligencia queda abierta, sí, la pregunta de cómo debe suplirse esta falta de configuración de lo que ha sido encomendado al legislador. En el ordenamiento alemán, se dota al órgano de control constitucional, el Tribunal Constitucional Federal, de la competencia sustitutiva para dictar disposiciones provisionales (*einstweilige Anordnungen*), una suerte de medida cautelar, desde la perspectiva procesal, mientras apercibe al parlamento a cumplir su tarea. Como alternativa, podría pensarse también en modalidades en que, a falta de actividad legislativa, pueda dictar la respectiva regulación el órgano ejecutivo, lo que tiene la ventaja de que el ejecutivo está en mejores condiciones para evaluar los recursos disponibles y la mejor forma de ejecutar las prestaciones respectivas.

Para esta opción se propone, por último, una forma de consagración constitucional que permita diferenciar los derechos sociales de prestación de la forma de garantía de los derechos civiles y políticos, o de los derechos sociales configuradores del ejercicio de la libertad social. En aquellos casos en que no está disponible un sistema de prestaciones sociales extendido que pueda ser protegido sin más a través de la cláusula del Estado social, se recomienda la introducción de estos derechos como principios configuradores del orden económico y social. La propuesta de la Comisión de Expertos para la Revisión Total de la Constitución Suiza, de 1977, proponía agrupar el apartado sobre derechos sociales, no en la parte relativa a los derechos fundamentales, sino en el acápite “Orden Social, Política Económica y de Propiedad”; no enunciados como “derecho a” sino bajo la fórmula “el Estado adoptará las medidas para...” asociada al respectivo objetivo.

²⁸ Böckenförde, op. cit., p. 156.

5. Conclusiones

De lo expuesto en este trabajo pueden resumirse las siguientes conclusiones.

i. Dada la pluralidad de significados que pueden asociarse al término derechos sociales, es siempre recomendable precisar el sentido en el que se habla de ellos, en la medida en que a los distintos significados corresponden entidades con estructuras normativas que pueden diferir sustancialmente.

ii. En uno de tales sentidos, los derechos sociales constituyen la evolución natural del Estado liberal de derecho, en la medida en que, después de la disciplina del poder público, en general, y estatal, en particular, apuntan a la disciplina de las posiciones de poder en la sociedad, con la finalidad de garantizar efectivamente la libertad a todos los individuos, con independencia de las desigualdades que puedan resultar de sus condiciones económicas, en particular aquellas derivadas de la desigual distribución de los bienes que puede resultar del libre juego de la libertad individual que asegura el Estado liberal de derecho.

iii. La categoría “derechos de participación”, para aludir a los derechos sociales, puede poner énfasis en el título a partir del cual se busca que los integrantes de la comunidad tomen parte en las diversas dimensiones de su desarrollo, pero es jurídicamente imprecisa, por cuanto sirve tanto para referirse a los derechos del párrafo precedente como a los derechos sociales de prestación.

iv. Los derechos sociales de prestación se diferencian de los derechos de libertad al expandir las posibilidades fácticas de acción de los individuos y al garantizar posibilidades de actuación que no preexisten a su consagración sino que son aportadas por la actividad estatal. Es perfectamente posible consagrar tantos derechos sociales de prestación como se quiera en la Constitución, siempre que se esté consciente de que si lo que se busca es su eficacia directa frente al órgano jurisdiccional y no se aportan criterios para que dicho órgano determine el contenido del respectivo derecho, el modelo resultante cambiará la forma de gobierno a una de tipo aristocrático.

v. En el caso alemán, los derechos sociales de prestación han sido configurados con anterioridad al texto constitucional vigente, e incluso a su predecesor, en tanto realidad legislativa y administrativa, y han sido reconocidos por la doctrina y jurisprudencia como protegidos por la cláusula del Estado social del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn, la que despliega un contenido normativo propio, diferenciable del contenido de protección de los derechos

fundamentales de la propia LF. La protección otorgada a estas prestaciones por la cláusula del Estado social no los sustrae del ámbito de configuración del poder legislativo y la Administración, y reconoce en el imperativo de su satisfacción el límite de lo fácticamente posible, que debe ser evaluado por estos poderes del Estado a la luz de los recursos disponibles.

vi. La cláusula del Estado social parece ser la fórmula adecuada para garantizar las prestaciones sociales en los sistemas en que el texto constitucional sobreviene a un sistema prestacional extendido, preexistente. Los cometidos constitucionales para la construcción de un Estado social allí donde no existe un sistema difundido de prestaciones sociales hacen más recomendable, si es que esta es la opción constitucional, la consagración de los respectivos imperativos de configuración al legislador y a la Administración, de manera diferenciada, sí, respecto de la técnica de consagración de los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales que regulan las relaciones de poder social.

vii. Por último, debe tenerse en cuenta que cualquiera sea la opción elegida para garantizar derechos sociales de prestación, existe una relación inversamente proporcional entre la cantidad de derechos de prestación garantizados y el nivel de su eficacia normativa, en la medida en que la inclusión de todo derecho de prestación adicional al primero debilita el carácter prioritario que el reconocimiento constitucional pueda otorgar a cada derecho, al oponerle a otro u otros que se agregan a la lista.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LECCIONES DESDE EL REINO UNIDO

Guillermo Jiménez^{1 2}

Resumen

Este artículo analiza el debate en el Reino Unido respecto de la constitucionalización de derechos sociales. Su propósito es extraer lecciones para el debate chileno en vísperas de una propuesta de nueva constitución. Se presta especial atención a tres aspectos. Primero, se analiza una serie de recientes informes oficiales relativos a la dictación de una declaración de derechos en el Reino Unido. Segundo, se revisa el debate doctrinario, enfocándose en el trabajo de uno de los más destacados críticos de la judicialización de los derechos sociales. Y, finalmente, se atiende a la jurisprudencia reciente respecto de asignación de recursos públicos, asunto de directa relación con la litigación respecto de los derechos sociales.

La principal conclusión obtenida es que existe una serie de matices a tener en cuenta en este debate. Por una parte, es necesario distinguir entre la constitucionalización de los derechos sociales y su judicialización. Por otra, la experiencia británica muestra interesantes sutilezas respecto del rol de los tribunales en esta materia. El artículo concluye sugiriendo concentrar los esfuerzos en desarrollar dispositivos jurídicos para el perfeccionamiento de los derechos sociales, sin importar lo modestas que puedan ser las herramientas jurídicas en este contexto.

Introducción

El actual gobierno de la presidenta Bachelet ha puesto énfasis en el cumplimiento de su programa de gobierno. La promesa de una nueva constitución

¹ Licenciado en Derecho, Universidad de Chile; Master en Derecho Público y estudiante de doctorado en Derecho, University College London.

² Agradezco los comentarios críticos que Paz Irarrázabal, Alberto Coddou y Pablo Grez formularon a una versión preliminar de este trabajo.

tiene un lugar principal dentro de este, destacando la propuesta de reconocer derechos económicos, sociales y culturales. La referencia a estos derechos es escueta, pero clara. El programa señala que “[l]a Nueva Constitución deberá consagrar un Estado social y democrático de derecho, que asume los derechos económicos sociales y culturales como verdaderas obligaciones de la actividad estatal, para asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo de todos los derechos”³. Es posible esperar, entonces, de que la constitucionalización de los derechos sociales será uno de los tópicos a tratar en el debate sobre la constitución que debiera tener lugar en el segundo semestre de 2014.

La discusión, en efecto, ya ha comenzado, incluyendo posturas críticas y también defensas respecto de la idea de incorporar o fortalecer los derechos sociales en la Constitución. Dos excelentes ilustraciones se presentan en este mismo volumen.

El presente artículo pretende contribuir a este debate adoptando un punto de vista comparado. Mi propósito es extraer algunas lecciones de una discusión similar, que se ha dado en el Reino Unido en los últimos años. Evidentemente, existen importantes diferencias entre Chile y el Reino Unido que tienen un impacto en esta discusión. Pero esto no debe inhibir la posibilidad de iluminar la discusión con experiencias foráneas. En la primera sección de este trabajo, se explica por qué puede ser interesante explorar la discusión en el Reino Unido sobre los derechos sociales en los últimos diez años (sección 1). Especial énfasis se pone en los recientes informes sobre esta materia procedentes del Comité Conjunto sobre Derechos Humanos del Parlamento británico. Las siguientes secciones ilustrarán tres lecciones principales que es posible extraer de la experiencia británica. En primer lugar, que no se debe confundir constitucionalizar con judicializar derechos sociales. En segundo término, que la ausencia de regulación constitucional de los derechos sociales no evita la litigación. Y, en tercer lugar, que la experiencia británica revela que existen criterios jurídicos que pueden guiar la adjudicación en casos relativos a derechos sociales. Esto se llevará a cabo por la vía de examinar el trabajo del profesor Conor Gearty, un autor crítico a la judicialización de los derechos sociales en el Reino Unido (sección 2), y de revisar panorámicamente algunos de los casos judiciales recientes más influyentes en esta materia (sección 3).

3 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, p. 32. Otra referencia, menos directa, aparece en la sección del programa dedicada a los derechos humanos, *ibíd.*, p. 165.

1. ¿Por qué puede ser interesante mirar al Reino Unido?

1.1 Un sospechoso inusual

El Reino Unido no es un candidato obvio cuando se trata de experiencias comparadas sobre derechos sociales. En efecto, Colombia o Brasil pueden ser países con los cuales las analogías son mayores. Incluso entre los países con regímenes de *common law* es posible pensar en experiencias como las de Sudáfrica o India. Además, el Reino Unido no posee una constitución escrita –podría argumentarse– lo que hace su experiencia inútil para un debate sobre constitucionalizar derechos sociales. No obstante, existe una serie de razones para observar con interés la experiencia británica reciente.

Aunque el Reino Unido no cuenta con una constitución escrita o codificada que incluya un catálogo de derechos, sí parece existir un compromiso político respecto de la protección de derechos sociales, lo que se manifiesta en la existencia de un Estado de bienestar razonablemente bien constituido. Esto explica el alto apoyo que concitan los derechos sociales entre los británicos. Por ejemplo, en una encuesta de 2000, un 94% de los encuestados declaró respaldar el derecho a un tratamiento hospitalario en el sistema público de salud (NHS, según su sigla en inglés) dentro de un plazo razonable, 86% apoyó el derecho a huelga y un 76% lo hizo respecto del derecho a provisión de vivienda a los sin techo⁴. Ante la pregunta respecto de qué derechos deberían ser incluidos en una declaración de derechos, seis años después, el apoyo a los derechos sociales seguía siendo considerablemente alto⁵.

Lo anterior es interesante porque implicaría un debate sincero y reflexivo sobre las ventajas y desventajas de constitucionalizar o judicializar los derechos sociales. En otras palabras, en tal ambiente es menos probable que la oposición a la juridificación de los derechos sociales se base en una falta de compromiso con el valor político que ellos encarnan. Y, viceversa, el apoyo al reconocimiento jurídico de derechos sociales tampoco puede ser acusado de ser un mero escapismo de una realidad socio económicamente adversa, a través de declaraciones programáticas, como podría suceder en países con una protección social menos robusta.

4 Joint Committee on Human Rights, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (21er Informe de Sesión 2003-4, HL Paper 183, HC 1188), p. 14.

5 Joint Committee on Human Rights, *A Bill of Rights for the UK?* (29° Informe de Sesión 2007-08, HL 165, HC 150), p. 43.

Otra atractiva característica del debate británico radica en que las posiciones respecto del rol de los jueces son menos polarizadas que en otros sistemas jurídicos. Esto diferencia al Reino Unido de Estados Unidos, por ejemplo. Mientras que el progresismo estadounidense fue marcado fuertemente por la revolución de los derechos civiles promovida por la Corte Warren, con una mirada en cierta forma complaciente respecto del activismo judicial⁶, un fuerte elemento dentro del progresismo británico ha sido tradicionalmente escéptico respecto de los jueces⁷. En el Reino Unido, la idea de promover el cambio social a través de la litigación en tribunales cuenta con menos apoyo que el que aparentemente tiene en la comunidad jurídica *liberal* de Estados Unidos⁸. En consecuencia, en el Reino Unido la idea de otorgar competencias a los jueces en materia de derechos sociales ha sido examinada de manera especialmente crítica.

1.2 El modelo débil de revisión judicial

Tal vez como consecuencia de lo anterior, lo que está unido a una fuerte tradición de soberanía del Parlamento, el Reino Unido posee un atractivo régimen de revisión judicial. Este sistema es frecuentemente caracterizado como un sistema débil, en oposición al de Estados Unidos, en donde la Corte Suprema puede declarar la invalidez de un precepto legal⁹. Razones de espacio impiden examinar este sistema con profundidad, por lo que a continuación solo señalaré sus aspectos esenciales para enmarcar el debate británico sobre los derechos sociales¹⁰.

El actual sistema inglés de protección judicial de derechos individuales se basa fundamentalmente en la *Human Rights Act* de 1998 (en adelante, HRA). Esta legislación entró en vigencia en 2000 y su propósito fue incorporar al derecho interno la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante,

6 Ackerman, Bruce, *We The People: Transformations*, (Harvard University Press), 1998, p. 419.

7 Véase, por ejemplo, la clásica obra de Griffith, John, *The Politics of the Judiciary*, (Fontana Press), 1991.

8 Con todo, es indudable que existe una fuerte influencia del derecho de Estados Unidos en el actual régimen de revisión judicial inglés, como explica Harlow, Carol, "A Special Relationship? American Influences on Judicial Review in England", en Loveland, Ian (ed.), *A Special Relationship. American Influences on Public Law in the UK*, (Clarendon Press), 1995.

9 Véase una visión panorámica de sistemas comparados de *weak judicial review*—Canadá, Nueva Zelanda y Gran Bretaña— en Tushnet, Mark, "The Rise of Weak-Form Judicial Review", en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, (Edward Elgar), 2011, p. 321.

10 Para una breve explicación puede consultarse Tomkins, Adam, *Public Law*, (Oxford University Press), 2003, pp. 121-3 y 188-201.

CEDH). Por ello incluyó en forma casi completa el catálogo del convenio europeo y varios de sus protocolos. Para efectos de este trabajo, su mayor interés radica en la competencia que otorga a los tribunales británicos (más que en el detalle de sus disposiciones sustantivas).

La HRA expresa claramente que los jueces tienen una obligación de interpretar la legislación de una manera compatible con los derechos garantizados en el CEDH (sección 3 HRA). Si tal interpretación fuera imposible, estos pueden declarar la incompatibilidad de una ley con los derechos del catálogo (sección 4 HRA). El impacto de esta “declaración de incompatibilidad” es, sin embargo, acotado, pues solo implica que, en opinión de la corte, existe un conflicto entre una disposición legal y un derecho protegido por la Convención. Pero, como expresamente señala la HRA, esto “no afecta la validez, la operación continúa y el cumplimiento de la disposición legal respecto de la cual se ha formulado la declaración”. El efecto de la declaración de incompatibilidad es político más que jurídico, puesto que ella solo implica una invitación al legislador a revisar su postura respecto de la disposición en cuestión. Es el Parlamento el que tiene la última palabra.

La primacía del Parlamento en la interpretación de los derechos en la HRA también se aprecia en la “declaración de compatibilidad” que se exige durante la tramitación de proyectos de ley a los ministros a cargo de ellos (sección 19 HRA). Conforme a la HRA el ministro debe afirmar ante la respectiva Cámara que, desde su punto de vista, la legislación que se propone es compatible con los derechos de la Convención. El ministro puede, alternativamente, emitir una declaración afirmando que, a pesar de ser incapaz de afirmar la compatibilidad, el gobierno desea que el Parlamento siga adelante con el proyecto de ley en cuestión¹¹. Se ha sostenido que esta innovadora herramienta conduce a que los ministros, asesores y parlamentarios se concentren en los riesgos de vulnerar inadvertidamente disposiciones de derechos humanos¹². Además, ello demuestra nuevamente que los derechos de la Convención no son límites infranqueables para el poder político. Pero, si la autoridad quiere sobrepasarlos, debe señalarlo explícita y públicamente, asumiendo el costo político de ese curso de acción.

11 Craig, Paul, *Administrative Law*, 6ª ed., (Sweet & Maxwell), 2003, p. 554.

12 Harlow y Rawlings, Richard, *Law and Administration*, (Cambridge University Press), 2009, p. 148.

1.3 Los informes sobre la constitucionalización de derechos sociales

Más concretamente, la experiencia del Reino Unido resulta valiosa porque en los últimos diez años ha existido un debate formal sobre la idea de constitucionalizar los derechos sociales. Es ilustrativa de este debate una serie de informes oficiales que han examinado la cuestión.

El primer informe fue publicado en noviembre de 2004 por el Comité Conjunto sobre Derechos Humanos del Parlamento británico. Se refirió a la implementación en el Reino Unido de la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU¹³. El segundo se publicó por el mismo organismo en julio de 2008 y examinó el asunto de los derechos sociales en el marco del debate sobre la incorporación de una declaración de derechos en el Reino Unido¹⁴. En marzo de 2011, el gobierno de alianza conservadora y liberal demócrata encomendó a una comisión independiente reexaminar la idea de introducir un catálogo de derechos en el Reino Unido. Su reporte final fue publicado en diciembre de 2012¹⁵.

En lo que sigue, revisaremos de manera breve estos informes oficiales, deteniéndonos solo en aquellos aspectos relacionados directamente con los derechos sociales.

El Comité Conjunto sobre Derechos Humanos del Parlamento británico es un órgano político formado por miembros elegidos por la Cámara Alta – *House of Lords*– y la Cámara Baja del Parlamento, *House of Commons*¹⁶. Se debe destacar que se trata de una entidad políticamente transversal, dado que sus integrantes elegidos por la *House of Commons* son miembros de los partidos políticos con representación parlamentaria (conservadores, laboristas y liberal demócratas).

En el informe de 2004 se examinó la incorporación de los derechos de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales al derecho interno del Reino Unido. En particular, se ponderaron tres supuestos obstáculos para la incorporación de esos derechos. La primera objeción consistió en que el lenguaje de estos derechos era inevitablemente vago y, por lo tanto, no susceptible de decisiones judiciales. El Comité consideró que esta objeción

13 Joint Committee on Human Rights, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit.

14 Joint Committee on Human Rights, *A Bill of Rights for the UK?*, op. cit.

15 Commission on a Bill of Rights, *A UK Bill of Rights? The Choice Before Us*, Volumen 1, 2012.

16 Cabe recordar que la *House of Lords* está compuesta por miembros nombrados por la Reina, mientras que la *House of Commons* está integrada por miembros elegidos por sufragio universal.

era más pertinente respecto de algunos derechos que de otros. Por ejemplo, el derecho a la sindicalización no se caracteriza por su indeterminación. Agregó que incluso derechos formulados en términos más amplios también poseen elementos suficientemente determinados como para habilitar su protección judicial. Así acontece con la no discriminación en el acceso a una adecuada protección de la salud, o respecto a la corrección de los procedimientos que implementan estos derechos. Por último, en opinión del Comité, existiría un cierto margen de superposición entre los derechos civiles y los derechos sociales, por lo que excluir completamente a los tribunales pareciera injustificado.

La segunda objeción señalaba que la incorporación de los derechos sociales al derecho interno podría llevar a que los tribunales usurparan las funciones del Parlamento y el gobierno. A esto el Comité respondió, por una parte, que cualquier incorporación debería tener lugar en el contexto del sistema de revisión judicial “débil” de la *Human Rights Act*, antes descrita. Por otra parte, siguiendo a la jurisprudencia sudafricana, el Comité indicó que los criterios de escrutinio judicial no eran radicalmente distintos a los que se empleaban tradicionalmente en el derecho público inglés respecto del control de la Administración.

Una respuesta similar tuvo la tercera objeción relativa a las dificultades supuestamente insuperables que tendrían las cortes al momento de decidir sobre la asignación de recursos públicos. El Comité sostuvo que estos problemas no surgían solo en el contexto de los derechos sociales y que el empleo de técnicas tradicionales de derecho administrativo, tales como control de razonabilidad y de corrección procedimental, serían mecanismos adecuados para operar en tales casos.

Con todo, la conclusión del informe de 2004 fue moderada. Sostuvo que el debate requería mayor atención y que cualquier medida que se adoptara debía tomar en cuenta las limitaciones de la competencia institucional de los tribunales respecto de derechos sociales y restringir las causales que habilitaran la revisión judicial en la materia.

El informe de 2008 retomó el debate en el punto que lo dejó el anterior. Después de examinar nuevamente las objeciones a la incorporación de derechos sociales a una declaración de derechos, el Comité consideró que ellas no eran cuestiones de principio sino asuntos que podían enfrentarse mediante una redacción cuidadosa de las disposiciones respectivas. En tal punto, el Comité afirmó haber sido persuadido de que existía un argumento convincente en favor de incluir derechos sociales en una futura declaración de derechos para el Reino Unido.

En esta ocasión el Comité consideró tres modelos de protección de derechos sociales. Primero, se refirió a un modelo de derechos totalmente justiciables y reclamables legalmente, como el que existiría en Finlandia. Consideró que este modelo era muy riesgoso en términos de invasión judicial en las facultades legislativas de definición de prioridades políticas. Segundo, exploró un modelo de derechos protegidos en tanto principios u objetivos de política estatal, pero no como derechos legalmente reclamables. El Comité consideró que este régimen hacía demasiado probable que los derechos carecieran de eficacia práctica. Por último, examinó la alternativa de incluir estos derechos bajo un deber de realización progresiva en medidas legislativas y administrativas razonables, de acuerdo a los recursos disponibles. Un ejemplo de este modelo sería la Constitución de Sudáfrica. Según el informe, este “modelo híbrido combina las ventajas de los otros dos modelos mientras que evita sus principales problemas”¹⁷. En él la implementación de los derechos se realiza a través de procesos democráticos, pero con la posibilidad de algún grado de intervención judicial si circunstancias especiales lo requieren.

Inspirado en el último modelo revisado, el Comité propuso su propia aproximación al problema de la inclusión de derechos sociales a un catálogo de derechos fundamentales. Recomendó complementar el modelo sudafricano con una redacción que asegurara que el rol de los tribunales en relación a los derechos sociales fuera limitado apropiadamente. De acuerdo a esa redacción, los individuos no pueden exigir directamente a los jueces el cumplimiento de sus derechos sociales, pero los tribunales sí están habilitados para controlar las medidas legislativas y administrativas que se adopten para alcanzar la realización progresiva de esos derechos, bajo un estándar de razonabilidad. El Comité consideró que esto implicaba una revisión judicial tenue de estas medidas (*light touch review*)¹⁸.

A diferencia de los anteriores, el reciente informe de la Comisión Independiente sobre una Declaración de Derechos para el Reino Unido no fue obra de un comité parlamentario, sino de un grupo de expertos elegidos por el gobierno¹⁹. En este estudio el tema de los derechos sociales fue tratado de manera

17 Joint Committee on Human Rights, *A Bill of Rights for the UK?*, op. cit., p. 49

18 Para una crítica de esta propuesta, véase Gearty, Conor y Mantouvalou, Virginia, *Debating Social Rights*, (Hart Publishing), 2011, pp. 57-64. Gearty, además, propone seis críticas adicionales a la judicialización de derechos sociales, tales como el carácter individualista del discurso judicial sobre los derechos, que los jueces pueden perjudicar en lugar de reforzar los derechos, o que los recursos políticos y materiales de los activistas se desvían a medios de acción menos efectivos.

19 Para una visión crítica respecto del informe, véase Klug, Francesca y Williams, Amy, “The Choice Before Us? The Report of the Commission on a Bill of Rights”, en *Public Law*, 2013, p. 460.

considerablemente menos profunda que en los otros dos informes. No se realizó un análisis de modelos comparados ni se examinaron las tradicionales objeciones a la incorporación de este tipo de derechos. La conclusión tampoco fue tan rotunda como la del informe de 2008. La mayoría de los miembros de la Comisión manifestó dudas sobre la incorporación de derechos económico sociales en una declaración de derechos, pues muchas de las decisiones relativas a estos derechos implicarían la asignación de recursos escasos²⁰. Así, la mayoría afirmó que era mejor que ese tipo de decisiones fueran tomadas por otros órganos de gobierno, que se encontraban en mejor posición que la judicatura para adoptarlas y que debían rendir cuenta respecto de ellas.

Mirados en conjunto, estos informes ofrecen una interesante pluralidad de posturas, a veces sutilmente divergentes entre sí. Como uno de ellos señala, las posiciones respecto de esta materia suelen adoptarse en línea con posturas político partidistas. Pero los matices también reflejan la complejidad del asunto. Varios de los argumentos y antecedentes revisados en estos informes pueden ser útiles para la discusión chilena y facilitar un entendimiento político y técnico jurídico.

La polémica sobre el rol de los derechos humanos en el Reino Unido no ha concluido. El actual gobierno conservador/liberal demócrata y particularmente los medios de comunicación que lo apoyan, están más interesados en eliminar derechos que en incorporar nuevos, como los sociales. Además, en los últimos años, el gobierno ha implementado una agresiva política de recortes presupuestarios dirigidos a las prestaciones sociales. Hasta cierto punto, esto podría poner en jaque nuestra afirmación sobre el compromiso británico respecto de los derechos sociales. Con todo, la profusa discusión doctrinal y la fascinante jurisprudencia judicial en materia de asignación de recursos públicos para políticas sociales ofrecen un panorama más matizado sobre las tendencias de largo plazo respecto de este asunto. Lo mismo sucede con el apoyo de la población a ciertos beneficios del Estado social, tales como el sistema público de salud.

2. Constitucionalización y judicialización

En el debate sobre los derechos sociales existe el riesgo de confundir la discusión sobre el valor de estos con aquella sobre el grado con que deberían ser ju-

20 Commission on a Bill of Rights, *A UK Bill of Rights? The Choice Before Us*, op. cit., p. 152.

dicializados. En efecto, no es infrecuente escuchar ataques a la judicialización basados en la inferior jerarquía o menor valor político de los derechos sociales en comparación a los derechos civiles y políticos. Mezclar ambas discusiones, sin embargo, enrarece y empobrece el diálogo, e impide encontrar instancias de acuerdo.

En esta parte se discutirá una primera lección que es posible extraer del debate británico, que consiste en aquilatar la importancia de separar la cuestión relativa al valor de los derechos sociales, en cuanto derechos humanos, de la controversia sobre el rol que le cabe a los tribunales en su desarrollo. Mediante esta distinción, será posible discutir con más claridad sobre la mejor forma de reconocer –en nuestro arreglo constitucional– un compromiso político con los derechos sociales. Además, ello permitirá desenmascarar a quienes atacan el valor político de los derechos sociales por la vía de discutir el complejo problema de su judicialización. En concreto, nuestro argumento es que, a pesar de que puedan existir desacuerdos respecto del grado de judicialización de este asunto, existe mucho menos controversia respecto a que la constitucionalización de los derechos sociales es una manera correcta para formalizar un compromiso político respecto de ellos.

Conor Gearty, profesor de la London School of Economics y connotado crítico de la legalización del discurso de derechos sociales en el Reino Unido, sintetiza en un reciente libro su ataque, desde una posición progresista, a la judicialización de los derechos sociales²¹. Su postura se basa en tres aspectos: la idea de derechos sociales es valiosa en sí misma; el valor de los derechos sociales descansa principalmente en el ámbito político; y la manera menos efectiva de asegurar estos derechos es concentrándose en los procedimientos jurídicos, siendo su constitucionalización una alternativa especialmente desastrosa²².

Da la impresión que Gearty contradice nuestra afirmación en cuanto a que una de las lecciones del debate británico es que constitucionalización y judicialización son dos cosas distintas. En efecto, él sostiene enfáticamente que la constitucionalización es muy problemática. Sin embargo, a medida que el argumento de Gearty se despliega su posición adquiere un perfil menos radical. Por eso, se hace necesario examinarlo más profundamente.

En primer lugar, la posición de Gearty no relativiza el valor de los derechos sociales. En efecto, este autor no otorga prioridad a los derechos civiles y po-

21 Gearty y Mantouvalou, *op. cit.*

22 *Ibíd.*, p. 1.

líticos respecto a los derechos sociales. De hecho, no distingue tajantemente entre unos y otros. Por ejemplo, afirma que existen diferentes convenciones internacionales respecto de estos derechos por razones meramente geopolíticas, no como consecuencia de un análisis razonado²³. Por el contrario, Gearty funda su idea de derechos humanos en ciertos principios y valores sustantivos. Todos los derechos –en su opinión– son instrumentales en la consecución de estos principios y valores que están últimamente vinculados con la idea de preocupación por otros. Es más, su preferencia respecto del uso del proceso político, en lugar de la estrategia jurídica, se aplica tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos sociales. Al respecto, Gearty sostiene que “la mejor manera de insertar los derechos humanos en general (y los derechos sociales en particular) en una cultura dada es a través del proceso político”²⁴. De esta manera, no existen diferencias políticamente significativas entre “categorías” de derechos.

En segundo lugar, si bien al inicio de su exposición Gearty califica la constitucionalización de los derechos sociales como algo desastroso, luego relativiza esta afirmación de manera importante, afirmando que no habría objeciones a introducir declaraciones generales de derechos sociales en la constitución en la medida que ellas no sean judicializables. En su opinión, los derechos sociales constitucionalizados deben ser guías de futuras conductas correctas en lugar de títulos cuyo cumplimiento los afectados puedan exigir a los tribunales. Gearty sugiere que el lenguaje en que los derechos deberían plasmarse debe ser muy general, sin ningún grado de especificidad acerca de cómo los compromisos se llevarán a cabo en la práctica²⁵. Según este autor, excluir a los tribunales como mecanismo primario de desarrollo de los derechos sociales permitiría prescindir de la necesidad de dar detalles para tratar de anticipar los análisis literales típicos en los procedimientos judiciales adversariales. Gearty indica dos ejemplos de constitucionalización de derechos sociales de esta manera “política” y “no problemática”: los de India e Irlanda, en donde estos derechos se introdujeron en la sección relativa a los principios directivos de la política estatal²⁶.

Para Gearty los mecanismos jurídicos tienen un rol respecto de los derechos sociales. Afirma que “estar en contra de derechos sociales justiciables no

23 *Ibíd.*, p 17.

24 *Ibíd.*, p. 22.

25 *Ibíd.*, p. 27 y ss.

26 *Ibíd.*, pp. 56-57.

es estar en contra de los derechos sociales ni tampoco en contra de su juridificación; más bien consiste en mantener la postura de que convertir a los jueces en los proveedores primarios de derechos sociales es peligroso y, en efecto, una medida contraproducente”²⁷. Añade que la propia jurisprudencia británica muestra que es factible e, incluso, en ocasiones, exigible que los jueces se involucren en la provisión de derechos sociales, siempre que lo hagan como actores secundarios. Sostiene que, ciertamente, los jueces no deben ser quienes le den contenido a derechos sociales redactados en forma genérica para, luego, imponer deberes a los otros poderes públicos. No obstante, reconoce que ellos deben jugar un rol en hacer cumplir los compromisos que el Estado ha adoptado a través de legislación y políticas específicas.

En suma, es importante destacar que la crítica de Gearty –a diferencia de algunos autores chilenos– no se dirige a la idea de derechos sociales, sino a una estrategia de judicialización de ellos. Este autor no considera a estos derechos como de un rango inferior, no excluye toda forma de constitucionalización, ni se opone a toda intervención judicial. Respalda constitucionalizar los derechos sociales, pero explícitamente como mandatos de acción política para el Parlamento y el ejecutivo. Estas instituciones serían las primeras encomendadas a realizar progresivamente estos derechos, mientras que los jueces cumplirían un rol secundario fiscalizando que las autoridades políticas cumplan sus responsabilidades en esta materia.

3. “Sin constitucionalización, no hay litigación sobre derechos sociales”

Una posición escéptica respecto de los derechos sociales podría sostener que constitucionalizar derechos sociales es inconveniente porque provoca que los jueces intervengan en asuntos que deberían ser dejados a los órganos políticos. Además, se podría afirmar que los jueces no tienen herramientas técnicas para lidiar con casos que involucren asignaciones de recursos, como típicamente lo son aquellos relativos a derechos sociales. La experiencia jurisprudencial británica, no obstante, muestra que ambos argumentos deben ser tomados con considerable cautela.

En esta sección se describirá cómo en el Reino Unido se han presentado variados casos de derechos sociales sin mediar ningún tipo de constituciona-

²⁷ *Ibíd.*, p. 55 y ss.

lización y que los jueces han resuelto razonablemente bien empleando simplemente herramientas tradicionales de derecho público. Sin ánimo de ser exhaustivo, he agrupado los casos en cinco categorías. Los primeros ilustran el alcance del principio de no justiciabilidad respecto de decisiones discrecionales sobre asignación de recursos. A continuación, se tratan casos en que existe un mandato legal de acción expreso, pero en que los recursos disponibles son escasos. Enseguida, se revisan aquellos en que se discuten leyes que han impuesto un objetivo genérico a la Administración (*target duties*). Luego, casos en donde se han litigado derechos sociales a través de derechos civiles; por ejemplo, reclamando el acceso a la vivienda por la vía de invocar el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. El último grupo se refiere a los interesantes casos en donde se litiga en contra de recortes presupuestarios invocando el deber de consulta y las llamadas *public sector equality duties*.

3.1 Decisiones discrecionales respecto a la asignación de recursos y no justiciabilidad

En el Reino Unido parece existir un principio general de “no justiciabilidad” de acuerdo al cual, si se impugna una decisión discrecional de la autoridad respecto de la asignación de recursos, los jueces no pueden intervenir. Jeff King señala que este principio se manifiesta en casos en que el costo de la política ha sido una preocupación relevante y explícita en la decisión de la autoridad bajo escrutinio judicial²⁸. En tal sentido, son casos de decisiones sobre “asignación de recursos”. Por ejemplo, en *R. vs. Cambridge Health Authority, ex p. B.* (1995), un padre impugnó la decisión de la autoridad de salud de denegar a su hija de nueve años un tratamiento para el cáncer que podría salvar su vida. Ilustrativamente, un juez sostuvo que, para asignar un presupuesto reducido para la máxima ventaja del mayor número de pacientes, debían formularse juicios difíciles y dolorosos que una Corte no está en condiciones de examinar. En el caso *R. vs. Secretary of State for Health, ex p. Pfizer* (1999), la *Court of Appeals* rechazó la impugnación de una compañía en contra de la clasificación de la droga Viagra como un medicamento respecto del cual el sistema público de salud (NHS) ofrecía cobertura solo para una limitada clase de pacientes.

²⁸ King, Jeff, “The Justiciability of Resource Allocation”, en *Modern Law Review*, N° 70 (2), 2007, pp. 197-224. Para las referencias a los casos que se discuten a continuación, además del trabajo recién citado, se ha consultado Craig, op. cit.; Gearty y Mantouvalou, op. cit.; y King, *Judging Social Rights*, (Cambridge University Press), 2012.

Por el contrario, el principio de no justiciabilidad no sería aplicable a casos en los que los recursos disponibles no fueron relevantes al momento de tomar la decisión administrativa. Lo anterior es ilustrado por el caso *R. (on the application of Anne Marie Rogers) vs. Swindon NHS Primary Care Trust, and Secretary of State for Health* (2006). En este caso se examinó la racionalidad de una política de financiamiento de la droga para el cáncer de mama, *Herceptin*. El Servicio de Atención Primaria demandado había decidido que, dado que la droga todavía no obtenía la licencia sanitaria respectiva, rechazaría financiar tratamientos basados en ella, excepto en casos excepcionales. Pero la entidad pública no tenía un criterio objetivo para otorgar el financiamiento. A esto se sumaba que el financiamiento de esta droga no seguía una política uniforme en las diferentes regiones del país, pues los distintos servicios locales establecieron variadas condiciones para entregarla. La *Court of Appeals* consideró que una política de financiamiento de esa droga en casos excepcionales solo sería legal en caso de que la autoridad tuviera una idea de qué constituía un caso excepcional. Dado que esta condición no se cumplía, la Corte anuló la decisión de la autoridad de salud de no financiar la droga para la demandante, quien alegaba que su derecho a la vida estaba en juego. Sin referirse al contenido del derecho a la vida o a la salud, la Corte fundó su sentencia en que la decisión administrativa carecía de fundamento racional.

Otro supuesto en que surgen excepciones a la no justiciabilidad basada en que la decisión pública ha implicado una asignación discrecional de recursos se refiere a las “legítimas expectativas sustantivas”. Un célebre ejemplo de ello es el caso *R. vs. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan* (1999). La demandante sufrió un accidente de tránsito muy grave en 1971. A partir de entonces, recibió cuidados en el hospital de Newcourt. Dado que el hospital no era adecuado para el moderno tipo de atenciones requeridas, la demandante y otros pacientes fueron reasentados en Mardon House en 1993. La autoridad convenció a los pacientes de la conveniencia del cambio, indicándoles que su destino sería más apropiado a sus necesidades. Los pacientes confiaron en un compromiso expreso de que ellos podrían vivir ahí “por todo el tiempo que ellos desearan”. En 1998, sin embargo, la autoridad decidió cerrar Mardon House y transferir a los pacientes a otras dependencias. En estas circunstancias, la demandante impugnó la decisión por implicar una ruptura de la promesa de que ella tendría un hogar de por vida. La *Court of Appeals* resolvió que la promesa era vinculante para la autoridad en las específicas circunstancias del caso. En concreto, la Corte consideró la importancia del com-

promiso para la demandante, que la promesa tenía limitados destinatarios y que las consecuencias no significaban un alto impacto económico.

De lo anterior se deduce que el principio de no justiciabilidad excluye a los tribunales respecto de decisiones públicas adoptadas explícitamente tomando en cuenta los recursos disponibles. Muchas decisiones en torno a derechos sociales tienen estas características. Pero este principio no excluye la revisión judicial respecto de la racionalidad de una decisión, ni respecto del cumplimiento de compromisos expresos a favor del afectado.

3.2 Mandatos legales y recursos escasos

En varios casos se ha presentado la cuestión de si una autoridad local está autorizada a tomar en cuenta la escasez de recursos a la hora de decidir cómo cumplir los deberes que le ha impuesto un estatuto legal específico.

En *R. vs. Gloucestershire County Council ex p. Barry* (1997), la *House of Lords* –actualmente *UK Supreme Court*– analizó si la disponibilidad presupuestaria podría ser tomada en cuenta al aplicar la Ley sobre Personas Crónicamente Enfermas y Discapacitadas de 1970. Esta ley establecía que, si la autoridad local consideraba que era necesario hacer arreglos para satisfacer las necesidades de una persona crónicamente enferma o discapacitada, entonces era su deber hacer tales arreglos. El demandante disfrutaba de servicios de limpieza y lavandería de acuerdo a la ley mencionada, hasta que la autoridad local retiró tales servicios debido a los recortes presupuestarios ordenados por el gobierno central. Rechazando la demanda, la mayoría de la *House of Lords* sostuvo que las necesidades de las personas en cuestión no podían ser prudentemente evaluadas sin tener en cuenta los costos de proporcionar los servicios respectivos. Así, la Corte envió la señal de que las entidades locales podían comenzar a restringir prestaciones aparentemente obligatorias por razones presupuestarias.

Un asunto similar, pero con un resultado distinto, se planteó un año más tarde en *R. vs. East Sussex County Council ex p. Tandy* (1998). En este caso se discutió si la autoridad podía considerar la disponibilidad financiera a fin de definir en qué consistía una “educación adecuada” para los propósitos de la Ley de Educación de 1993. La demandante era una menor de edad enferma que no podía asistir a la escuela, por lo que requería financiamiento público para sus clases particulares. Tras años de otorgarle financiamiento, la autoridad local lo redujo considerablemente por razones presupuestarias. La *House of Lords* decidió que la pregunta respecto de la “educación adecuada” debía

ser determinada solo con referencia a consideraciones educacionales, en el sentido que la educación fuera eficiente y adecuada para la edad y capacidad de la menor. Consideraciones presupuestarias no eran relevantes para esta determinación, aunque fueran de relevancia al momento de elegir entre diferentes maneras de proveer el servicio respectivo. Contrastando este caso con el anterior, uno de los jueces sostuvo que la Ley sobre Educación imponía una obligación inmediata para hacer los arreglos necesarios para una “educación adecuada”, lo que estaba definido por criterios objetivos, mientras que la Ley sobre enfermos crónicos o discapacitados no proveía guías respecto de cómo las necesidades del beneficiario debían ser satisfechas.

Más allá de la disparidad de los resultados, el elemento en común en la solución de ambos casos es que, para adoptar su decisión, los jueces examinaron cuidadosamente el mandato del Parlamento a la entidad administrativa correspondiente.

3.3 *Target duties*

Una noción muy relevante en la jurisprudencia británica sobre derechos sociales es la de *target duties*, que hace referencia a deberes de la administración de alcanzar una meta. Este concepto se elaboró en 1990 en el caso *R. vs. Inner London Education Authority, ex p. Ali*. Se trata de deberes legales, impuestos sobre una autoridad pública, redactados en términos muy amplios y generales, que son normalmente considerados por las Cortes como no exigibles por los individuos. En el caso *ex parte Ali*, el deber en cuestión estaba establecido por la Ley de Educación de 1944, que ordenaba a cada autoridad local de educación garantizar que habría suficientes escuelas primarias disponibles para el área respectiva. Aplicando la idea de *target duties*, la Corte consideró que esta obligación legal no era exigible por los afectados a través de litigación. Así, esta doctrina requiere que la Corte, al momento de decidir si entregar protección al interesado o no, atienda al grado de discrecionalidad otorgado a la autoridad administrativa y a la disponibilidad presupuestaria.

El alcance de estos deberes fue examinado nuevamente en *R. (G.) vs. Barnett LBC* (2003). En ese caso estaba bajo escrutinio la Ley de Niños de 1989, que establecía que las autoridades locales tenían la obligación de resguardar y promover el bienestar de los niños necesitados dentro de su área. El demandante consideró que esta norma imponía un deber exigible sobre la autoridad local, que la obligaba a evaluar las carencias de un niño en situación necesitada, y a proporcionar alojamiento para el menor de acuerdo a la evaluación

respectiva. Interpretando la norma de acuerdo a su posición sistemática en la ley, la Corte sostuvo que ella se refería a los principios generales y que no estaba diseñada para conferir derechos absolutos a los individuos.

Así, la idea de *target duties* restringe considerablemente el nivel de escrutinio con que los tribunales pueden involucrarse en casos de derechos sociales.

3.4 Derechos sociales contruidos a través de derechos civiles

Existen casos en que los derechos sociales son interpretados a partir de derechos civiles y políticos garantizados en la Convención Europea de Derechos Humanos²⁹.

Un ejemplo se relaciona con el derecho a un debido proceso y a ser juzgado por un tribunal imparcial e independiente en la determinación de derechos y obligaciones civiles (art. 6° CEDH). En *Begum (Runa) vs. Tower Hamlets LBC* (2003), la demandante rechazó la oferta de alojamiento de la autoridad local, afirmando que el área en que se ubicaba la vivienda estaba infestada de drogas y racismo, y que su ex marido, quien podía ser peligroso, vivía en las inmediaciones. En tales circunstancias, el municipio consideró que ella estaba “intencionalmente sin casa” y, por tanto, no tenía derecho a alojamiento municipal. Dado que se contemplaba un reclamo judicial meramente respecto de aspectos jurídicos, el sustento fáctico del caso se consideró inapelable. La demandante, entonces, reclamó que el procedimiento vulneraba su derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial e independiente. La *Court of Appeals* estuvo de acuerdo con ella. Sostuvo que, aunque la autoridad poseía discrecionalidad, la interesada tenía un “derecho civil” de acuerdo a la legislación sobre viviendas, para los efectos del artículo 6° de la Convención. Y decidió que, para determinar este derecho, la demandante debía poder acceder a más que a una mera revisión interna por parte de la autoridad administrativa. A pesar de aceptar la existencia de un “derecho civil” en el sentido de la Convención, la *House of Lords* revocó esa sentencia afirmando que la exigencia de una determinación independiente e imparcial se satisfacía con un procedimiento compuesto de una decisión administrativa junto con la existencia de revisión judicial posterior.

En el caso *R. (on the application of Limbuela, Tesema and Adam) vs. Secretary of State for the Home Department* (2005) los demandantes, solicitantes de refugio en condiciones de indigencia, impugnaban la decisión de retirar ayuda estatal, tal como comida y abrigo, a quienes solicitaban asilo fuera de

29 Gearty y Mantouvalou, op. cit., p. 115.

plazo. Sostenían que el retiro de la ayuda les provocaría extrema carestía, lo que hubiera sido incompatible con la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes prevista en la Convención. La *House of Lords* sostuvo que lo extremo de las circunstancias había alcanzado el mínimo grado de severidad exigido para que se aplicara la norma. Así, en opinión de la Corte, la extrema privación socioeconómica en este caso constituía una vulneración de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Así, aunque con distintos niveles de éxito, derechos civiles tales como el derecho a un tribunal imparcial y la prohibición de trato cruel, inhumano y degradante, entre otros, han sido invocados para llevar a los tribunales reclamos sobre derechos sociales.

3.5 Litigando los recortes presupuestarios

Concluiremos esta somera revisión de jurisprudencia aludiendo a casos en los cuales se ha litigado respecto de los recientes recortes presupuestarios³⁰. Para estos fines se han utilizado dos herramientas legales: el deber de consultar antes de implementar una política (*consultation*) y los deberes de tener en cuenta el impacto de una política en grupos vulnerables (*public sector equality duties*). Ambas están estrechamente relacionadas con la forma en que opera el derecho administrativo anglosajón, que se concentra en las garantías procedimentales o formales más que en la sustancia de la decisión administrativa.

En *R. (Luton BC) vs. Secretary of State for Education* (2011), una serie de autoridades locales impugnaron la decisión del Secretario de Estado para la Educación de paralizar el financiamiento de una política de reconstrucción de escuelas. Tal política, implementada inicialmente por el anterior gobierno laborista, había sido duramente criticada y, luego, interrumpida por la nueva coalición de gobierno. Una particularidad del caso fue que los municipios reclamantes ya habían terminado el procedimiento de contratación administrativa. La Corte sostuvo que la decisión había sido ilegal, entre otras razones, por haber afectado a las autoridades reclamantes sin la debida consulta previa. Esto constituiría un abuso de procedimiento dado lo avanzado del trámite de contratación. Asimismo, se sostuvo que el Secretario de Estado había vulnera-

³⁰ Ha existido una interesante litigación respecto de los recortes. Dar cuenta de los casos recientes excedería el alcance de este artículo. En general, parece que el gobierno ha sido relativamente exitoso en mantener a los tribunales fuera de su ámbito de acción. Véase, por ejemplo, *The Guardian*, *Welfare reforms survive court challenges on bedroom tax and cap*, disponible en <http://www.theguardian.com/politics/2014/feb/21/welfare-reforms-appeal-challenges-benefits-cap-bedroom-tax> (consultado el 21 de enero de 2014).

do sus deberes concernientes a la legislación antidiscriminación, por cuanto la política fue anunciada e implementada sin tener en absoluto en cuenta eventuales problemas para grupos vulnerables como mujeres, discapacitados o minorías raciales. En consecuencia, se exigió a este reconsiderar su decisión teniendo en cuenta todos estos aspectos relativos al trámite de consulta y a la legislación antidiscriminación.

En *R. (Bailey) vs. Brent LBC* (2011) un concejo municipal había decidido cerrar 6 de 12 bibliotecas públicas para hacer frente a los recortes presupuestarios anunciados. Entre otras razones, se impugnó la decisión por haber infringido la *Equality Act* al no haber tenido debidamente en cuenta, al inicio del proceso de toma de decisiones, la necesidad de combatir la discriminación racial. Ello era relevante porque el 46% de los usuarios de las bibliotecas eran asiáticos, a pesar de que esa población correspondía a solo un 28% de los vecinos del municipio. Por ello, la comunidad asiática –una minoría racial– sería la más afectada por la política del cierre de bibliotecas. El juez que revisó el caso sostuvo que la autoridad no había infringido sus deberes antidiscriminación ya que se había efectuado una evaluación de impacto informada y acuciosa, y que en ella no había surgido el riesgo de discriminación en contra de la comunidad asiática.

Por último, en *R. (McDonald) vs. Kensington and Chelsea* (2011) se impugnó la decisión de reducir los servicios que prestaba un municipio en favor de una anciana. La demandante, de 67 años, había sufrido un infarto en 1999 y necesitaba ayuda para vivir en su propio hogar. Tenía problemas de movilidad y de control de esfínter, debiendo ir al baño frecuentemente durante las noches. Adicionalmente, en 2008, sufrió una fractura de cadera. Tomando esto en consideración, el municipio decidió que la demandante era elegible para obtener servicios que satisficieran sus necesidades. Al comienzo se le proporcionó un cuidador puertas adentro por la semana completa; más adelante la municipalidad decidió cambiar el servicio. Ahora suministraría a la interesada pañales para adulto y reduciría el cuidador a solo cuatro noches, obteniendo ahorros significativos. Uno de los alegatos de la demandante se basaba en una supuesta infracción de los *public sector equality duties*, en razón de su discapacidad, ya que la autoridad había omitido dicho antecedente en la documentación presentada ante la Corte. En una polémica decisión, la *House of Lords* rechazó la demanda respaldando la facultad de la municipalidad de modificar su plan de cuidados, dado que existía una alternativa adecuada a las necesidades de la interesada, pero más económica. Además, sostuvo que,

dado que se trataba de un beneficio previsto en la legislación sobre discapacidad, no era necesario que la autoridad se refiriera expresamente a la invalidez de la demandante.

3.6 Observaciones sobre la jurisprudencia analizada

En suma, la breve revisión anterior muestra que los casos relativos a derechos sociales se presentan incluso sin que exista un catálogo de derechos que los contemple. Además, la jurisprudencia sugiere que la judicatura tiene un rol que cumplir respecto de los derechos sociales, aunque este sea relativamente modesto. Los resultados de los casos muestran que las Cortes británicas suelen enfocarse en el respeto de garantías procedimentales típicas del Derecho administrativo y tienden a ser respetuosas de la manera en que la legislación ha encomendado tareas a la Administración pública para satisfacer derechos sociales.

Teniendo en consideración casos como los revisados en esta sección, se ha argumentado en favor de la intervención judicial en materia de derechos sociales, pero operando de una manera “incremental” y teniendo en cuenta ciertos “principios de contención”, basados en legitimidad democrática, policentrismo, experticia y flexibilidad³¹. Estos principios pueden guiar la acción de tribunales que sean conscientes de su limitada competencia institucional. Por ejemplo, estos tienen buenas razones para intervenir protegiendo a grupos particularmente vulnerables a sufrir prejuicios o desatención por parte de las mayorías. Asimismo, los jueces deben ser cautelosos respecto de las medidas de protección que otorguen en caso de acoger una demanda, las que pueden tener consecuencias desconocidas o imprevistas respecto de otros asuntos (policentrismo). La intervención judicial se justificaría particularmente en caso de una autoridad técnica que rechace aplicar su experticia o cuando su decisión contradiga evidencia científica establecida. Por último, desde este punto de vista, se debiera evitar que las sentencias provoquen inflexibilidad para la Administración o la legislación que haga más difícil realizar los derechos sociales en el futuro.

³¹ King, *Judging Social Rights*, op. cit. Puede consultarse mi breve recensión en Jiménez, Guillermo, “King, Jeff, *judging Social Rights*, Cambridge University Press, 2012”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 41 (1), 2014.

4. Conclusiones

Este trabajo ha efectuado un recorrido panorámico por la discusión contemporánea sobre la constitucionalización de los derechos sociales en el Reino Unido. El objetivo ha sido evaluar experiencia comparada para iluminar nuestro próximo debate constitucional. Nos hemos detenido en recientes informes de comisiones especiales que han analizado con considerable detalle este tema, examinando los principales obstáculos que la constitucionalización debería superar, incluso proponiendo alternativas. También hemos apreciado brevemente una interesante aproximación al tema desde la academia. En efecto, el trabajo de Conor Gearty, connotado autor crítico de la judicialización, permite deducir que un debate respecto de los derechos sociales debería reconocer que ellos son valores políticos de primera importancia. Curiosamente, tanto de los informes de Comité del Parlamento británico como del trabajo de Gearty se puede concluir que una redacción cuidadosa puede contribuir a solucionar algunos de los problemas que provoca la constitucionalización de los derechos sociales.

También han sido descritos una serie de casos británicos relativos a derechos sociales. Los resultados de estos casos son, por supuesto, diversos. En algunos las Cortes rechazaron demandas que pedían una intervención judicial agresiva y, en otros, intervinieron anulando decisiones públicas o exigiendo que la autoridad respectiva reconsiderara su decisión. Es interesante que varios de los mecanismos empleados por las Cortes no son ajenos a las más tradicionales técnicas de derecho público. Por ejemplo, los tribunales se han concentrado en los términos en que una materia fue delegada a la Administración por parte del Parlamento, han efectuado controles formales respecto de las razones invocadas por la autoridad o han indagado si los afectados fueron consultados. Claramente, de la revisión de esta jurisprudencia es posible concluir que los tribunales toman decisiones en torno a los derechos sociales, incluso si estos no han sido formalizados en catálogos de derechos. También se puede afirmar que, si el sistema legal respectivo ha elaborado técnicas legales reflexivas, los jueces pueden tomar decisiones prudentes.

En general, en el Reino Unido pareciera existir una razonable distribución del trabajo entre los distintos actores institucionales –Parlamento, Administración y Judicatura– dentro de un contexto de respeto por el valor político de los derechos sociales. En nuestra opinión, esto no quiere decir que no constitucionalizar derechos sociales sea la mejor solución. Al contrario, la experien-

cia británica sugiere que existe un espacio para introducir derechos sociales constitucionales sin incurrir en los riesgos de una judicialización desatada. Por lo demás, todo pareciera indicar que los casos igualmente llegarán a las Cortes. El desafío consiste en que los jueces y otros actores políticos y jurídicos tengan las herramientas necesarias para lidiar correctamente con este problema.

Salvo que se tenga una oposición política a los derechos sociales (lo que debería explicitarse, si fuera el caso), el esfuerzo debe concentrarse en refinar las tal vez humildes herramientas jurídicas que deben existir en un contexto de Estado social y democrático de derecho, como al que aspira la mayoría de la sociedad chilena.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE

Humberto Nogueira Alcalá¹

Resumen

El presente trabajo busca presentar el panorama normativo de los derechos económicos, sociales y culturales en atención al principio *favor persona*, su caracterización además de sus garantías tanto normativas constitucionales como aquellas interpretativas. En síntesis, las presentes líneas dan cuenta de los mecanismos de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

1. La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales

Los *derechos económicos, sociales y culturales* conforman, junto con los *derechos individuales y políticos*, los soportes básicos del *sistema de derechos fundamentales*, tanto en nuestra Carta Fundamental como en el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto constituyen derivaciones de la *dignidad intrínseca de la persona humana* y todos dichos derechos se fundamentan en ella.

Así lo afirma nuestra Constitución en el primer inciso del artículo 1°: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El inciso 3° del mismo artículo agrega. “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las

¹ El autor es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Miembro Asociado de Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.

condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

A su vez, el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental determina: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La dignidad del ser humano es el fundamento de los derechos humanos también en la perspectiva del derecho internacional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo, afirma que: “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas determina que:

Los Estados partes en el presente Pacto,
Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,
Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,
Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,
Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,
Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa:

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

En el mismo sentido se expresa la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, la que explicita en su preámbulo:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Podemos afirmar entonces que el fundamento y base de todos los derechos se encuentra en la *dignidad de la persona humana*, como lo reconoce nuestra Constitución y los instrumentos internacionales fundamentales del sistema de Naciones Unidas y del ámbito regional americano.

Concordamos con Ingo Wolfgang Sarlet, quien sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida².

² Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7ª ed. revisada y actualizada, (Livraria Do Advogado), 2009, p. 67. (Traducción propia).

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en una clara y sostenida línea jurisprudencial:

Trigésimo: Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;

Trigésimo primero: Que estos principios y valores, como ya se recordó –y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6° de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo–, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;

Trigésimo segundo: Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema [...]³.

Ello se reitera en términos similares por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol 1.218 de 2009:

³ Tribunal Constitucional, Rol 943, sentencia de fecha 10 de junio de 2008, considerandos 30 al 32.

17°. Que de la dignidad, que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;

18°. Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que, si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;

19°. Que, con sujeción al artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu, para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía⁴.

2. La indivisibilidad e interdependencia de los derechos

En este plano son relevantes las afirmaciones realizadas por los órganos de Naciones Unidas. En la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, ya se proclamó la *indivisibilidad e interdependencia de los derechos huma-*

4 Tribunal Constitucional, Rol 1.218, sentencia del 7 de julio de 2009, considerandos 17, 18 y 19.

nos, precisando “que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales”⁵.

A su vez, la Asamblea General de Naciones Unidas, en la Resolución 32/130 del 16 de diciembre de 1977, determinó que:

- a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales *son indivisibles e interdependientes*, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social, como lo reconoce en la proclamación de Teherán de 1968⁶.

A su vez, como señala Afonso Da Silva, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de junio de 1993, en la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, se determina, en su artículo 5º: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, además los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁷.

5 Ver Cançado Trindade, António, “Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Estudios básicos de derechos humanos*, I, (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), 1994, p. 39 y ss.

6 Casal, Jesús María, “La protección internacional y constitucional de los derechos sociales”, en Casal, Jesús María, Arismendi, Alfredo y Carrillo, Carlos Luis (coords.), *Tendencias actuales del derecho constitucional*, Homenaje a Jesús María Casal Montbrun, Tomo II, (Ed. Universidad central de Venezuela - Universidad Católica Andrés Bello), 2007, p. 11.

7 Afonso Da Silva, José, “Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira”, en Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (coords.), *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica*, (Ed. Universidad Nacional de San Marcos - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana)), 2002, pp. 158-159.

Como establece la Declaración de Quito del 24 de julio de 1998 en su preámbulo “[...] los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo Facultativo de San Salvador”.

Dicha Declaración de Quito, en sus principios generales, nos recuerda que:

13. La fuente de todos los derechos humanos es la dignidad humana. La democracia, la justicia, la paz, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente.

14. Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que los derechos civiles y políticos.

15. El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de los derechos civiles y políticos sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales.

A su vez, no hay en el texto de nuestra Carta Fundamental ningún precepto que permita sostener jurídicamente una cosa distinta a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 19 de la *Constitución asegura todos los derechos en una sola disposición, a través de sus 26 numerales*, a diferencia de algunas otras Cartas Fundamentales que distinguen el estatus jurídico de los derechos por darles un tratamiento en diversas disposiciones. La Carta Fundamental no podría hacer otra cosa conforme a su artículo 1° y 5° inciso 2°, teniendo este último el carácter de norma de reenvío al derecho internacional de los derechos humanos, y al establecer este último que los derechos que los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar *son derechos esenciales*

que derivan de la dignidad humana, como ya hemos podido verificar en sus preámbulos.

No es posible hacer una nítida diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales, en virtud de su indivisibilidad e interrelación. Así lo ha sostenido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al realizar el análisis del artículo 19 de ella, referente a los derechos del niño, precisando:

En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales, que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de los niños⁸.

El Tribunal Constitucional ha hecho suya esta perspectiva de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales en diversas sentencias, de las cuales rescatamos al efecto el siguiente considerando:

OCTOGÉSIMO OCTAVO: Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1.273 (cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados “no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no pue-

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), Caso Instituto de reeducación del menor contra Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 149.

de apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales” (considerando cuadragésimo séptimo) [...]º.

3. La doble fuente de los derechos fundamentales y el principio favor persona

La Constitución vigente, en su artículo 5º, inciso 2º, determina: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

La Carta Fundamental reconoce que la potestad estatal en su ejercicio acepta como limitación *el respeto*, vale decir, la obligación jurídica del Estado y sus órganos, autoridades y funcionarios, como de los particulares, de no vulnerar, perturbar o amenazar con sus normas y actuaciones *ningún derecho esencial de la persona* humana, los cuales *se aseguran en forma no taxativa por el texto constitucional*, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, y como asimismo se aseguran por el derecho internacional de los derechos humanos en su triple fuente de *ius cogens*, derecho consuetudinario y derecho convencional. La actuación del Estado y sus órganos tiene una segunda obligación jurídico constitucional que es la de *promover tales derechos*, lo que implica realizar todas las acciones que estén dentro de las competencias de cada órgano y autoridad para hacer efectivos y eficaces tales derechos y que ellos puedan ser ejercidos en forma efectiva por las personas.

A su vez, la reforma de 1989 al artículo 5º, inciso 2º, agregó la segunda oración del inciso para *dotar de seguridad jurídica a los derechos esenciales contenidos en el derecho convencional internacional ratificado por Chile y vigente*, constituyendo el deber jurídico constitucional de todos los órganos y autoridades del Estado de: “respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La Constitución chilena vigente fue una de las primeras en América Latina en establecer *el respeto y promoción de los derechos esenciales contenidos en la*

9 Tribunal Constitucional Rol 1.710, sentencia del 6 de agosto de 2010, considerando 88.

fuerza constitucional y en la fuerza convencional internacional, permitiendo una *retroalimentación entre ambas* que, conforme al artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el artículo 29 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *debe concretarse conforme al principio pro homine o favor persona* como directriz interpretativa¹⁰ y como directriz normativa¹¹.

Dicha perspectiva se encuentra actualmente asumida en términos explícitos en el constitucionalismo latinoamericano por las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008, de Bolivia de 2009, de República Dominicana de 2010 y por la reforma constitucional de México al artículo 1° de la Constitución de 2011.

4. Hacia un concepto unitario de derechos fundamentales de doble fuente

Por regla general, en una perspectiva tradicional, el concepto de derechos fundamentales se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica, sin perjuicio de considerar los derechos implícitos o no enumerados. A su vez, el vocablo derechos humanos ha sido utilizado tradicionalmente para identificar los derechos asegurados por las fuentes del derecho internacional.

Consideramos que esta perspectiva ha tendido a superarse en la doctrina y en el derecho positivo, en la medida que, en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, se ha ido desarrollando una tesis de confluencia de los derechos asegurados directamente en la Constitución con los derechos (atributos y garantías de ellos) provenientes de fuente internacional y constitucionalizados por la propia Carta Fundamental, en forma directa o indirecta.

La doctrina constitucional ha empezado a utilizar el concepto *de derechos fundamentales*, abarcando tanto los derechos asegurados en el texto constitucional como los asegurados por el derecho internacional.

¹⁰ Como directriz interpretativa implica utilizar aquella interpretación que otorgue el máximo de potencialidad a los atributos del derecho y sus garantías, como asimismo que a las restricciones de los mismos se les interprete en sentido estricto.

¹¹ Como directriz normativa implica optar por la norma que mejor protege y garantiza el derecho, no importando la jerarquía de la norma protectora, ni si ella es una fuente constitucional o de derecho internacional convencional vigente.

Al efecto, Peter Häberle señala que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”¹².

A su vez, el profesor francés Louis Favoreu considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional”¹³.

En este artículo utilizaremos el concepto de derechos fundamentales como derechos reconocidos y asegurados jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a los Estados y a las personas.

Los *derechos fundamentales* pueden ser conceptualizados así como el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.

Como señalaba Bidart Campos: “La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser –ni debe ser– de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional”¹⁴.

12 Häberle, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (Ed. Universidad Carlos III), 1994, p. 94.

13 Favoreu, Louis, “L’élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, en RFDC, N°4, 1990, p. 581 y ss. Traducción propia.

14 Bidart Campos, Germán, *La interpretación de los derechos humanos*, (Ed. Ediar), 1994, pp. 30-31.

5. Caracterización de los derechos sociales, económicos y culturales

Los derechos sociales constituyen *presupuestos y complementos indivisibles del goce de los derechos individuales*, al constituir condiciones materiales que posibilitan un mejor y más efectivo ejercicio de todas las libertades para todos los seres humanos.

Los *derechos económicos, sociales y culturales* son derechos humanos o fundamentales que implican no solo prestaciones positivas estatales, sino también la ausencia de interferencia arbitraria de terceros, siendo aseguradas y garantizadas por normas constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos, al igual que los derechos civiles y políticos, todos los cuales posibilitan una mejor concreción y realización de la dignidad humana. Como señala Gerardo Pisarello, todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas¹⁵. Todos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía¹⁶. Los derechos sociales no tienen diferencias cualitativas u ontológicas que permitan diferenciarlos de los derechos individuales¹⁷.

No es efectivo que exista una diferencia estructural básica de los derechos sociales respecto de los derechos individuales. Todos los derechos tienen dimensiones prestacionales para el Estado: los derechos individuales requieren de un aparato jurisdiccional, del resguardo de la policía, del Ministerio Público y de diversas otras instituciones que implican gasto público financiado mediante tributos; ello puede verificarse fácilmente con el derecho de propiedad, el que requiere de diversas prestaciones públicas, resguardo policial, sistema jurisdiccional para asegurar y garantizar el derecho, y la creación de registros de propiedad, entre otros aspectos, además del respeto por parte de terceros. Todos los derechos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación. Todos los derechos sin excepción implican bienes públicos y costos públicos.

15 Pisarello, Gerardo, "Vivienda para todos: Un derecho en (de)construcción", en *El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, (Ed. Icaria), 2003, pp. 29-30.

16 Ver, al respecto, Holmes, Stephan y Sumnstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, (W.W. Norton & Company), 1999; Galdino, Flavio, *Introducao a teoria dos custos dos direitos. Direitos nao nascem em arvores*, (Lumen Juris), 2005.

17 Ver Hierro, Liborio, "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en por todos Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2007, pp. 171-198.

Tampoco es efectivo que solo los derechos sociales sean relativos y no puedan exigirse respecto de todos, ya que, en tal perspectiva, los derechos políticos dejarían de ser derechos fundamentales por el hecho de que solo se pueden exigir al Estado del cual se es nacional y ciudadano; los derechos políticos no se ejercen en cualquier Estado en el que en un momento concreto la persona se encuentre. Lo mismo sucede con el derecho a la jurisdicción y otros derechos específicos.

Asimismo todos los derechos tienen el carácter de *prima facie* sin ser definitivos, ya que van teniendo un desarrollo institucional progresivo, como ocurre con derechos individuales como la igualdad ante la ley, el derecho a la vida y el derecho al debido proceso, entre otros, cuyos contenidos y límites evolucionan en el tiempo y también con los cambios culturales.

Los derechos económicos, sociales y culturales son tan importantes como los derechos civiles y políticos, ya que ambos contribuyen a realzar la dignidad humana; al desarrollo de un proyecto de vida digno; a garantizar la paz, la igualdad, la justicia y la libertad; al desarrollo de la democracia y la integración social.

Asimismo, la insuficiente protección o la diversa modalidad de tal protección de los derechos no determina nada respecto de la naturaleza de un derecho fundamental. La protección de un derecho individual como el derecho a la vida es esencialmente preventiva, ya que no tiene protección tal derecho frente a la acción del criminal o frente a un Estado autocrático que asesina impunemente, la vida de la víctima no puede recuperarse, ella solo depende del respeto que le brinde el ordenamiento jurídico y la cultura de los miembros de la sociedad y de la eficacia de la policía. Las diferentes formas de protección de los derechos (preventiva, reparadora, compensadora), como la mayor o menor facilidad de concreción de dicha protección o de su garantía, no hace a la naturaleza del derecho fundamental, ni vuelve a uno de ellos más importante que otro.

No es posible considerar la participación activa e igual de todas las personas en la sociedad sin asegurar y garantizar los derechos sociales fundamentales y un nivel básico de justicia material, los cuales constituyen condiciones esenciales de un auténtico Estado constitucional democrático¹⁸. La afirmación de los derechos sociales fundamentales determina la perspectiva de que los órganos estatales deben desarrollar políticas públicas que contribuyan eficazmente a su

¹⁸ Ver Michelmann, Franck, "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", en Washington University Law Quarterly, Vol. 3, (Washington University Press), 1979, p. 34.

desarrollo; asimismo, los jueces constitucionales deben garantizar el mínimo social especificado por las necesidades básicas aseguradas constitucionalmente, el contenido esencial de cada derecho social fundamental, lo que enmarca la comprensión razonable de la concepción pública de justicia y de una existencia humanamente digna y saludable.

El aseguramiento, garantía y promoción efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales posibilita concretar el mandato contenido en el inciso final del artículo 1° de la Constitución, el cual precisa el deber del Estado de “dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Los derechos sociales fundamentales explícitos están contenidos en el texto constitucional; sus atributos esenciales se complementan con aquellos asegurados por las definiciones y garantías de tales derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos válidamente incorporado y vigente, en la medida que, según el propio derecho internacional, son derivaciones de la dignidad o atributos de la persona humana. A su vez, puede sostenerse la existencia y el deber jurídico de aseguramiento, protección, garantía y promoción de derechos sociales fundamentales implícitos obtenidos por vía de interpretación sistemática con una correcta interpretación y justificación constitucional.

Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos al igual que los derechos individuales, exigibles frente al Estado, sus órganos, autoridades y funcionarios. Asimismo, tienen una fuerza normativa horizontal, determinando la subordinación a ellos también de las relaciones entre privados, como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

53°. Que toda persona, institución o grupo está llamado a respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, incluyendo aquellos particulares a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido la facultad de dar satisfacción al legítimo ejercicio de dichos atributos esenciales, tal como sucede a propósito de las Isapres respecto a la ejecución de las acciones de protección de la salud de sus afiliados, no siendo admisible que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad manifestada contractualmente, tales derechos sean menoscabados, renunciados ni afectados en su esencia;

56°. Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular sub lite significa que tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla¹⁹.

Los derechos económicos, sociales y culturales fuera de su fuente normativa constitucional tienen su sustento en el derecho internacional, donde los Estados han ratificado y se han obligado a cumplir las obligaciones de respeto y garantía de los derechos asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y los Convenios de la OIT, así como, en el plano regional americano, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encontrándose el Estado chileno ante la omisión de ratificación de esta última convención.

De acuerdo a dichos instrumentos internacionales, *los derechos económicos, sociales y culturales son derechos indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos*, debiendo todos ellos ser respetados, promovidos y garantizados. Como ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) de Naciones Unidas en su Observación General 3, referida a la índole de las obligaciones de los Estados partes (de los poderes públicos y autoridades dentro de ellos), estas son las de respetar, proteger y cumplir o realizar los derechos, pormenorizando dicha Observación General cada una de estas obligaciones.

Ello obliga a los Estados partes de dichos Pactos o Convenciones a abstenerse de realizar acciones u omisiones que constituyan una vulneración de los derechos asegurados y requiere que estos realicen medidas y acciones y adopten normas jurídicas para impedir que actores privados violen los derechos de otras persona, además de realizar las acciones preventivas necesarias para ello.

Asimismo, el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar el ejercicio de tales derechos a todas las personas utilizando para ello el máximo de sus recursos disponibles, incluyendo la ayuda internacional al respecto, sin perjuicio de garantizar el mínimo de cada derecho ase-

19 Tribunal Constitucional, Rol 1.218, op. cit., considerandos 53 y 56.

gurado por el derecho internacional vinculante o, en lenguaje constitucional, garantizarse su contenido esencial.

Estas obligaciones tienen su fuente básica en el artículo 2 del PIDESC, el cual determina que:

Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El Comité DESC de Naciones Unidas afirma, a partir del texto del artículo 2 explicitado, la existencia para los Estados partes de obligaciones de conducta y obligaciones de resultado.

La *obligación de conducta*, tanto activa como pasiva, señala un determinado comportamiento que debe ser realizado por el Estado parte y todos sus órganos y autoridades en cuanto a realizar determinadas acciones o abstenerse de ellas. Por ejemplo, los agentes y autoridades del Estado no pueden desarrollar acciones discriminatorias respecto del ejercicio del derecho al trabajo por hombres y mujeres, y deben abstenerse de afectar la prohibición de trabajo infantil.

La *obligación de resultado* tiene relación con el cumplimiento de determinados objetivos, como la eliminación de situaciones de hambre de la población, prevención de epidemias, establecimiento de remuneraciones justas, respetar el derecho de sindicación y de libertad de asociación sindical, respetar y promover el derecho a la negociación colectiva, modificar el ordenamiento jurídico interno para efectivizar las obligaciones convencionales, diagnosticar el estado de cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos sociales y desarrollar una estrategia destinada a concretarlos, asegurar acciones judiciales y recursos administrativos destinados a garantizar jurídicamente los derechos sociales –los cuales deben ser accesibles, idóneos, rápidos y eficaces–, y la obligación de dotar de sustantividad procesal a los derechos colectivos y a los derechos difusos.

Los derechos económicos, sociales y culturales deben considerarse como *bienes e intereses primarios o fundamentales* que no derivan de ningún otro interés de las personas, constituyendo suficiente justificación para imponer obligaciones a las demás personas, generando además la capacidad para exigir, reclamar, ex-

tinguir o modificar obligaciones de las demás personas. Asimismo deben considerarse *mecanismos de garantía*²⁰, que establecen deberes de actuación para los poderes públicos en el ámbito económico social, a fin de respetar la esencia de determinadas instituciones o cuerpos intermedios de la sociedad como son la familia, los sindicatos y las organizaciones profesionales, entre otras.

Los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, el cual los determina como límites al ejercicio de la soberanía, además de establecer el deber imperativo por parte de los órganos estatales de asegurarlos y promoverlos, tanto en su contenido constitucionalmente determinado como en los atributos y garantías de los derechos asegurados por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. A ello debe agregarse el artículo 6 de la Constitución que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa.

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, deben tener las características de universalidad, equidad y calidad.

La universalidad deriva de la conceptualización como derecho humano o derecho fundamental, ya que este debe estar asegurado a todas las personas.

La equidad indica que el financiamiento del servicio debe provenir esencialmente de tributos y no del pago de sus usuarios, salvo en el caso de que ellos tengan capacidad económica suficiente, ya que así se eliminan las arbitrariedades en el acceso a las prestaciones²¹.

La *calidad* es una condición necesaria de la eficacia del sistema y de la necesidad de igualación de oportunidades de vida que debe asegurar el Estado.

20 La doctrina de las garantías institucionales fue desarrollada por Carl Schmitt en su obra *Teoría de la constitución*. Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza), 1982.

21 Carbonell, Miguel, *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, (Ed. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México), 2001, p. 181.

6. Los derechos sociales tienen las mismas garantías normativas que los derechos civiles y políticos en el marco de la Constitución

En efecto, todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales tienen las mismas garantías normativas constitucionales de reserva de ley, de respeto al contenido esencial de los derechos, como asimismo, contenidas en el derecho convencional internacional de derechos humanos ratificado y vigente²².

En base al *principio de reserva legal*, solo el legislador puede establecer limitaciones restrictivas para el ejercicio de los derechos fundamentales; ello lo tiene prohibido el legislador delegado y la administración.

Todos los derechos fundamentales tienen la misma garantía normativa *de respeto al contenido esencial del respectivo derecho*, sean estos derechos individuales o sociales; ello constituye el límite que tiene el legislador para establecer limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

7. Los derechos sociales están protegidos por las mismas garantías interpretativas que los derechos individuales

Los derechos sociales están protegidos por las mismas garantías interpretativas que los derechos individuales que se encuentran en el derecho interno y por aquellas que se han incorporado válidamente al derecho nacional con valor al menos suprallegal, como son las cláusulas interpretativas específicas de derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29, que establece la base normativa que es parte del derecho interno para los derechos implícitos o no enumerados –para el principio *pro homine* o *favor persona* como directriz interpretativa y normativa, para el principio de progresividad y no regresividad–, sin perjuicio de las contenidas en otras convenciones de derechos humanos.

22 Esta materia la hemos desarrollado con mayor extensión en Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 3: Derechos sociales fundamentales, 2ª ed. actualizada, (Ed. Librotecnia), 2013, Santiago. Asimismo, en Nogueira, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en Nogueira (coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales: Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*, (Ed. Librotecnia), 2010, pp. 9-93.

El principio pro homine o favor persona, que informa todo el derecho de los derechos fundamentales²³, *en cuanto directriz interpretativa*, determina el deber jurídico de acudir siempre a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer, asegurar o garantizar atributos y garantías de derechos protegidos, e, inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria²⁴. A su vez, *como directriz normativa*, exige a los operadores jurídicos utilizar la norma jurídica que mejor asegura y protege en forma más amplia los atributos y garantías que integran los derechos, no importando la jerarquía normativa, ni si ella es de derecho interno o internacional, como asimismo, utilizando las normas restrictivas o limitativas del ejercicio de derechos en una perspectiva de derecho estricto.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el *principio favor persona o pro homine* en diversas sentencias, de las cuales señalaremos tres:

En la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1.361, este precisa:

Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio ‘pro homine’ o ‘favor libertatis’ definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: ‘Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana’ (Opinión Consultiva 5, 1985)” (Rol 740)²⁵.

23 La CIDH ha aplicado reiteradamente el principio pro homine o favor persona. A manera ejemplar se pueden citar las Opiniones Consultivas 1/82, párr. 24, y 5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 52; la Opinión Consultiva 7/86 del 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada del magistrado Rodolfo Piza Escalante; la Opinión Consultiva 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 156; y casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el Caso Ricardo Canese, párrs. 180 y 181; el Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 106; el caso Ivcher Bronstein contra Perú, párrs. 42 y 54.

24 Sobre la materia. ver los artículos de Marisol Peña (pp. 131-154) y de Claudio Nash (pp. 155-199) en Nogueira (coord.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, (ED CECOCH · Librotecnia), 2013.

25 Tribunal Constitucional, Rol 1.361, sentencia del 13 de mayo de 2009, considerando 73.

La Sentencia Rol 1.191 de 2009 determina:

Que toda interpretación constitucional debe tender, por una parte, al máximo respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio favor libertatis, derivado de que estos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio²⁶.

A su vez, en sentencia Rol 1.218, señala:

Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9°, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole²⁷.

Esta regla básica en materia de derechos fundamentales ha empezado a ser constitucionalizada en América Latina para otorgar seguridad jurídica a su aplicación e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Así la encontramos en todas las nuevas constituciones y las reformas constitucionales más recientes:

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

26 Tribunal Constitucional, Rol 1.191, sentencia del 19 de mayo de 2009, considerando 19.

27 Tribunal Constitucional, Rol 1.218, op. cit., considerando 40.

La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417, prescribe que, “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

La Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13.IV, determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3°, determina: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

La reforma constitucional de México de 2011, en el artículo 1°, incisos 2° y 3° de la Constitución, precisa: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Por su parte, el *principio de progresividad de los derechos* se encuentra positivado en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El principio de progresividad ha sido conceptualizado por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005, al aprobar las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, en el artículo 5.I, determinando: “a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural”.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referente a los derechos sociales, ha establecido que “El principio de desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”²⁸.

Por su parte, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, sobre la progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el caso *Cinco Pensionistas contra Perú*, ha establecido:

Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente²⁹.

El principio de progresividad no afecta la naturaleza jurídica de las obligaciones consignadas en las respectivas convenciones ni niega la existencia de obligaciones inmediatas. Dicho principio solo indica la existencia de una cierta flexibilidad que refleja las diversas realidades de los Estados partes y las dificultades concretas de cada Estado en el aseguramiento inmediato de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y cul-

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. I, 24 de abril de 1997, p. 25. Segundo informe sobre los derechos humanos en el Perú, OEA/ Ser. L/V/II., 16 de junio de 2000, Cap. VI., párr. 6.

29 Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas contra Perú, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, párr. 147.

turales. Asimismo, la progresividad debe interpretarse a la luz del objeto y fin de los respectivos tratados, que es otorgar plena efectividad a los derechos respectivos. Asimismo hay obligaciones inmediatas que disponen los pactos y convenciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales que no tienen un carácter de disposición de recursos financieros sino que buscan asegurar el respeto de los derechos en el nivel ya alcanzado, asegurar los contenidos esenciales de tales derechos, dar prioridad a los derechos en la distribución de los recursos, mejorar continuamente el goce y ejercicio de los derechos, adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, y prohibir de adopción de medidas regresivas.

El *principio de no regresividad* se deriva de los principios de progresividad, de no discriminación y del contenido esencial de los derechos económicos y sociales asegurados, que implica un contenido indisponible de los derechos tanto individuales como económicos, sociales y culturales. Ello exige a los operadores jurídicos un estricto escrutinio sobre el respeto de su contenido esencial y de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente cuando situaciones de crisis económica y social pueden inducir a restringir el ámbito de atributos que contiene el derecho, ya sea en cantidad o calidad, o garantizando en menor medida los derechos fundamentales que lo que contemplaba el ordenamiento jurídico.

Dicho principio de no regresividad constituye, asimismo, una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que cubre todos los derechos, incluido el artículo 26 de dicha Convención. A dicha conclusión permiten llegar dos disposiciones de la misma Convención, como son los artículos 2 y 29.

El artículo 2° determina que

si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

A su vez, el artículo 29, referente a normas de interpretación, precisa:

ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados, grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

De acuerdo con tales disposiciones, existe una prohibición de medidas que busquen derogar o eliminar de la legislación las disposiciones que son necesarias para el ejercicio de los derechos, lo cual implica establecer el principio de no regresividad normativa en materia de derechos, cuando se afecten normas y disposiciones que sean necesarias para el ejercicio de los derechos³⁰.

En la sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos sobre el caso *Cinco Pensionistas contra Perú*, el tribunal puso de manifiesto el vínculo entre el movimiento progresivo de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la seguridad social, por una parte, y la proyección que este tiene “sobre el conjunto de la población”, además del elemento de “equidad social” que debe caracterizar a dicha progresividad, por otra.

Tales principios de progresividad y no regresividad se encuentran también en los Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC (Naciones Unidas, Doc. E/C 4/1987/17, principio 25); en los Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio 9; en la Observación General 3 del Comité DESC de Naciones Unidas, Doc. E/1991/23; en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A su vez, la obligación de no regresividad establece para el Estado la prohibición de empeorar el nivel de goce y ejercicio de un derecho económico, social o cultural desde la adopción del Pacto de Derechos Económicos, Socia-

³⁰ Ver Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios”, en Courtis, (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, (Editorial del Puerto), 2006 pp. 3-52. La misma materia es tratada por Ojeda Marín, A., *Estado social y crisis económica*, (Ed. Universidad Complutense), 1996, p. 91 y ss.

les y Culturales de Naciones Unidas, como asimismo respecto de cada mejora progresiva en el goce y ejercicio de tales derechos. Así como el tratado exige la progresividad de los derechos, ello implica como exigencia lógica y mínima la no regresividad en el goce y ejercicio de los mismos, vale decir, la no adopción de medidas que vayan a contracorriente de las obligaciones impuestas por el Pacto.

La no regresividad impone al Estado un deber negativo que exige a este y a sus autoridades y agentes abstenerse de llevar a cabo políticas, prácticas, medidas legislativas o administrativas que vulneren los derechos de una persona o de un grupo de personas, afectando el goce y ejercicio ya alcanzado en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Tal obligación de no regresividad, en la medida que implica una actuación de abstención de afectación del derecho, ha sido considerada como una obligación de respeto del derecho por parte del Estado respectivo, sus agentes y órganos. Esta obligación, por cuanto no requiere ningún tipo de acción ni de prestación por parte del Estado, constituye una materia de fácil revisión por los tribunales de justicia y por los tribunales constitucionales, y por las instancias internacionales de protección y garantía de derechos humanos³¹.

El principio de no regresividad tiene un ámbito que no puede nunca ser traspasado y que constituye un límite absoluto a la regresividad, el aseguramiento del contenido mínimo de cada derecho, sin el cual este se desnaturaliza, lo que indica que *la regresividad cuando se encuentra justificada jamás puede afectar el contenido esencial o mínimo del derecho social asegurado*, independientemente de los recursos económicos disponibles.

Respecto de las medidas regresivas que deban adoptarse en momentos de crisis económica o social, la Observación General 3 del Comité DESC de Naciones Unidas ha establecido que:

Aun en tiempo de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante programas de relativo bajo costo³².

31 Rossi, Julieta “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Courtis (comp.), op. cit., pp. 86-87.

32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (DESC), Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte, 1990, párr. 12.

A su vez, la Observación General 4 del mismo Comité ha precisado que:

Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás³³.

Lo anterior implica que las medidas regresivas en materia de grupos vulnerables pueden ser adoptadas solo en circunstancias muy extraordinarias, ya que el Estado debe proteger, especialmente en tiempos de crisis, a dichos grupos vulnerables, como exige el PIDESC, debiendo ser ellas sometidas a un escrutinio estrictísimo.

El Comité DESC de Naciones Unidas, en su Observación General 3, párrafo 9°, agrega:

Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se disponga.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio de no regresividad, en el caso *Acevedo Buendía y otros contra Perú*, determinó que:

100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulada “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

33 Comité DESC, Observación General 4, párr. 11.

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Además determinó que

103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que, para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”³⁴.

La prohibición de regresión es una prohibición *prima facie*. Corresponde al Estado, una vez que se ha acreditado que la normativa es regresiva en el ámbito de un derecho, probar que ha sido introducida dicha medida regresiva tras la consideración de todas las opciones posibles y que se encuentra justificada teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado y sin afectar el contenido esencial del derecho concernido, lo que está sujeto a un escrutinio estricto tanto del órgano de control jurisdiccional nacional como del órgano de control internacional.

34 Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros contra Perú, sentencia del 1 de julio de 2009, Serie C N° 198, párrs. 100, 101 y 103.

Frente a la demostración de la existencia de una medida regresiva existe una presunción en contra de su validez, por lo cual, se invierte el peso de la carga de la prueba, debiendo demostrar la autoridad u órgano estatal pertinente que dicha medida se encuentra justificada. Para ello se debe acreditar:

Que el objetivo que se encuentra detrás de la medida regresiva es la preservación de la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, demostrando que la medida adoptada permite progresar en el ámbito de la generalidad de los derechos protegidos por el tratado.

Que el Estado ha considerado en forma exhaustiva todas las alternativas posibles previamente a la adopción de la medida restrictiva concreta de un derecho específico, sin perjuicio de que debe ser la menos lesiva del derecho en juego y ella es estrictamente necesaria, además de no afectar el contenido esencial o mínimo protegido del derecho.

Que la medida regresiva debió adoptarse aun cuando se hizo uso del máximo de recursos disponibles por el Estado y la sociedad, lo que implica no solo recursos financieros sino también recursos naturales, humanos y tecnológicos.

La irreversibilidad de los derechos ha sido reconocida por la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Solo como muestra puede señalarse la siguiente sentencia laboral:

5. Que, como primera cuestión, y refiriéndonos al tema de la prescripción alegada por los demandados, debe señalarse que el derecho cuyo reconocimiento se reclama mediante el ejercicio de la correspondiente acción, *derecho de sindicalización en el fondo, evidentemente no puede estar sujeto a prescripción alguna* en los términos que han alegado los demandados. Basta señalar que los actores mantienen contrato vigente con Transportes Polar S.A., respecto de la cual se alega que constituiría una misma unidad empleadora con la Empresa Embotelladora Coca Cola Polar S.A., y en estas condiciones de controversia, *no se divisa cómo podría prescribir el derecho de sindicalización cuyo reconocimiento se pide*, aduciéndose como fundamento el artículo 48º del Código del Trabajo, disposición que para el caso de autos resulta inaplicable dada la existencia de un contrato vigente. Sin perjuicio de lo recién expuesto y a mayor abundamiento, debe tenerse presente que el derecho a sindicación es un derecho fundamental o esencial que se encuentra previsto tanto en

nuestra Carta Fundamental (artículo 19 N° 19), como en Instrumentos Internacionales, debidamente ratificados por Chile y que forman parte de nuestra legislación interna, cual el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22. La doctrina constitucional ha señalado certeramente que una de las características de los derechos constitucionales o esenciales es su irreversibilidad. Así, se ha dicho: La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por este solo los asegura y garantiza (Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional Tomo II*, Edit. Universidad de Talca, pág. 393)³⁵.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional comparada, señalaremos algunas sentencias que han garantizado la irreversibilidad de derechos sociales.

El Tribunal Constitucional de Portugal, en su acuerdo 39/84, declaró inconstitucional una ley que derogaba parte del Servicio Nacional de Salud, declarando inconstitucional la exclusión por medio de una ley de las personas de 18 a 25 años del beneficio de rendimiento mínimo de inserción. Dicha decisión se fundamentó en la imposibilidad de retroceder en los avances sociales alcanzados por una determinada sociedad. La sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal se pronuncia frente a una norma legislativa que, dejando a salvo los derechos adquiridos, reemplazaba el ingreso mínimo garantizado legislativamente desde los 18 años por una legislación que establecía un beneficio de un ingreso mínimo de inserción que excluía a las personas entre 18 y 25 años de edad. El Tribunal Constitucional determina en el fallo que dicha medida generaba exclusión, declarándola inconstitucional basando su resolución en el principio de no regresividad de los derechos sociales, determinando que dicho principio es aplicable no solo frente a normas que derogan beneficios sociales, sino también cuando hay una afectación legislativa al contenido del derecho social fundamental ya concretado por el legislador³⁶. El

35 Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 53/2005, del 8 de julio de 2005, considerando 5. (Énfasis añadido).

36 Tribunal Constitucional de Portugal, 509/2002, sentencia del 19 de diciembre de 2002.

Tribunal Constitucional entendió que la legislación derogada que aseguraba un ingreso mínimo garantizado, frente a la nueva legislación que introducía un ingreso social de inserción, apartaba del beneficio a las personas entre 18 y 25 años, excluyendo a ese segmento de la población del derecho a la seguridad social, *violando el contenido mínimo de ese derecho que afecta la existencia digna*, el cual debe ser asegurado en todos los casos, lo que constituye parte además del contenido esencial del derecho.

A su vez, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en materia de salario de maternidad, decidió la imposibilidad de retroceso social, después de haber alcanzado cierto nivel de desarrollo. Flavio Pansieri explicita que la decisión se fundó en los objetivos estatales de desarrollo social y en la imposibilidad de aumentar las desigualdades por acción estatal o privada, sea por acción o por omisión³⁷.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determinó la existencia del principio jurídico de no regresividad:

(...) La obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aun si se encuentra en situaciones de extrema precariedad y exclusión social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 4). En igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que las condiciones de vigencia y acceso a los derechos sociales no pueden reducirse con el transcurso del tiempo, porque ello configura una violación del artículo 26 de la Convención Americana. En consecuencia, una vez garantizado el derecho a través de los diversos programas implementados a tal efecto, no podría luego la ciudad denegarlo por las supuestas inconductas en las que habría incurrido el demandante³⁸.

37 Pansieri, Flavio, “Condicionantes a sindicabilidade dos direitos sociais”, en Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Vol. 10 A, (Editora Jurua), 2006, p. 334.

38 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Caso Morón, Jorge Luis c/GIBA s/Amparo (art. 14 CCBA), 8/10/2003, cons IV.2., citado por Courtis, “La prohibición de regresividad...”, op. cit., p. 23.

8. La fuerza normativa constitucional y la efectividad de los derechos sociales

Los derechos sociales constituyen auténticos derechos fundamentales con la misma fuerza normativa constitucional que los derechos individuales y políticos. La positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como ocurre con los derechos individuales y políticos; tal positivación puede estar dada directa e inmediatamente en el texto constitucional al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales como derechos constitucionales o derechos fundamentales, adquiriendo la misma fuerza normativa que todas las disposiciones constitucionales, o por integrar el bloque constitucional de derechos como derechos implícitos o derechos esenciales, cuyos atributos y garantías limitan el ejercicio de la soberanía, contenidos y asegurados por las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos específicamente reconocidas e incorporadas al ordenamiento automáticamente o por el procedimiento que indica el propio texto constitucional.

Los derechos económicos, sociales y culturales pueden estar suficientemente delimitados y configurados en su contenido y bien jurídico protegido, determinando el sujeto pasivo de la obligación de su respeto y aseguramiento. Luego, es posible también garantizarlos como se hace con los derechos individuales. La exigencia al Estado es, precisamente, que ellos se encuentren efectivamente respetados, asegurados y garantizados, ya que la protección de ellos depende de una decisión política y económica del Estado.

En concordancia con tal perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado:

Que, en conclusión y coincidiendo con lo sostenido por la doctrina citada, cabe reconocer que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea³⁹

39 Tribunal Constitucional, Rol 1.218, op. cit., considerando 23.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el reconocimiento pleno de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales fundamentales en su sentencia del 26 de junio de 2008:

Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica⁴⁰.

El Tribunal Constitucional chileno asume la perspectiva que los derechos económicos, sociales y culturales, además de ser *verdaderos derechos* al igual que los derechos civiles o individuales, *presentan dimensiones tanto de defensa como prestacionales*:

Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laporta, cit., pp. 304-305) que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización;

Que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida:

“Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de este en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”. Reencar-

40 Tribunal Constitucional, Rol 976, sentencia del 26 de junio de 2008, considerando 26.

nación Carmona Cuenca: El Estado Social de Derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social, España (2000) p. 150. Abundando en idéntico tópico se ha escrito que los derechos sociales son “Derechos de prestación (...) que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado (...)”. Gregorio Peces-Barba Martínez: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General Universidad Carlos III, Madrid (1999) pp. 460⁴¹.

9. Los derechos sociales e individuales generan obligaciones positivas y negativas al Estado

Todos los derechos, tanto los individuales o civiles como los sociales, generan obligaciones positivas y negativas al Estado. Así puede establecerse un esquema de diversos niveles de obligaciones del Estado, entre las cuales están las de respeto, de protección, de promoción y de garantía o satisfacción⁴².

Entre las *obligaciones de respeto* están las de no afectar con sus acciones la salud de las personas, el medio ambiente, el acceso a la educación, el derecho de huelga, la formación de sindicatos y la de garantizar la irreversibilidad de los derechos sociales sin justificación, entre otras.

Entre las *obligaciones de protección*, se encuentran las de evitar que terceros afecten a través de acciones u omisiones los derechos sociales, incluyendo no impedir la actividad sindical y el derecho de huelga, el derecho a las prestaciones de salud, las remuneraciones justas y el derecho al descanso, y que no se discrimine en el ejercicio de los diversos ámbitos de los derechos sociales, entre otros.

Las *obligaciones de promoción*, las cuales en el ordenamiento constitucional chileno están expresamente establecidas en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, exigen realizar todas las acciones positivas para remover los obstáculos sociales, económicos, culturales y políticos que impidan el goce efectivo de los derechos, lo cual está de acuerdo con el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece la obligación del Estado parte de “adoptar [...] las medidas legislativas o de

41 Ibid., considerandos 27 y 28.

42 Abramovich, Víctor y Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, (Editores del Puerto), 2006, p. 26.

otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Las *obligaciones de garantía o satisfacción* implican asegurar el derecho a las prestaciones mínimas exigidas por la dignidad humana y las obligaciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho al *mínimo vital*, el derecho de acceso a la educación y proveer de defensa legal letrada eficaz, entre otros aspectos.

Como señala Canotilho, los derechos subjetivos a prestaciones, aun cuando no sean concretizados suficientemente, pueden ser invocados en el ámbito judicial contra las omisiones inconstitucionales del legislador. La fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales puede y debe ser interpretada, en lo que respecta a los derechos prestacionales, en el sentido de fundamentar originariamente esos derechos, incluso cuando no hay imposición constitucional dirigida al legislador⁴³.

Canotilho señala que la fuerza dirigente y determinante de los derechos económicos, sociales y culturales invierte el objeto clásico de la pretensión jurídica fundada en un derecho subjetivo: “de una pretensión de omisión de los poderes públicos (derecho a exigir que el Estado se abstenga de interferir en los derechos, libertades y garantías) se transita a una prohibición de omisión (derecho a exigir que el Estado intervenga activamente en el sentido de asegurar prestaciones a los ciudadanos)”⁴⁴.

En este ámbito, consideramos adecuado señalar que los derechos sociales, además de la prohibición de omisión que plantea Canotilho, también implican una obligación negativa, al igual que en los derechos individuales: la obligación de no dañar el derecho, como ocurre con la salud y el medio ambiente, entre otros.

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, deben tener las características de universalidad, equidad y calidad.

La universalidad deriva de la conceptualización como derecho humano o derecho fundamental, ya que este debe estar asegurado a todas las personas.

La equidad indica que el financiamiento del servicio debe provenir esencialmente de tributos y no del pago de sus usuarios, salvo en el caso de que

43 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, (Coimbra Editora), 1982, pp. 370-371.

44 *Ibid.*, p. 365.

ellos tengan capacidad económica suficiente, ya que así se eliminan las arbitrariedades en el acceso a las prestaciones⁴⁵.

La *calidad* es una condición necesaria de la eficacia del sistema y de la necesidad de igualación de oportunidades de vida que debe asegurar el Estado.

Un ejemplo concreto de aseguramiento universal con equidad y calidad de derechos económicos, sociales y culturales es, en el caso chileno, en el ámbito del derecho a la salud, el Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE) o Garantías Explícitas de Salud (GES), que garantiza un prestador de salud activando responsabilidades por incumplimiento de prestaciones y recurriendo a la jurisdicción por responsabilidad patrimonial por incumplimiento del servicio o negligencia.

La legislación de servicios públicos no solo debe establecer los contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que también debe identificar a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales, de modo que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino de derechos subjetivos, de lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado. *Tales derechos así pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares, a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador.*

Todos los derechos sociales pueden ser objeto de dicha garantía universal, efectiva y de calidad, ya sea constitucional o legalmente determinada.

10. Los atributos y garantías de derechos económicos sociales y culturales asegurados constitucionalmente

La Constitución vigente asegura un conjunto limitado de derechos sociales en forma explícita, que, como hemos advertido, es producto de la ideología neoliberal y la perspectiva política autocrática del constituyente de 1980. De los 26 numerales del artículo 19, solo cinco se relacionan con derechos económicos, sociales y culturales, los cuales indicamos a continuación, en sus contenidos básicos.

En el artículo 19 N° 9 se asegura el *derecho a la protección de la salud*, las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de las personas, estableciéndose el deber estatal de garantizar la ejecución de las acciones

45 Carbonell, Miguel, op. cit.

de salud a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, pudiendo establecerse cotizaciones obligatorias, y el derecho de las personas a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea público o privado; en el N° 10 se asegura *el derecho a la educación*, estableciendo el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, la obligatoriedad de la educación básica y media, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, como asimismo el deber de garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición permitiendo acceder a ella a toda la población, siendo también deber del Estado fomentar la educación en todos los niveles, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación; en el N° 16 se asegura *la libertad de trabajo y su protección*, asegurándose el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución, prohibiéndose cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos; se determina que la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar, estableciéndose limitaciones restrictivas de la misma y, en casos específicos, la prohibición de ella; se regula la huelga y se determinan casos en que ella se prohíbe; en el N° 18 se asegura *el derecho a la seguridad social*, el cual determina que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, determinándose que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias; asimismo, se precisa que el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social; y en el N° 19 se asegura *el derecho de sindicación*, en los casos y forma que señale la ley; se precisa que la afiliación sindical será siempre voluntaria, como asimismo se determina que las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley; la norma constitucional contempla que la ley debe considerar los mecanismos que aseguren la autonomía de las organizaciones sindicales y la no intervención de ellas en actividades político partidistas.

Sin embargo, el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales crece y se potencia en sus atributos y garantías, a través de la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° a los tratados internacionales que aseguran

derechos esenciales. Así, los atributos y garantías de los DESC contenidos en dichos instrumentos ingresan al ordenamiento jurídico nacional con carácter vinculante, siendo derecho interno sin dejar de ser derecho internacional, con la garantía del artículo 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución: “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

De tal forma, los atributos y garantías de los DESC ingresan al ordenamiento jurídico nacional desde el derecho convencional internacional, debiendo aplicarse en la materia el principio *pro homine* o *favor persona* en su directriz tanto interpretativa como normativa. Ello posibilita el ingreso de muchos atributos y garantías de los derechos asegurados constitucionalmente que no se encuentran en las disposiciones constitucionales pertinentes, como asimismo diversos derechos no asegurados formalmente en el texto constitucional⁴⁶, los cuales deben asegurarse y garantizarse en sus contenidos mínimos y esenciales.

11. La exigibilidad jurídica y jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales

Se suele afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran insuficientemente delimitados en el texto constitucional y que solo se hacen concretamente exigibles cuando ellos son desarrollados por el legislador, de acuerdo con los recursos de que dispone el Estado, por lo que los jueces poco pueden hacer para exigirlos sin el respectivo desarrollo legislativo, es decir, los enunciados constitucionales sobre derechos sociales no serían justiciables⁴⁷. Esta perspectiva debe rechazarse, ya que todo derecho fundamental asegurado constitucionalmente tiene un contenido mínimo y un contenido esencial, de aplicación directa e inmediata, que asimismo constituye un límite a la actuación legislativa. Además, debe asumirse la retroalimentación recíproca de los derechos sociales en su fuente constitucional con la fuente convencional internacional válidamente incorporada al derecho interno mediante su ratificación.

46 Sobre la materia ver, Nogueira, H, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, op. cit.

47 Martínez Estay, José Ignacio, “Valor e sentido dos direitos sociais”, en *Direitos humanos. Teorias e práticas*, (Almedina), 2003, p. 238.

Los tribunales nacionales deben considerar los contenidos de cada derecho en el ámbito de contenido mínimo precisado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Todos los derechos económicos, sociales y culturales deben ser asegurados jurisdiccionalmente al menos en su contenido esencial o, en el lenguaje internacional, en su contenido mínimo, de donde se ha desarrollado la concepción de *vida digna y de mínimo existencial*, como asimismo en sus demás atributos y garantías cuando estas tengan la especificación necesaria para su aplicación directa e inmediata o mediata, si ellos han sido objeto de desarrollo y configuración legislativa.

En esta materia deben tenerse presentes las *directrices de Maastricht* sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desarrollados bajo el alero de la Comisión Internacional de Juristas entre el 22 y 26 de enero de 1997. En dichas directrices se establecieron las violaciones de derechos sociales mediante actos de comisión y de omisión.

Dentro de las violaciones mediante actos de comisión, se señalan las siguientes:

- a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;
- b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;
- c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;
- d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;
- e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;
- f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;

g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta de la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima.

Dentro de las violaciones mediante actos de omisión, las directrices de Maastricht mencionan:

- a) La no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto;
- b) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto;
- c) La no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto;
- d) La no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que estos violen los derechos económicos, sociales y culturales;
- e) La no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización de Pacto;
- f) La falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento;
- g) La no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto;
- h) La no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al pacto;
- i) El no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento quede dentro de sus posibilidades;
- j) Cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Tribunal Constitucional determina, por vía interpretativa del artículo 19 N° 3 inciso 1°, el derecho a la jurisdicción como un derecho fundamental autónomo que asiste a toda persona en nuestro ordenamiento jurídico:

Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3°, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

En efecto, el primer inciso del numeral 3° del artículo 19 lo reconoce en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual se le sumó la investigación, fijan el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho⁴⁸.

Por otra parte, el Comité DESC de Naciones Unidas ha determinado que se debe procurar una equiparación de remedios jurisdiccionales articulables en torno a derechos individuales y derechos económicos, sociales y culturales, y que, en caso de diferencias significativas, será necesario que el Estado parte tenga razones que justifiquen la diferencia, como lo determina la Observación General 9, en su punto 7°. A su vez, la idoneidad y eficacia de las acciones o recursos judiciales deben ser garantizadas no solo en términos teóricos o normativos, sino también fácticos.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Rol 815, sentencia de fecha 19 de diciembre de 2008, considerando 20.

El Comité DESC de Naciones Unidas ha advertido que acaso los “demás ‘medios’ utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”⁴⁹.

Sobre la materia, el Comité DESC ha sostenido

Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justicia-bilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe por definición fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad⁵⁰.

En tal sentido, el Comité DESC, ya había determinado:

Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados parte que son asimismo parte en el Pacto internacional de Derechos

49 Comité DESC, Observación General 9, E/C. 12/1998/24, La aplicación interna del Pacto, 3 de diciembre de 1998.

50 Íd.

Civiles y Políticos ya están obligados (en virtud de los artículos 2 [párrafo 1 y 3], 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a del párrafo 3 del artículo 2°). Además, existen en el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a, 8, 10 (párrafo 3), 13 (apartado a del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párrafo 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no auto ejecutables⁵¹.

El Comité DESC, en su Observación General 9, ha precisado:

[...] A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad⁵².

Ello ha permitido afirmar al Tribunal Constitucional, por ejemplo, que el derecho a la seguridad social tiene como componente de su contenido esencial el *principio de solidaridad*, el que no se reconoce explícitamente en el texto constitucional:

30°. Que, por último, la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la

51 Comité DESC, Observación General 3, op. cit., párr. 5.

52 Comité DESC, Observación General 9, Op. cit., párr. 10.

esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica⁵³.

Dicha protección jurisdiccional debe concretarse de la manera más eficaz posible, como lo realizan los tribunales nacionales a través de la conexión con otros derechos que tienen protección rápida, sencilla y eficaz, como es la acción constitucional de protección, acudiendo a los derechos a la igualdad y no discriminación, a la vida y la integridad física y psíquica, a una vida digna y a un debido proceso, entre otros.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en materia del derecho a la protección de la salud ha precisado que:

[...] el derecho a la protección de la salud, en los términos que se encuentra plasmado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual esta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría que contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la disposición suprema⁵⁴.

El Tribunal Constitucional, a través del ejercicio de oficio de la acción de inconstitucionalidad determinada por el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental, incluso ha expulsado del ordenamiento jurídico disposiciones legales por considerar que vulneran contenidos del derecho a la salud y la seguridad social, y de la igualdad ante la ley. En efecto, la sentencia Rol 1.710 declara:

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO NOVENO: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección

53 Tribunal Constitucional, Rol 1.218, op. cit., considerando 30.

54 Tribunal Constitucional, Rol 976, op. cit., considerando 43.

de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: ‘La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal’ (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p. 23);

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

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no solo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella⁵⁵.

Por otra parte, a través de la acción constitucional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de preceptos legales, se puede incluso recurriendo al reenvío del artículo 5° inciso 2° de la Constitución recurrir a los atributos de los derechos y sus garantías contenidos en el derecho convencional internacional, obteniendo la protección de dimensiones de los derechos sociales no aseguradas directamente en el texto constitucional.

55 Tribunal Constitucional, Rol 1.710-2010-inc., op. cit., considerandos 159-160.

Así, lo han desarrollado las Cortes de Apelaciones en las acciones de protección de derechos fundamentales en materia del derecho a la protección de la salud en conexión con el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas; del derecho a la educación en conexión con el derecho a la igualdad ante la ley (no discriminación o diferencias arbitrarias), el derecho de propiedad incorporal y racional y justo procedimiento; como asimismo en materia de prestaciones de seguridad social en conexión con el derecho de propiedad incorporal y la igualdad ante la ley.

Así, a manera ejemplar, puede señalarse la siguiente sentencia de protección:

5°. Que la decisión de la Isapre recurrida de no dar cobertura al implante de un marcapasos desfibrilador, pese a que admite la de un marcapasos según se dijo en el motivo tercero, importa una serie de medidas fácticas arbitrarias destinadas a no pagar el tratamiento de la recurrente portadora de una arritmia compleja originada en un corazón con daño severo ventricular, según se informa a fojas 3 por su médico tratante. Con tales medidas, según aparece de los antecedentes, se ha puesto en riesgo su vida por la eventualidad cierta de un desenlace fatal o de un deterioro orgánico importante por falla en su sistema cardiovascular, luego de desestimar como marcapasos el dispositivo “marcapasos desfibrilador”, cuya homologación ha aceptado la Superintendencia de Salud en su Resolución Exenta 474 de 30 de julio de 2006, que reclamada ante esta Corte, se confirmó por sentencia ejecutoriada de 4 de diciembre de 2006, rol N° 5.798-06, acompañada a fojas 7.

En la causa aludida, la Superintendencia, avalada por el Comité de Arritmias de la Sociedad Chilena de Cardiología, sostuvo que “el desfibrilador debe ser considerado una modalidad de marcapasos que incluye funciones adicionales, es decir un marcapasos más sofisticado” y por encontrarse el marcapasos dosificado en el Arancel del Fonasa bajo el código 23.01.012, es obligación de la Isapre bonificar tanto el aparato como su implementación, de conformidad al plan de salud vigente a la fecha de otorgadas las prestaciones médicas.

5° [Sic]. Que, tanto más arbitraria aparece la actuación de la Isapre, si se tiene en cuenta que con el objeto de salvar su vida y apremiada por su enfermedad, la paciente debió recurrir a su círculo más cercano para garantizar el tratamiento adecuado a su dolencia.

6° Que en tales circunstancias y por tratarse de protección de un recurso que se dirige a poner remedio a un acto u omisión ilegal o arbitrario de una autoridad o persona determinada, en cuanto vulnera o afecta alguno de los derechos o garantías expresamente señalados en el artículo 20 en relación con el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, se acogerá el intentado en estos autos⁵⁶.

En la misma perspectiva se encuentra el siguiente fallo:

18°. Que no puede aceptarse las alegaciones de los recurridos en cuanto a la falta o insuficiencia de recursos con motivo del terremoto por cuanto la situación de la señora Ruiz se arrastra desde mucho antes del sismo del 27 de febrero pasado.

Por otra parte, tratándose de un derecho constitucional como lo es el derecho a la vida, no puede soslayarse la obligación del Estado de Chile de proporcionar todos los medios que sean necesarios para proteger tal derecho, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 1° inciso cuarto y 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, al artículo 6° del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y a lo establecido en el artículo 4 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados ratificados por Chile.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se ACOGE el recurso de protección deducido en lo principal del escrito de fojas 14, sin costas, solo en cuanto el Hospital Regional Guillermo Grant Benavente, en coordinación con el Servicio de Salud, deberán disponer el traslado de la señora Magali Ruiz Garcés a la Clínica Las Condes a fin de ser evaluada para la posibilidad de un transplante de intestino o de otra intervención que se estime pertinente para mejorar su situación de salud actual, y de realizarlas de ser médicamente posibles, todo ello con el debido consentimiento de la paciente o de quien la represente y siempre que sus condiciones de salud actuales permitan

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2.612-2007, sentencia del 24 de septiembre de 2007, considerandos 5 y 6, confirmada por sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema, Rol 5.891-2007, 5 de diciembre de 2007.

hacerlo, debiendo tomar todas las precauciones necesarias para que el traslado se efectúe en condiciones seguras para su salud.

El financiamiento que ello implique será de cargo de los Servicios del Estado encargados del cumplimiento de la ya citada disposición constitucional que garantiza el derecho a la vida y que están contemplados en el DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, Leyes y Reglamentos Complementarios⁵⁷.

Se ha pretendido cuestionar que los fallos de los tribunales de justicia en defensa del contenido mínimo o esencial de derechos sociales puedan generar un gasto público no previsto por el legislador. Al respecto hay que señalar que los contenidos mínimos y esenciales de un derecho fundamental no son de libre disponibilidad del legislador y su protección por el juez constituye un deber constitucional. Por ello, como han precisado algunos tribunales constitucionales, “las consecuencias financieras de las decisiones constitucionales no serían determinadas por el Tribunal (...) sino que se desprenderían de la Constitución, a la cual todos, legislador incluido, se encuentran subordinados (...) Si los gastos no son discrecionales, porque están impuestos por la Constitución, el desembolso se hace una obligación. Por tanto, una vez establecido que el gasto es constitucionalmente obligatorio, el legislador no puede contrastar la decisión del Tribunal en nombre de la propia discrecionalidad política”⁵⁸.

En el mismo sentido tenemos la determinación del Comité DESC de Naciones Unidas que, en su Observación General 9, ha precisado:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera de los ámbitos de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el princi-

57 Corte de Apelaciones de Concepción, Causa Contreras Solís, Eriko G. contra Hospital Regional de Concepción, Guillermo Grant Benavente y Otros, Rol 31-2010, sentencia del 15 de julio de 2010, considerando 18.

58 Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 00014-2007- AI/TC, sentencia, fundamento jurídico 23.

pio de que los grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad⁵⁹.

La ausencia de garantía jurisdiccional mediante la acción constitucional de protección de algunos derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico o de ciertos atributos de los mismos es producto de una decisión política discrecional del constituyente autocrático de 1980 y su ideología neoliberal, ya que no existe razón de peso alguna para sostener que actos u omisiones antijurídicas o arbitrarias del Estado, sus órganos o particulares no merezcan ser objeto de justiciabilidad mediante el ejercicio del derecho a la jurisdicción, derecho fundamental autónomo, conforme lo exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a los artículos 8° y 25° de la CADH. Tal determinación debe ser corregida, ya sea ampliando el recurso de protección a los derechos sociales o mediante la creación de una acción legal de tutela de derechos sociales, lo que es un imperativo de acuerdo a las obligaciones jurídicas del Estado dentro del sistema interamericano de protección de derechos y, como Estado parte, respecto a las obligaciones determinadas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

En materia del derecho a la educación, la Corte de Apelaciones de Santiago, ante recursos de protección que buscaban resguardar tal derecho para cuarenta y seis alumnos del Liceo José Victorino Lastarria que habían sido objeto de suspensión durante 2006 y de cancelación de matrícula para 2007, luego de ocupar el recinto del Liceo en protesta sobre materias educacionales en 2006, junto a muchos otros estudiantes del mismo liceo, la Corte acogió la acción constitucional en virtud de ser considerada una medida discriminatoria y sin un procedimiento racional y justo. En parte de la sentencia, se determina que:

15°. Que dicho está que no medió procedimiento alguno para la imposición de los castigos.

En apartado 3° inciso 5° del consabido artículo 19 de la Carta Fundamental se aplica, extensivamente, a todo procedimiento, aun a uno de

59 Comité DESC, Observación General 9, op. cit., párr. 10.

carácter no jurisdiccional, cuanto más cuando conduce a la imposición de alguna clase de privación, cuyo es el caso.

Es obvio que en la situación *ut supra* se vulnera, en su contenido más esencial, la garantía en comento.

El artículo 25 de la Convención Americana sostiene que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen no solo sus derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional sino, también, por esa convención, aun cuando la violación sea cometida por una persona que actúa en ejercicio de sus funciones oficiales. A tal punto llega esta prevención que los Estados partes se comprometen a garantizar que la judicatura competente decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga este recurso, así como a que las autoridades cumplirán lo que en él se decida. En virtud del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución política de la República, ese artículo 25 es vinculante para los tribunales chilenos, motivo por el que la Corte también considera que se infringe la garantía del citado artículo 19 N° 3° inciso quinto.

16°. Que de lo que viene de expresarse en los tres argumentos que anteceden, resulta que como consecuencia directa e inmediata de las ilegalidades y arbitrariedades de las medidas impugnadas, se privó a los cuarenta y seis alumnos en cuestión del legítimo ejercicio de la garantía de los derechos de igualdad, propiedad y racionalidad procedimental, en las formas acotadas.

17°. Que de esa manera se tiene que se satisface todas y cada una de las exigenc[i]as para la procedencia de la cautela que consagra el artículo 20 de la Constitución, lo que impele a la Corte a conferir la protección que se le viene solicitando⁶⁰.

A su vez, si los derechos no son efectiva y eficazmente protegidos por las instancias jurisdiccionales nacionales, cabe recurrir al amparo interamericano, previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5.589-06 (acumulados 5.670-06; 5.671-06; 5.796-06 y 5.880-06) de fecha 19 de enero de 2007. Sentencia confirmada por la Corte Suprema en fallo Rol 852-07 del 28 de mayo de 2007. Cabe señalar que el racional y justo procedimiento del artículo 19 N° 3 no está protegido por el Recurso de Protección del artículo 20 de la Constitución: en este caso se protege en virtud del reenvío del artículo 5° inciso 2° de la Constitución al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como expresa la sentencia.

un sistema coadyuvante y subsidiario de protección de derechos humanos cuando el Estado, a través de sus órganos, autoridades y funcionarios, no ha cumplido su tarea de protección eficaz de los mismos a través de sus respectivas competencias normativas y el ejercicio eficaz de sus atribuciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al tema de la protección de la salud, especialmente en materia de reclusos, siendo el más significativo el caso *Tibi contra Ecuador* del 7 de septiembre de 2004, en un supuesto de falta de tratamiento médico durante la estancia en la cárcel de la víctima, donde la Corte señala que, conforme al artículo 5° de la CADH, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera.

Existen numerosos casos en los que la Corte Interamericana ha dictado *medidas provisionales* en torno a la insuficiente atención sanitaria de los internos y las condiciones higiénicas de las cárceles, instando a los respectivos gobiernos a proteger eficazmente la vida y la integridad física de los detenidos⁶¹.

La Corte Interamericana ha protegido el derecho a la salud de pueblos indígenas, por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam* del 28 de noviembre de 2007. Uno de los factores que tuvo en cuenta para determinar la condena y la fijación de la indemnización fue la desatención sanitaria a los miembros de dicha comunidad.

En un caso de protección de la salud de menores internados en un establecimiento psiquiátrico, el *Caso Ximenes Lopes contra Brasil* del 4 de julio de 2006, la Corte extiende las obligaciones estatales al control de los establecimientos privados de salud, razonando que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo de los Estados y que estos tienen la obligación de evitar que terceros interfieran indebidamente el goce de los derechos a la vida y la integridad personal, independientemente de que la entidad sea pública o privada, de manera que en tal caso la falta de regulación y fiscalización de las entidades privadas que prestan atención sanitaria por parte del Estado genera responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

La Corte se plantea también, en el *caso Huilca Tecse contra Perú*, si el derecho de sindicación incluye el derecho de huelga, contestando afirmativamente dicha interrogante:

61 Por ejemplo en el Asunto de la Cárcel de Urso Branco contra Brasil, la Corte está haciendo un seguimiento de la situación desde agosto de 2002 a través de la adopción de ocho medidas provisionales.

La libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento del derecho a formar sindicatos, sino que comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad⁶².

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado estándares mínimos de respeto de derechos sociales a los Estados partes del sistema interamericano de protección de derecho, que las jurisdicciones nacionales deben aplicar en virtud del control de convencionalidad en cuanto Estado-Juez y juez directo e inmediato del corpus iuris interamericano y de los estándares fijados por la Corte Interamericana en cuanto intérprete auténtica y final de dicho corpus iuris.

Conclusiones

1. Todos los derechos esenciales de la persona tienen su fundamento en la dignidad del ser humano, como explicitan la Constitución y los principales tratados de derechos humanos de carácter universal y regional americano, y confirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.
2. En cuanto emanan de la dignidad humana, todos los derechos fundamentales realizan esta y un proyecto de vida digna, por lo cual carecen de estructuración jerárquica -siendo todos del mismo nivel- debiendo respetarse su contenido esencial en todos ellos, armonizarse y optimizarse.
3. Los derechos fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, hoy constituyen derechos que se aseguran por una doble fuente, la constitucional y aquellas del derecho internacional de derechos humanos, las que se retroalimentan y operan en base al principio *pro homine* o *favor persona* como directriz interpretativa y directriz normativa.
4. Los derechos individuales y los derechos económicos, sociales y culturales son indivisibles, interdependientes y complementarios.
5. Los derechos fundamentales individuales y económicos, sociales y culturales tienen una naturaleza común sin diferencias estructurales

⁶² Corte IDH, Caso Huilca Tecse contra Perú, sentencia del 3 de marzo de 2005; en el mismo sentido, Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz contra Perú, sentencia del 10 de julio de 2007.

sustantivas. Todos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación. Todos, sin excepción, implican bienes públicos y costos públicos.

6. Todos los derechos fundamentales, tanto los individuales como económicos, sociales y culturales, tienen un contenido esencial y un contenido mínimo exigible jurisdiccionalmente y de aplicación directa e inmediata, como determinan los órganos de interpretación y aplicación internacionales y la jurisdicción constitucional chilena.
7. Todos los derechos fundamentales, tanto los individuales como los económicos, sociales y culturales, tienen las mismas garantías internacionales, generales y específicas; entre estas últimas rigen las garantías comunes de tipo normativo y de interpretación.
8. La Constitución vigente, producto de su origen en un régimen autoritario militar de ideología neoliberal, restringió el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales en el texto formal y también sus garantías jurisdiccionales, las cuales se encuentran por debajo de los estándares exigidos por el derecho internacional convencional ratificado y vigente, generando un *estado de inconventionalidad permanente* de nuestro ordenamiento jurídico en dichos aspectos, con la consiguiente responsabilidad internacional latente por violación de derechos humanos.
9. Los tribunales superiores de justicia, a través de recursos (acciones) de protección, han protegido los derechos económicos, sociales y culturales en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales como son el derecho a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley (no discriminación) y el derecho de propiedad incorporal, cuando ellos no están directamente protegidos por la acción de protección, como es el caso del derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud o el derecho a la seguridad social. Asimismo, ellos han sido protegidos por el Tribunal Constitucional en diversos atributos no expresamente contenidos en el texto constitucional, haciendo uso para ello de los atributos de los derechos asegurados por el derecho convencional internacional ratificado y vigente, respecto de los cuales existe el deber constitucional de los órganos estatales de respetarlos y promoverlos, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, utilizando como norma de reenvío el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental

10. Es necesario mejorar el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales al menos en los estándares mínimos comprometidos al ratificar los tratados internacionales sobre la materia, sin perjuicio de ratificar el Protocolo de San Salvador del sistema interamericano, y garantizarlos a través de *recursos sencillos, rápidos y eficaces*, dotándolos de seguridad jurídica constitucional y de *aplicación conforme al principio favor persona como directriz interpretativa y normativa*. Sobre la materia hay un completo *proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales en el Congreso Nacional*, el cual se encuentra en primer trámite legislativo, aprobado en general en sesión 103, el martes 18 de noviembre de 2008, en la Cámara de Diputados, sin que se haya producido un avance significativo en su tramitación desde dicha fecha.

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

NUEVA CONSTITUCIÓN Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE: LA EXPERIENCIA DE “MARCA TU VOTO”¹

Alberto Coddou Mc Manus²

Pablo Contreras³

Diximos que era uno de los derechos del pueblo reformar la constitución del estado. En efecto la constitución debe acomodarse à las actuales circunstancias, y necesidades del pueblo; variándose pues las circunstancias, debe variarse la constitución. No hay ley, no hay costumbre, que deba durar, si de ella puede originarse detrimento, incomodidad, inquietud al cuerpo político. La salud del pueblo es la ley suprema.

Aurora de Chile, 1812

Las constituciones escritas tienen su causa, como todos los hechos. Esta causa puede estar en el espíritu mismo de la sociedad; y la constitución será entonces la expresión, la encarnación de ese espíritu; y puede estar en las ideas, en las pasiones, en los intereses de un partido, de una fracción social y entonces la constitución escrita no representará otra cosa que las ideas, las pasiones, los intereses de un cierto número

-
- ¹ Este texto resume algunas de las ideas que presentamos a lo largo de la iniciativa “Marca Tu Voto”. Durante la campaña, tuvimos el apoyo constante de diversos profesores de derecho del país. El imperativo de intervenir en el debate público y la convergencia sobre la necesidad de una nueva Constitución, nos unieron en una reflexión generacional más amplia sobre el derecho y la política. Esperamos que ese diálogo se mantenga en el tiempo. Queremos agradecer, especialmente, a Jaime Bassa, Luis Villavicencio, Alejandra Zúñiga, Domingo Lovera, Matías Guiloff, Constanza Salgado, Diana Maquilón, Christian Viera, Jorge Contesse, Patricia Rada, Flavio Quezada, Eduardo Chia, Ernesto Riffo, Fernando Muñoz, Rodrigo Bustos, Juan Pablo Mañalich y varios más. El texto que aquí se presenta es de exclusiva responsabilidad de sus autores.
 - ² Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad de Chile; Master en Derecho (LL.M.) New York University y estudiante de doctorado (PhD), University College of London; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: alberto.coddou@mail.udp.cl
 - ³ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado; Master en Derecho (LL.M.) y candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University; Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: pacontrv@uahurtado.cl

de hombres que han emprendido organizar el poder público según sus propias inspiraciones.

Andrés Bello, *Constituciones*, 1848

Introducción

En diciembre de 2012, el politólogo Claudio Fuentes publicó una columna titulada “#Marcatuvoto para cambiar la Constitución”⁴, en que se explicaba la posibilidad de participación y expresión ciudadana que ofrecía una interpretación literal de algunas de las reglas de la Ley 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios. En concreto, la columna tomaba el ejemplo del caso colombiano de la “séptima papeleta” (1991) para proponer una suerte de consulta ciudadana a través de una interpretación literal de reglas sobre el proceso electoral chileno. De acuerdo a Fuentes, el artículo 71 inciso 5 de la Ley sobre Votaciones Populares tenía una consecuencia normativa muy clara para una campaña que llamara a marcar el voto: los votos que, además de contener una preferencia clara por uno de los candidatos, tuvieran marcas, registros o accidentes, debían escrutarse a favor de las candidaturas⁵. Por otra parte, de acuerdo a la normativa, existe una obligación de los vocales de mesa de dejar constancia o registro de estas “marcas o señas gráficas que se hayan producido en forma accidental o voluntaria”. En efecto, en la legislación electoral chilena, los únicos votos nulos son aquellos que contienen más de una preferencia. La idea del autor era tomar nota de que los votos presidenciales podían ser utilizados como canales de participación política para exigir la creación de un nuevo arreglo constitucional.

La columna tuvo una muy buena acogida en diversos movimientos ciudadanos y redes sociales. A partir de ello, un grupo de ciudadanos decidió comenzar a discutir en serio la propuesta. Desde marzo de 2013, y en base

4 *El Mostrador*, #Marcatuvoto para cambiar la Constitución, 17 de diciembre de 2012.

5 El artículo 71 inciso 5, de la Ley 18.700 enuncia que “se considerarán como marcadas y podrán ser objetadas por vocales y apoderados, las cédulas en que se ha marcado claramente una preferencia, aunque no necesariamente en la forma correcta señalada en el artículo 65, y las que tengan, además de la preferencia, leyendas, otras marcas o señas gráficas que se hayan producido en forma accidental o voluntaria, como también aquellas emitidas con una preferencia pero sin los dobleces correctos. Estas cédulas deberán escrutarse a favor del candidato que indique la preferencia, pero deberá quedar constancia de sus marcas o accidentes en las actas respectivas con indicación de la preferencia que contienen”.

a una reunión semanal, fueron profundizando los detalles de la propuesta y asignando roles y responsabilidades que aprovecharan la gran cantidad de adherentes y voluntarios que estaba comenzando a atraer la campaña. Uno de los primeros debates al interior de la campaña fue resolver el dilema de si llamar a marcar “AC” (asamblea constituyente) o “NC” (nueva constitución). Este fue uno de los temas de fondo más importantes y su resolución por la “AC” despejó el camino para construir una red de voluntarios que fue gradualmente generando una forma de trabajo colaborativa. Lo que comenzó como un llamado de protesta y expresión de un deseo de participación, se fue profesionalizando y desplegando territorialmente a lo largo y ancho del país. A diciembre de 2013, y con ocasión de la primera vuelta de la elección presidencial, la campaña contaba con al menos un representante en cada local de votación. A grandes rasgos, se constituyó una red nacional de voluntarios que trabajaron en diversos frentes, siempre con el apoyo de un equipo técnico.

Una breve cronología de los hitos de la campaña puede ser útil para el lector. En diciembre de 2012 fue publicada la columna de Claudio Fuentes. En mayo de 2013 se realizó el lanzamiento oficial de la campaña en el Centro Cultural Mil Metros Cuadrados. En junio de 2013 se publicó una carta, firmada por 120 profesores de derecho, en la edición dominical del diario *El Mercurio* en que se consignaba el apoyo a las ideas centrales de la campaña. Luego, en julio del mismo año, Juan Emilio Cheyre, entonces presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral, declaró que los votos marcados eran nulos. Entre septiembre y noviembre, el movimiento se reunió con los candidatos presidenciales y parlamentarios. En el período más intenso de la campaña, en octubre, se realizó un amplio despliegue en medios de comunicación masivos; y un despliegue territorial de la campaña con cobertura a nivel nacional, en noviembre y diciembre.

En lo que sigue, nos interesa avanzar algunas reflexiones sobre las cuestiones más importantes que logró levantar esta campaña y su forma de expresión, esto es, el voto de la elección presidencial de noviembre de 2013. El propósito de este artículo es resumir los principales desafíos que debió asumir la campaña y ubicar a “Marca Tu Voto” (en adelante, MtV) en el contexto de un proceso constituyente que, creemos, ya se encuentra en marcha.

Antes de esta reflexión, es importante recordar al lector que fuimos miembros activos de la campaña hasta la segunda vuelta de la elección presidencial del año pasado. Gran parte de las afirmaciones sobre la campaña MtV se derivan de nuestra experiencia personal, y en ningún modo representan la diver-

sidad de experiencias que logró concitar esta acción política. En el contexto de un anuario de derecho público, creemos importante dejar un testimonio de una campaña que buscó, a través de una lectura de las reglas que determinan el funcionamiento del proceso político, levantar una demanda tan relevante como la de una asamblea constituyente.

La estructura del artículo es la siguiente. Primero, se analiza el proceso constituyente y cómo la iniciativa MtV se inserta en ella, propugnando el establecimiento de una asamblea constituyente para la creación de una nueva constitución para Chile. Segundo, se avanza en un concepto de asamblea constituyente como ideal regulativo, con el objeto de orientar la acción política en el proceso constituyente. Luego, se explican algunos de los debates jurídicos que la iniciativa tuvo que sortear. A partir de lo anterior, se propone evaluar la campaña desde una perspectiva amplia y como parte un proceso constituyente que ya está en marcha.

1. El proceso y la asamblea constituyente: El origen de “Marca Tu Voto”

La actual presidenta Michelle Bachelet ha prometido a su electorado una nueva constitución. Para ello, creó una comisión de expertos (todos profesores de derecho público) que discutió el contenido de una propuesta constitucional que incluye, entre otros elementos, un nuevo catálogo de derechos fundamentales y una ampliación de los poderes del parlamento en relación al poder ejecutivo. Casi al final de la propuesta, se mencionan tres criterios para el proceso de creación de una nueva constitución: democrático, institucional y participativo⁶. Así, la propuesta constitucional de la presidenta socialista descansa casi en su totalidad en cuestiones sustantivas (el contenido de la nueva

6 El Programa de Gobierno de Michelle Bachelet otorga contenido a estas características al señalar que: “La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional, y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”. Chile de Todos, Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, 2014-2018, p. 35.

constitución), dejando un pequeño espacio para la presentación de su postura con respecto al proceso de creación de ella. En cuanto a lo primero, parece pertinente que, ante la discusión de las reglas que van a regir nuestra convivencia democrática, cada uno de nosotros, ya sea a través de partidos políticos, movimientos u otro tipo de asociaciones, llevemos nuestras propias visiones de mundo. En otras palabras, es normal que en discusiones sustantivas, como aquellas que implican cuestiones morales, entremos en un diálogo con nuestros conciudadanos con una carga previa de visiones de mundo, de respuestas a preguntas morales complejas, y una serie de prejuicios o formas de vida que cada uno ha forjado en su historia personal o colectiva. Sin embargo, lo que parece alejado de la agenda pública es *la discusión de las reglas que permitirán que ese diálogo se desarrolle de manera informada, respetuosa, abierta, con un resultado que genere la lealtad y aceptación de los participantes*. En este contexto, la iniciativa ciudadana MtV ha sido la excepción. Con poco presupuesto y en base a una plataforma nacional de voluntarios, esta iniciativa logró forjar un debate acerca de las reglas que van a determinar el desarrollo de este diálogo ciudadano.

La iniciativa ciudadana MtV nació como un intento de devolverle legitimidad a la discusión de cuestiones políticas. Su motivación más profunda era la resignificación política del sufragio. En efecto, la utilización de reglas electorales para expresar el deseo de tomar parte en el proceso de creación de un nuevo acuerdo fundamental, fue vista como una oportunidad de reencantar a la gente con las vicisitudes del proceso político. En un contexto de baja participación y de graves déficits de representatividad, la iniciativa se ofreció como una posibilidad de que el electorado vibrara con la discusión de cuestiones políticas de largo plazo que importan a todos y no solo como expresión de preferencias partisanas⁷. MtV comenzó a articularse en torno a ideas que regulan el funcionamiento del proceso político. Si bien se empezó a trabajar desde un diagnóstico compartido en torno a la necesidad de reformar y mejorar el contenido de leyes e instituciones, los miembros fundadores de MtV se dieron cuenta de que la única posibilidad de atraer personas de diferentes sectores políticos, culturales e ideológicos era ofrecer una invitación abierta a discutir democráticamente las bases de un nuevo arreglo constitucional. Por ello, desde principios de 2013, cuando se inició la articulación de una secreta-

7 Véanse, por ejemplo, las explicaciones y cifras que presenta el informe "Auditoría a la democracia" del Área de Gobernabilidad del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cap. 2.2., p. 227 y ss.

ría o coordinación ejecutiva a cargo de la iniciativa, la consigna fue siempre la misma: “no debemos perder de vista que la invitación a una asamblea constituyente debe cuidarse de no tener el borrador de la constitución escrito bajo el brazo”. La campaña asumió, desde un inicio, que el gran error de varios llamados que en el pasado intentaron convocar a una asamblea constituyente fue amarrar dicha invitación a los contenidos precisos de una nueva constitución. La invitación principal de MtV era a discutir cuáles podrían ser los principios, criterios y reglas que nos permitieran elaborar un arreglo constitucional para nuestra generación. Por ello, al adoptar un nombre para la campaña, los miembros optaron por utilizar el lema “Marca Tu Voto con las siglas AC (asamblea constituyente)” en vez de “Marca Tu Voto con las siglas NC (nueva constitución)”.

2. El concepto de asamblea (o convención) constituyente

La asamblea constituyente (en adelante, AC) es un concepto elusivo, pero que suele tener una carga semántica positiva, al menos entre quienes comparten los ideales propuestos por una teoría política democrática. Provisionalmente, se puede definir una AC como un grupo de representantes elegidos democrática y directamente por los ciudadanos cuya única tarea es la confección de un nuevo texto constitucional a ser ratificado por el pueblo a través de un plebiscito. Entre sus características, se suele incluir la necesidad de autodisolución una vez terminada la función para la cual fueron elegidos los representantes.

En principio, parece un contrasentido decirse democrático y no estar a favor de los ideales que se expresan en una AC: consentimiento de los gobernados, participación, deliberación amplia y abierta a todos los afectados por una decisión fundamental, etc. La fórmula de una AC demanda las mayores exigencias democráticas para la elaboración de cambios constitucionales, con lo que se busca incrementar las condiciones de integración y representación política⁸. Por ello, en términos teóricos, es preferible hablar de la AC como un “ideal regulativo”, esto es, como una idea o situación ideal que puede articularse institucionalmente de diversas y múltiples maneras, de modo que el debate público sobre una AC se debiera dar en torno a sus formas particulares de expresión o a su implementación en un determinado contexto⁹. En con-

8 Por todos, Böckenförde, Markus, *A Practical Guide to Constitutional Building*, (IDEA), 2013, pp. 14-15.

9 Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, (Taurus), 1990.

secuencia, la AC es el horizonte de sentido que debe guiar la acción y praxis política del proceso constituyente.

Bajo este marco, por ejemplo, comprendemos el sentido de las críticas del ex precandidato presidencial Andrés Velasco a la idea de hacer una AC bajo el actual marco institucional:

[...] si alguien piensa que el Congreso le va a ceder esa facultad de hacer cambios a una asamblea constituyente, bueno, significa que vamos a tener que esperar muchos años. Yo no quiero esperar muchos años, quiero cambios ahora. Y si el Congreso no los aprueba habrá que hacer política, habrá que levantar la voz, habrá que insistir, habrá que someter a los parlamentarios que se opongan a la voluntad popular en la próxima elección, porque el país ya no aguanta más excusas¹⁰.

Estos argumentos no van dirigidos en contra de la idea misma de AC sino de la oportunidad de su implementación, u obedecen a consideraciones pragmáticas o prudenciales. La crítica de Velasco es usual: una AC no sería necesaria, es muy difícil de concretizar o dificultaría las condiciones para llegar a acuerdos constitucionales básicos. El sentido de este artículo es justamente discutir los modos en que una determinada AC debiera acercarse a este ideal regulativo o situación ideal. El procedimiento para el diseño de una nueva constitución debe ajustarse a criterios normativos en base al ideal regulativo de una AC. La agenda política del actual momento obliga a intentar trazar las líneas en que podría enmarcarse el debate sobre la AC en Chile.

La AC, asumida en tanto ideal regulativo, debe concebirse como un óptimo de condiciones para la creación de una nueva constitución. Dicho óptimo se logra a través de la maximización de los grados de participación y pluralismo, y la minimización del “problema de los incumbentes”. Respecto a lo primero –la dimensión de maximización–, la AC se constituye como un foro de deliberación pública que permite la intervención activa de los ciudadanos. Estos participan no solo en la decisión primaria de crear una nueva constitución a través de una asamblea creada para dicho efecto, sino también en la elección de los delegados constituyentes y en la ratificación del nuevo texto constitucional. En la misma línea, su articulación concreta debe aspirar a la máxima representación de intereses, especialmente de aquellos que han sido

¹⁰ *Emol.cl*, Velasco se desmarca de Bachelet y no apoya una asamblea constituyente, 11 de noviembre 2013.

preteridos por el tradicional sistema político, como las mujeres o los pueblos indígenas¹¹. Respecto a lo segundo –la minimización del problema de los incumbentes–, la AC es una alternativa que permite una deliberación *ad hoc* sobre el problema constitucional sin que quienes se vean directamente beneficiados o perjudicados deban adoptar decisiones con el solo objeto de favorecer sus posiciones estratégicas. Por ejemplo, si un diputado debe resolver sobre adoptar una regla de reelección de dicho cargo, este sabe que la decisión que adopte lo favorecerá o perjudicará directamente en sus intereses. Por ello, al crearse una instancia específica de deliberación constituyente que, además, cuenta con una serie de inhabilidades particulares dirigidas a atacar este dilema, se minimiza el problema de los incumbentes. Así, la AC constituye la forma y el proceso a partir de la cual se pueden superar los denominados enclaves autoritarios o “cerrojos constitucionales” que, en la actualidad, impiden la agencia política del pueblo¹². Sobre esto volveremos más abajo.

Además de un ideal regulativo, cuestión que la hace un objeto de estudio difícil para una ciencia política comparativa o puramente descriptiva, la AC, en términos normativos, puede caracterizarse como *la última etapa de un proceso amplio de participación ciudadana*. La elaboración de reglas constitucionales básicas demanda no solo el diseño de instituciones especiales para tal efecto, sino también un proceso de politización que acompañe la deliberación en torno a tales reglas. Se trata de un fortalecimiento de la sociedad civil y de su intervención en la esfera pública informal¹³. En otras palabras, la idea de una AC no se puede entender separada de un proceso político (que algunos prefieren llamar “proceso constituyente”). Las palabras de Andrés Velasco antes citadas sugieren esto de manera implícita: en las condiciones actuales, sin un adecuado proceso político que garantice ciertas condiciones mínimas del debate, y, más aun, bajo el actual marco institucional, parece absurdo hablar de una AC en Chile. Serán las características de este proceso político las que permitan calificarlo como un proceso democrático que se acerque a la situación ideal que plantean diversos autores inmersos en el debate de la teoría

11 Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, (Oxford University Press), 2000.

12 Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, (Lom ediciones), 2013.

13 Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, (MIT Press), 1992, p. 134 y ss.; Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, (Trotta), 1998, p. 384 y ss.

democrática contemporánea¹⁴. Entre las características del proceso político se puede incluir: una participación ciudadana intensa; una movilización de ideas vigorosa; un proceso de articulación de visiones de país a través de diversos movimientos, partidos políticos u otro tipo de asociaciones; una adecuada representación de los grupos desaventajados (que, por regla general, se transforman en minorías políticas una vez constituida la democracia representativa); y una pluralidad de voces capaces de persuadir a quienes interactúan en el dialogo, independientemente del lugar o perspectiva desde los que hablen. Considerando que estas características representan las precondiciones de un proceso político ideal, cuya culminación se materializa en una AC, es importante destacar la articulación institucional de estas características en las “reglas del juego” de los mecanismos institucionales que se utilizan en un proceso constituyente: principalmente, el plebiscito y a la AC.

3. Nueva constitución y asamblea constituyente

La AC constituye la forma más perfecta, en términos democráticos, para que un pueblo se dote de una nueva constitución. La constitución, como norma fundante de la comunidad política, debe responder a una decisión del pueblo, que es el titular de la soberanía según la teoría democrática¹⁵. Una idea tan básica como esta parece lejana a nuestra práctica política, que se ha regido y conducido bajo las normas de una Constitución adoptada bajo una dictadura militar. Ante el desafío de una nueva constitución se debe reconocer que su procedimiento de generación o creación importa no solo consideraciones prácticas, propias de cualquier decisión política, sino también un hecho de definición y autodeterminación política del pueblo. Mientras más nos alejemos del ideal regulativo de la AC, más difícil será concretar este hecho político de constitución de la comunidad política.

Hemos señalado que la presidenta de la República ha definido programáticamente que la nueva constitución debe surgir de un procedimiento “democrático, institucional y participativo”. La acción política, por tanto, deberá concretizar tales criterios. Para la iniciativa MtV, la forma de aterrizar dichos criterios estuvo clara desde el principio: Chile requiere de una AC para dic-

¹⁴ Tierney, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, (Oxford University Press), 2012.

¹⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza), 1982.

tarse una nueva constitución. Esta respuesta se explica por una comprensión, primero, del problema constitucional y, segundo, de la respuesta política que debe darse a dicho problema.

El problema constitucional en Chile está dado por una Constitución impuesta que impide el desarrollo democrático de nuestras reglas e instituciones. Esto responde a dos ejes: la generación antidemocrática de la Constitución de 1980, y su estructura y contenido, que desconfían del pueblo como titular de la soberanía. El denominado “pecado de origen” de la Constitución es conocido y ha sido ampliamente documentado: se refiere a la imposición del texto fundamental por la dictadura militar, bajo condiciones antidemocráticas¹⁶. El segundo eje se conoce en la literatura como “democracia protegida”, el que ha sido reconceptualizado como la Constitución “tramposa”¹⁷. Sobre esto último es necesario detenerse, puesto que impacta en la forma que se puede crear una nueva constitución.

En términos sencillos, la Constitución actual impide que se desarrolle el gobierno democrático a través de tres dispositivos contramayoritarios, cuyo diseño tenía por objeto neutralizar la voluntad popular¹⁸. El primero de ellos son las leyes orgánicas constitucionales, cuyo quórum de aprobación exige el voto conforme de al menos cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 66 de la Constitución). Además, toda ley orgánica constitucional, antes de ser promulgada, debe ser obligatoriamente revisada –en su constitucionalidad– por el Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1 de la Constitución). Estas leyes afectan el principio de igualdad política de los ciudadanos y amplían el poder de veto de la minoría, exigiendo un consenso superlativo en materias que no se encuentran en la Constitución misma¹⁹. El segundo de los cerrojos es el sistema binominal, que genera empates en el Congreso Nacional, subsidiando en representación a la derecha política. El sistema binominal no es ni mayoritario ni proporcional y su objeto, tal como lo han declarado algunos de sus partidarios, ha sido procurar una “adecuada representación a la principal ‘minoría’ del país”²⁰. Esta “minoría” es

16 Fuentes, Claudio, *El fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*, (Hueders), 2013.

17 Atria, op. cit.

18 *Redseca.cl*, Muñoz, Fernando, La Constitución de 1980 como un “nunca más” a la Unidad Popular, 9 de septiembre de 2013.

19 Jiménez, Guillermo, Marshall, Pablo y Muñoz, Fernando, “La debilidad de las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho*, Vol. XLI, 2° semestre (PUC), p. 367 y ss.

20 von Baer, Ena, “El sistema binominal: Discusión sobre sus objetivos y efectos”, en *Informe Político LyD*, N° 99, (Libertad y Desarrollo), 2007, p. 3.

la derecha que apoyó y apoya el régimen constitucional vigente, es decir, el sector político que se beneficia directamente de la mantención del status quo y de los cerrojos. El último de estos es la potestad de control preventivo del Tribunal Constitucional. Esta magistratura debe/puede examinar la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso antes que estos sean promulgados como leyes. Como se trata de un control preventivo –esto es, antes que la norma entre en vigencia– no hay una aplicación concreta de la ley que viole la Constitución. Este control, como se sabe, puede ser obligatorio (artículo 93 N° 1 de la Constitución) o a petición de parte (artículo 93 N° 3 de la Constitución). En el primer caso, las leyes orgánicas constitucionales van a ser siempre revisadas por el Tribunal, de manera de preservar el orden legal que fue adoptado bajo dictadura. En el segundo, para todas las demás leyes que no tienen control obligatorio, la minoría política tiene la opción de cuestionar su constitucionalidad (artículo 93 inciso 4° de la Constitución). El diseño de este sistema permite neutralizar la decisión mayoritaria y cancelar la agencia política del pueblo²¹. Las únicas reformas constitucionales posibles son aquellas que (eventualmente) consienta la derecha, toda vez que esta minoría podría obstaculizar cualquier cambio que perjudique sus intereses protegidos en estas normas.

El problema constitucional descrito explica por qué la iniciativa MtV estaba a favor de la creación de una asamblea o convención constituyente. El mecanismo de una AC permitía resolver los déficits de representación, participación y deliberación, y, sobre todo, el “problema de los incumbentes” y el bloqueo de la derecha política a un cambio constitucional genuino. En efecto, al crear una institucionalidad para la generación de una nueva constitución que atienda a resolver los defectos anotados, se lograría redactar una nueva carta fundamental en democracia, sin depender del consentimiento o anuencia de quienes no quieren cambiar la Constitución que se impuso por la dictadura que apoyaron. Por ello, es posible afirmar que la AC es la institución más idónea para crear, de manera democrática y participativa, una nueva constitución.

Ahora bien, se estima que si se resuelven los cerrojos constitucionales se estaría frente a una *nueva constitución*. Así lo ha expresado Fernando Atria:

Si en vez de lograr solo la abolición de un cerrojo ya quemado, esta vez se hace posible la eliminación de los tres cerrojos ya identificados y del

21 Atria, op. cit. p. 45.

metacerrojo, entonces habrá que decir que la Constitución ya no pretende neutralizar la agencia política del pueblo. Es decir, habrá que decir que la forma política del pueblo chileno ha cambiado. *Es importante ser claro en esto: a mi juicio, la abolición de los tres cerrojos y del metacerrojo es una nueva constitución*²².

La idea de nueva constitución de Atria apunta, por tanto, a solucionar los elementos antidemocráticos que no permiten al pueblo chileno autogobernarse. Por ello, sería coherente afirmar que la resolución del problema constitucional sería posible mediante un procedimiento que enfrente los déficits democráticos que impiden al pueblo chileno darse una nueva constitución²³.

4. Marcar el voto: Una protesta pacífica y democrática

Habiendo descrito el conflicto constitucional que subyace a la necesidad de una nueva constitución, es posible explicar el fondo de la acción política que tenía como objetivo la iniciativa MtV. La campaña tuvo que lidiar con desafíos jurídicos y se enmarcó en un diálogo con la ciudadanía sobre la necesidad de una nueva constitución. Para ello, levantó una plataforma comunicacional que operó a través de las redes sociales y en los medios de comunicación tradicionales. Gran parte de la estrategia discursiva se libró en columnas de opinión y en cartas a los directores de los principales periódicos del país.

La iniciativa buscó efectuar una protesta a través del acto de votar. Bajo las reglas electorales vigentes, el voto marcado es un voto válido y, por ello, se invitaba a la ciudadanía a que, junto a votar por un representante, plasmara un llamado a cambiar las reglas constitucionales. Esta protesta era pacífica, se efectuaba a través de un mecanismo democrático –el sufragio– y era legal. Pese a ello, pronto comenzó a suscitar una férrea oposición desde distintos flancos. Uno de los primeros en criticar la iniciativa fue el columnista de *El Mercurio* Gonzalo Rojas, quien sostuvo lo siguiente:

22 *Ibíd.*, p. 55, énfasis añadido.

23 Esta no es la única concepción de “nueva constitución” que se ha manejado en la discusión. Tomás Jordán, por ejemplo, sostiene que, además de la eliminación de los cerrojos, debiese consagrarse un modelo de Estado social de derecho. Por tanto, una nueva constitución debe alterar las reglas de funcionamiento del sistema político pero también los valores del modelo de sociedad que existen en la Constitución de 1980. *Diarioconstitucional.cl*, Jordán, Tomás, ¿De qué hablamos cuando hablamos de una nueva constitución?, 30 de agosto de 2013.

[...] nada más degradante que el llamado de los grafiteros electorales a escribir siglas o mensajes en los votos. Acostumbrados a ensuciar todas las paredes posibles en sus ciudades, proponen ahora que sus electores procedan a demarcar territorio –así lo hacen algunas especies animales y ciertas tribus urbanas– para señalar una tendencia que nada tiene que ver con las opciones impresas. Después comunicarán que sumaron millones y millones de grafitis y que, por lo tanto, los electos en noviembre no valen nada²⁴.

Rojas apuntaba a una degradación del derecho de sufragio. Para nosotros, la iniciativa pretendía todo lo contrario. En una debilitada democracia, el llamado a marcar el voto buscaba dignificarlo como uno de los más importantes actos de comunicación política, la decisión de los asuntos que involucran a la comunidad. El llamado a marcar el voto con el fin de expresar el deseo de convocar a una AC pretendió utilizar una vía institucional, bajo las reglas legales vigentes, para enviar un mensaje a las autoridades públicas expresando el deseo de un gran número de ciudadanos: ejercer el autogobierno colectivo, por primera vez en la historia de Chile, para acordar las principales reglas del juego. En otras palabras, se trataba de recuperar el sentido político del voto para expresar los deseos que tiene Chile de constituirse como pueblo. Por consiguiente, era una acción eminentemente republicana, pacífica y democrática que apelaba a deliberar colectivamente sobre la necesidad de una nueva constitución²⁵. Esta intención de protesta fue siempre transparentada. La acción de marcar el voto no debía –y, jurídicamente, no podía– ser considerada como un plebiscito. En efecto, la marca en el voto no producía ningún efecto vinculante para la autoridad. Sin perjuicio de ello, se movilizó a la ciudadanía, en el marco de las campañas presidenciales, con el objeto de someter a juicio crítico las ofertas políticas respecto de nuestras reglas constitucionales vigentes. Si hubiere de haber un plebiscito, este sería una etapa posterior del proceso constituyente, como se analiza más abajo.

La iniciativa, por otro lado, tuvo que lidiar con insinuaciones que apuntaban al carácter subversivo de marcar el voto para la democracia. Esto fue lo que sugirió Hernán Corral, ex decano de la Facultad de Derecho de la Univer-

24 *Emol.cl*, Rojas, Gonzalo, Voto degradado, 22 de mayo de 2013. Las columnas y cartas que citaremos se encuentran compiladas en el siguiente sitio: <http://www.pcontreras.net/blog/category/marca%20tu%20voto>

25 *Emol.cl*, Por todos Jaime Bassa, ¿Voto degradado?, 24 de mayo de 2013.

sidad Los Andes. Corral entendía que la campaña buscaba efectuar un plebiscito al margen de las reglas constitucionales y legales. Si esto era así, entonces MtV podría estar incurriendo en el ilícito que establece la Constitución en su artículo 19 N° 15²⁶. Corral escribió que

[...] puede sostenerse que la convocatoria, realizada por un conjunto de personas, a un plebiscito o consulta popular, es una conducta que vulnera el orden constitucional y lesiona las bases fundamentales del régimen democrático en vigor. Con ello, cualquier resultado de la campaña “Marca Tu Voto” es nulo de pleno derecho y no carece de cualquier eficacia jurídica. *Incluso cabría preguntarse si la misma incitación a realizar a un plebiscito prohibido no tiene una sanción en el texto constitucional. La respuesta podría ser afirmativa* si se atiende a lo previsto en el art. 19 N° 15 de la Constitución; según el inciso 6° de este número, “son inconstitucionales los partidos, *movimientos u otras formas de organización* cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático único y constitucional” (énfasis añadido). Esta inconstitucionalidad, y la responsabilidad de las personas naturales involucradas, deben ser determinadas por el Tribunal Constitucional²⁷.

Sin embargo, la iniciativa nunca propugnó un plebiscito. No se daba el presupuesto de la tesis que Corral insinuó. Así lo manifestamos varios profesores de derecho, para que no hubiese duda sobre el carácter de la campaña. En respuesta a lo sugerido por Corral, declaramos que nunca se pretendió que el resultado de la campaña resultara jurídicamente vinculante para alguna autoridad²⁸. El propósito siempre fue generar una señal política, ante la ausencia de mecanismos institucionales directos que permitan a la ciudadanía expresar preferencias constitucionales intensas y la falta de atención o voluntad de los representantes ante la necesidad de dotarse de un nuevo texto constitucional. Nunca existieron llamados a la sedición ni a quebrar el orden jurídico

26 En el inciso 6 del citado precepto, se dispone lo siguiente: “La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad”.

27 *Diarioconstitucional.cl*, Corral, Hernán, “Marca Tu Voto”: Una campaña inconstitucional, 19 de junio de 2013, énfasis añadido.

28 *Diarioconstitucional.cl*, Por todos Contesse, Jorge, “Marca Tu Voto” y el destierro constitucional, 22 de junio de 2013.

vigente; tampoco se emplearon mecanismos reñidos con la legalidad. Lo que se buscaba expresar era la preocupación más fundamental que los ciudadanos pueden tener acerca de las normas que los gobiernan. Y, en cualquier caso, es insostenible afirmar que una convocatoria como esta pueda ser nula, dado que no hubo ejercicio de potestades institucionalmente reconocidas. ¿Tendría la ciudadanía que desconocer el llamado a marcar el voto por tratarse de un acto nulo? El argumento era absurdo²⁹.

La principal crítica a la iniciativa MtV fue siempre una de corte jurídico: marcar el voto anulaba el sufragio. Hasta el ministro del Interior de entonces afirmó públicamente que la marca tenía como consecuencia la anulación del voto³⁰. A diferencia de los reproches previamente reseñados –que se ubicaba en un plano político–, esto ameritaba una respuesta jurídica. Para ello, MtV citó constantemente la regla del artículo 71 de la Ley 18.700. La ley dispone que el único voto nulo es aquel en que consta más de una preferencia. La marca del voto, por tanto, no lo anula. Es más, la ley dispone que “[l]as cédulas que la Mesa considere marcadas deberán escrutarse, pero se dejará testimonio en el acta de los accidentes estimados como marcas y de las preferencias que contengan”. La claridad del texto no permite una doble lectura. El Servicio Electoral no tuvo otra alternativa que reconocer la validez del voto e instruir debidamente a los vocales de mesa a contabilizar los votos marcados³¹. La corrección normativa de nuestra posición fue respaldada en las urnas. Los votos marcados fueron considerados válidos y muchos vocales de mesa cantaban tanto las preferencias electorales como las marcas AC. El éxito de esta estrategia jurídica demostró que los miedos respecto del proceso electoral no eran más que insinuaciones infundadas.

La protesta de MtV no debe ser entendida como un plebiscito paralelo sino cómo una acción de la sociedad civil organizada para involucrarse en la discusión constitucional. Con la iniciativa se gatilló una serie de debates públicos sobre qué es una constitución, qué es una AC y por qué Chile requiere una nueva carta fundamental. El debate pasó de las redes sociales a los medios de comunicación y luego a una serie de instancias de la sociedad civil. La idea de

29 Las incoherencias del planteamiento de Corral también son evidentes según la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 19 N° 15. Para esto, véase la columna: Diario Constitucional, Szmulewicz, Esteban, “Marca Tu Voto” y el legítimo ejercicio del derecho de asociación, 25 de junio de 2013.

30 El Ministro del Interior y Seguridad Pública, Andrés Chadwick, dijo que “el Servel ha decretado que es un acto inválido y nulo en el caso de la votación”. Elmostrador.cl, Javiera Parada acusa a Chadwick de “desconocer la ley electoral” con sus críticas a Marca Tu Voto, 15 de octubre de 2013.

31 *Emol.cl*, Servel repartirá instructivo a vocales de mesa para registrar votos marcados con “AC”, 2 de agosto de 2013.

una AC fue debatida en cada foro en que se evaluaban las propuestas de los candidatos presidenciales. La campaña, por tanto, fue funcional a una discusión más amplia de los temas constituyentes.

5. “Marca Tu Voto” como un hito preliminar de un proceso constituyente en marcha

La iniciativa MtV se debiera evaluar atendiendo a un proceso constituyente que, a nuestro juicio, *ya está en marcha*. En efecto, MtV puede considerarse como un hito preliminar de un proceso constituyente del que solo la historia podrá decir si tuvo o no el éxito necesario para articularse en reglas institucionales para el proceso político en Chile. El objetivo de la campaña fue expresar un grito, una protesta, una pulsión de participación pública, sumando las voces de ciudadanos que, con un lápiz y un papel, se atrevieron a vencer la “virginidad” del voto y acoger el llamado de un grupo de personas que invitaban a un acto inocente para la legalidad. La iniciativa MtV trató de politizar la elección, buscando por medio de la votación canalizar una expresión política inocente, equivalente a decir: “*queremos participar, estamos aquí, escúchenos, pues también formamos parte de esta comunidad*”. En este sentido, el éxito de MtV debe medirse no en términos puramente electorales, sino a través del análisis del significado político de los hechos. Entendida la política como la capacidad de articulación colectiva, MtV es solo una de las instancias o hitos de un proceso constituyente más amplio en que, como ha señalado Antonio Negri, “el pasado no explica el presente, sino que únicamente el futuro podrá hacerlo”³². A diferencia del constitucionalismo con el que se defiende el derecho vigente, que “es una doctrina jurídica que conoce solamente el pasado, [que] es una continua referencia al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas y a su inercia, al espíritu replegado”, el poder constituyente “es siempre tiempo fuerte y futuro”³³. A quienes quieran invocar la métrica propia de la política electoral o de las reglas institucionales prefijadas que determinan el éxito o fracaso de una estrategia para conseguir el poder, solo podemos oponer, humildemente, la idea de que MtV es el hito preliminar de un proceso constituyente: proceso que solo el tiempo permitirá dimensionar. Por

³² Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, (Prodhufi), 1994, p. 14.

³³ Íd.

ello es necesario un análisis político más sofisticado para determinar si acaso estamos siendo testigos del inicio de proceso constituyente. En el lenguaje de Hannah Arendt, la acción política tiene dos características: es *contingente*, pues expresa la capacidad humana de un nuevo comienzo, es decir, de hacer algo que no se encontraba ya larvado en las condiciones previas a la acción; es *imprevisible*, de modo que su significado no es tanto el significado privado que le asignan sus actores o protagonistas, sino el que asume en público, siendo el actor solo uno en una pluralidad³⁴. Este es justamente el lenguaje que adoptó la iniciativa ciudadana MtV.

6. Plebiscito como primer acto formal (y eventual) de un proceso constituyente

Estimamos que un proceso constituyente solo puede iniciarse formalmente con una convocatoria a plebiscito en que se consulte a la ciudadanía si acaso tiene la voluntad de crear una nueva constitución a través de una AC. En efecto, solo un plebiscito que se realice con plenas garantías podrá contar con la legitimidad suficiente como para gatillar los mecanismos institucionales que requiere una AC.

Para realizar un plebiscito, nuestro actual marco constitucional exige como condición un desacuerdo entre el Presidente y el Congreso en torno a un proyecto de ley de reforma constitucional. El artículo 128 inciso 2° de la Constitución otorga al Presidente la facultad exclusiva de consultar a la ciudadanía ante este eventual desacuerdo. Además, el artículo 15 inciso 2°, ubicado en el capítulo II de la Constitución sobre “Nacionalidad y Ciudadanía”, agrega que “solo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”, lo que hace difícil que la voz de los ciudadanos sea escuchada en esta materia.

Por ello, y pensando en términos realistas acerca de los tiempos constitucionales, que son (y debieran ser) más lentos que los de la política ordinaria, es razonable que la Presidenta de la República presente un proyecto de reforma constitucional que permita la realización de un plebiscito único, a efectos de consultar si la nueva constitución que ha prometido debiese ser adoptada mediante una AC. La reforma debería modificar dos preceptos constituciona-

34 Arendt, Hannah, *La condición humana*, (Paidós), 1958; Atria, “Sobre la soberanía y lo político”, en *Derecho y Humanidades*, N° 12, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2006.

les: el artículo 32, agregando la atribución del Presidente de la República para convocar a plebiscito en materias de interés nacional; y el artículo 15, de manera tal que se extienda la posibilidad de efectuar un plebiscito al caso que sea convocado por el Presidente de la República, fuera de la excepcional hipótesis del artículo 128 de la Constitución.

Una reforma de esta naturaleza tiene la ventaja de contar con un quórum de aprobación menos exigente que la modificación del mismo procedimiento de reforma constitucional. En efecto, ambos preceptos se encuentran en capítulos a los que la Constitución exige el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, a diferencia del capítulo XV –Reforma de la Constitución–, que demanda dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. Ello, además, permitiría abrir un canal de participación que cumple con los criterios normativos de procedimiento que ha fijado la misma Presidenta de la República. El proceso mismo para adoptar una nueva constitución podría ser sujeto a deliberación y votación popular, maximizando las condiciones de participación y debate democrático. Esta vía, además, permitiría profundizar el debate público sobre la necesidad del cambio constitucional. Sería, asimismo, la materialización institucional de lo que se inició, en un momento, como protesta. Sería marcar el voto, aunque esta vez para decidir cómo queremos cambiar la Constitución de 1980.

Conclusiones

Para un anuario de derecho público, que busca dejar testimonio y avanzar algunas reflexiones sobre lo ocurrido en 2013, nos parece relevante analizar jurídicamente las dimensiones de la campaña MtV. Varias de las discusiones que debimos sostener como abogados encargados de asesorar a la secretaría o coordinación ejecutiva de la campaña, cruzaron transversalmente diversas áreas del derecho público. Desde la discusión sobre los criterios de interpretación de las reglas del proceso electoral, hasta la posibilidad de considerar un plebiscito constituyente como compatible con la actual Constitución, los diversos temas nos exigieron pensar en las formas jurídicas que permiten al pueblo expresarse políticamente. La campaña tuvo problemas y dificultades en muchas áreas, pero creemos que, a pesar de las objeciones, esta iniciativa fue correcta en cuanto a su forma. Esta campaña fue una forma creativa de buscar soluciones al problema constitucional. En palabras de Atria, fue “un

espléndido ejemplo” de que “la solución al problema constitucional radica en buscar con imaginación y creatividad, en el contexto de una institucionalidad diseñada para neutralizar al pueblo, formas a través de las cuales el pueblo pueda manifestarse”³⁵.

El éxito de MtV debe buscarse en el lenguaje político, en el estudio de los símbolos, en el significado profundo que la democracia tiene (o debiera tener) para sus ciudadanos y ciudadanas. En el contexto de un Chile con baja participación electoral y social, la campaña fue un reflejo de estrategias que buscan recuperar la agencia política del pueblo.

35 Atria, *La Constitución tramposa*, op. cit., p. 95.

NOMBRAMIENTOS Y PROMOCIONES JUDICIALES: ¿ES REALMENTE LA POLÍTICA EL PROBLEMA?

Juan Enrique Vargas Viancos¹

Resumen

En el debate público se han generado fuertes críticas en el último tiempo al sistema de nombramientos judiciales, las cuales se han centrado en las designaciones ante la Corte Suprema y en el alto grado de politización que han alcanzado. El artículo analiza las distintas etapas del proceso de designaciones y promociones judiciales, constatando que en la fase política del mismo hay importantes problemas que resolver, siendo el más relevante el alto quórum exigido para la ratificación en el Senado de los candidatos propuestos a la Suprema, pero concluye que las principales dificultades no se sitúan ahí, sino en la fase técnica del proceso que compete al poder judicial. Este no se ciñe a los estándares hoy generalmente aceptados para un proceso de este tipo, los cuales, desde la creación del Sistema de Alta Dirección Pública, se extienden a los nombramientos de directivos de confianza del aparato estatal, los que se encuentran en una situación asimilable a la de los jueces.

1. Contextualizando el problema

Es probable que ningún país esté plenamente conforme con su sistema para el nombramiento de jueces. Sin embargo, pareciera que en Chile ese malestar es particularmente agudo, sobre todo por la injerencia política –o las amenazas de injerencia política– en esas designaciones. En el último tiempo, dos han sido los conflictos más relevantes que se han producido en torno a esta cuestión. El primero se generó a raíz de las declaraciones en 2011 del

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

entonces ministro de Justicia Teodoro Ribera, quien, a consecuencia de las libertades decretadas por la justicia de personas detenidas durante las manifestaciones estudiantiles, anunció que esas resoluciones iban a ser consideradas por el gobierno al momento de decidir sobre futuros nombramientos y promociones de jueces y ministros². El debate que generaron estas palabras culminó con una declaración del Pleno de la Corte Suprema, el cual señaló que “es posible que los magistrados tengan presente, consciente o inconscientemente, la forma cómo repercutirá en su carrera profesional las decisiones que adopten respecto a las peticiones que formulen los intervinientes”, lo cual, a juicio del máximo tribunal, “afecta objetivamente tanto las garantías constitucionales de ser juzgado por un juez independiente e imparcial, como la de un debido proceso legal”³.

Otro foco público de conflicto se ha generado a propósito de las últimas designaciones de ministros de la Corte Suprema. Los tiempos que toma este proceso y, sobre todo, los criterios con que se adoptan las decisiones han sido objeto de críticas no solo desde la comunidad legal, sino también por parte de la propia Corte Suprema. Nuevamente, el considerar para una promoción cómo han fallado determinados asuntos los candidatos ha sido uno de los aspectos más cuestionados. Así, por ejemplo, el ex senador Miguel Otero expresaba en una carta a *El Mercurio*:

Hoy hay senadores que se olvidan de la República para favorecer sus intereses políticos o personales, rechazando nombramientos absolutamente procedentes en base a la calidad magisterial y personal de los propuestos, asilándose en estar disconformes con fallos emitidos por ellos por cuanto estos no concuerdan con sus ideas políticas o interés personal.

Esta actitud es abiertamente anticonstitucional, por cuanto la Carta Fundamental prohíbe a los otros poderes del Estado pronunciarse sobre los fallos que emitan los tribunales. Aparte de la injusticia que ello conlleva, se está sentando un gravísimo precedente para la independencia e imparcialidad con que deben actuar los jueces. Esta conducta

2 *Cooperativa*, Gobierno revisará “jurisprudencia y criterios” de jueces para decidir ascensos, 21 de octubre de 2011, disponible en: http://www.cooperativa.cl/gobierno-condicionara-ascensos-de-jueces-a-su-actuacion-ante-detenido-por-desordenes/prontus_nots/2011-10-21/130029.html

3 *El Mostrador*, La Corte Suprema golpea la mesa por declaraciones del ministro de Justicia, 28 de octubre de 2011, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/pais/2011/10/28/condicionamiento-de-ascensos-a-jueces-afecta-objetivamente-las-garantias-constitucionales/>

les está señalando que si no fallan conforme a los intereses personales o políticos de algunos senadores de mayoría, no llegarán a la Corte Suprema. Esto es, deben dejar de ser independientes e imparciales y considerar la repercusión política de sus fallos para poder acceder a la Corte Suprema⁴.

En su discurso de inauguración del año judicial 2014, el presidente de la Corte Suprema, ministro Sergio Muñoz, alertó “contra la incidencia de la autoridad política en los nombramientos de los magistrados”, indicando que “[e]sta práctica, aplaudida por los partidarios del control político de la judicatura, puede desencadenar, precisamente, el debilitamiento de la tutela imparcial en los derechos”.

Pero, ¿es posible pretender que se puedan despolitizar los nombramientos judiciales, particularmente los de los más altos cargos? En lo que sigue en este texto se sostiene lo contrario, que no solo es imposible excluir a la política (o a los políticos) en las designaciones, sino que sería inconveniente hacerlo. De lo anterior no se sigue una defensa del sistema actual de designaciones judiciales en Chile, ni menos de cómo en concreto opera en la práctica, pues, tal como se argumentará, el sistema muestra múltiples e importantes falencias que no permiten asegurar que a través de él se estén efectivamente escogiendo o promoviendo a los mejores.

2. ¿Qué tiene de particular el nombramiento y la promoción de los jueces?

No está de más reiterar lo que parece obvio: nombrar a un juez no es lo mismo que hacerlo con cualquier otro funcionario. Ello, precisamente porque no son funcionarios, no son un eslabón de una cadena de mando dentro de la Administración Pública, pues cada uno de ellos ejerce, en forma directa, la potestad de juzgar a las personas, lo que es un atributo propio de la soberanía popular, es decir, le pertenece a la comunidad política que constituyen los ciudadanos. Estos, en una democracia, actúan directamente o a través de sus representantes y, en ese tipo de regímenes, esos representantes son electos mediante votaciones populares.

⁴ *El Mercurio*, Senadores y jueces de la Corte Suprema, 8 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/12/08/17627/Senadores-y-jueces-de-la-Corte-Suprema.aspx>

Por qué entonces no acudir al mecanismo de la elección para designar a los jueces, el cual es utilizado en otros países⁵. La explicación para no seguir ese camino es que no se espera que los jueces actúen como representantes de la ciudadanía a la hora de ejercer jurisdicción, pues confiamos en que ellos desarrollen un trabajo técnico/profesional con imparcialidad e independencia, resolviendo los casos únicamente en función del derecho y de las pruebas y alegaciones aportadas por las partes, conforme su particular razonamiento jurídico. Las decisiones judiciales muchas veces son o deben ser contramayoritarias, es decir, distintas a la opinión o los intereses de la mayoría de los ciudadanos, lo que no se podría lograr si quienes deben adoptarlas actuaran como sus representantes.

Debemos entonces escoger jueces profesionalmente competentes, ojalá los mejores, pero, por otra parte, no se puede olvidar el componente político de su actuar, pues el trabajo de los jueces no es tampoco puramente técnico: los casos rara vez tienen una única solución posible, por lo que siempre interviene en ello el criterio del juez, término bajo el cual se engloban su forma de entender el derecho, sus concepciones sociales, sus valores y hasta sus prejuicios. Mientras más altos sean los cargos judiciales, ese componente político será más acentuado, tanto por el tipo de cuestiones que les corresponde decidir (particularmente las constitucionales) como por los efectos que se espera tengan sus sentencias en la generación de jurisprudencia que debiera ser seguida por otros jueces.

Un buen mecanismo de selección y promoción de jueces, en ese contexto, equivale a buscar la cuadratura del círculo: debe asegurar contar con jueces atentos a su tiempo y capaces de leer hacia dónde la sociedad encamina sus pasos, pero tal responsabilidad no debe quedar entregada a los vaivenes y veleidades del humor popular o en las manos de ciertos grupos de interés.

La disyuntiva anterior generalmente se aborda a través de sistemas mixtos, que contemplan una fase de evaluación técnica de los candidatos y otra de carácter más político, en donde la ciudadanía no interviene directamente, como sería en una elección, sino a través de sus representantes, ya sea el gobierno o el parlamento, o ambos a la vez. En el caso chileno, la fase que

5 La mayoría de los jueces estatales se eligen por votación popular en los Estados Unidos, incluyendo a los integrantes de 39 de las 50 Cortes Supremas de los Estados. También se eligen por voto popular los jueces en algunos cantones en Suiza y los jueces de paz en Colombia, Perú y Venezuela. Bolivia es el único país Latinoamericano que contempla la elección popular de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura (los demás jueces son designados por el Consejo de la Magistratura).

se podría llamar técnica recae en el propio poder judicial, a través de la formación de ternas o cinquenas por parte del superior jerárquico⁶, dentro de las cuales debe escoger, en la fase política del proceso, el poder ejecutivo al juez que será nombrado o promovido, nombre que, para los ministros de la Corte Suprema, debe ser ratificado por el voto conforme de los dos tercios de los senadores en ejercicio⁷. Sistemas parecidos al chileno, que suman la intervención del poder judicial y de las autoridades políticas, se encuentran en Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Panamá.

Otros países de América Latina, los menos, a decir verdad, han optado por un sistema únicamente de cooptación de los jueces de instancia, los cuales son designados de manera directa por la cúpula judicial, enfatizando de este modo el componente técnico de la función judicial por sobre el político. Es lo que sucede en Costa Rica y en Uruguay, países en que solo en el nombramiento de los integrantes de las respectivas Cortes Supremas interviene el poder político (el Parlamento, en ambos casos).

Sin dudas, el sistema que ha pasado a ser el preferido en los últimos años, siguiendo las experiencias europeas de postguerra, consiste en atribuir esta facultad a un Consejo de la Magistratura, que generalmente cuenta con una representación mixta –aunque variable– de políticos y judiciales. Es lo que hoy sucede en Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay y Perú.

3. La carrera judicial y la intervención política en las designaciones

Cualquier análisis del sistema de designaciones y promociones judiciales en nuestro país no puede desconocer que este se ve condicionado por las particularidades de la carrera judicial. El que este texto abarque no solo designaciones sino también las promociones, se debe precisamente a la existencia de una carrera judicial que, al igual a lo que sucede en la mayoría de los países de rai-gambre continental, implica concebir la función judicial como una alternativa o camino profesional, en la cual los abogados entran jóvenes a desempeñarse en los cargos más bajos del escalafón (y, en una proporción relevante, incluso como funcionarios judiciales, antes de pasar a ser jueces), con la expectativa

6 Las cinquenas operan solo para la designación de ministros de la Corte Suprema y es elaborada por los propios integrantes de ese tribunal. Debe tenerse presente que la carrera judicial no excluye en Chile la designación de externos en cargos de cualquier nivel de la misma.

7 Esto a partir de la modificación del texto constitucional aprobada mediante la Ley 19.541 de 1997.

de mantenerse en ella, si no toda su vida profesional, al menos durante una parte relevante de la misma y, por lo mismo, de ir progresando conforme a la antigüedad y merecimientos⁸.

Suele decirse que un buen juez debe ser desagradecido, en el sentido que no debe sentirse comprometido hacia quien lo designó, lo que, en la práctica, se traduce en adoptar decisiones contrarias a los intereses de esa autoridad, si los hechos y el derecho aplicable al caso así lo justifican. Pero, es bastante difícil ser desagradecidos cuando se espera y busca un ascenso en el futuro. Respecto a este asunto surge con fuerza el tema de la independencia del juez al fallar. ¿Puede serlo realmente el juez que arriesga el futuro de su carrera si falla de determinada manera? Pretender que un juez en tales condiciones pueda hacer completa abstracción de sus intereses personales es pedirle a esos abogados conductas que exceden lo exigible a cualquier mortal.

Por ello parece mucho más adecuado el sistema de los países anglosajones, en que derechamente no hay una carrera judicial. No existe la idea de promoción o ascenso, pues las designaciones judiciales son solo para el cargo de que se trate y, cualquiera que quiera acceder a otro cargo, debe postular en igualdad de condiciones a quien viene de fuera del poder judicial. Otra ventaja de estos sistemas es que persiguen que lleguen a los cargos judiciales abogados de experiencia, luego de un periodo más o menos prolongado de ejercicio profesional. Distinta es la situación de países con “carrera judicial”, donde los jueces comienzan jóvenes a ejercer sus funciones y, en el caso de Chile, realmente muy jóvenes, lo que ha llevado al director de la Academia Judicial a señalar que “[u]no podría preguntarse si no es más conveniente un sistema donde se ingrese a la calidad de juez con más edad, pensando en la experiencia profesional, pero fundamentalmente [en] la experiencia de vida”⁹.

Sin embargo, por mucho que se considere mejor un sistema sin carrera¹⁰, es necesario convivir con la realidad chilena en que esta existe y no parece haber intención de suprimirla.

8 Los jueces en Chile permanecen en sus cargos en forma indefinida, gozando de inamovilidad mientras se mantenga su buen comportamiento. Solo deben cesar al cumplir 75 años de edad.

9 Declaraciones de Eduardo Aldunate disponibles en http://ucv.altavoz.net/prontus_unidadad/site/artic/20121012/pags/20121012014911.html.

10 También existen otras razones: no parece correcto que alguien ejerza indefinidamente un cargo judicial sin someterse a ninguna evaluación (todas las autoridades que ejercen soberanía se someten periódicamente a la renovación de sus cargos mediante elecciones), pero la experiencia indica que todas las evaluaciones que se hacen de los jueces resultan problemáticas desde el punto de vista de su independencia.

En ese contexto, se debe pensar en un sistema de promociones que considere si aquél que pretende ascender es un buen o un mal juez, pero de manera reflexiva. No parece razonable que un juez pretenda ser promovido sin que sea sometido a escrutinio su trabajo previo como magistrado. Es más, se debería aspirar a que ese escrutinio fuera permanente, intenso y transparente; y es en sus sentencias donde puede encontrarse evidencia sobre su calidad profesional. Realmente cuesta imaginar qué otra cosa pueda ser más relevante de examinar para evaluar el trabajo de un juez que sus fallos¹¹. Si su evaluación prescindiera de ellos tendría que centrarse en cuestiones puramente adjetivas y secundarias.

El ideal sería que ese examen cubriera un conjunto relevante de los fallos del juez sujeto a escrutinio y que consistiera en un ejercicio serio de indagación sobre la calidad del razonamiento contenido en ellos. Por el contrario, no parece justo que toda una carrera judicial sea juzgada en función de una determinada sentencia y solo en consideración a si quien emite ese juicio está de acuerdo o no con lo resuelto en ella. Tampoco parece correcto acudir a un ejercicio meramente estadístico sobre, por ejemplo, cuántas condenas ha dictado un determinado juez o las veces que rechazó solicitudes de prisión preventiva. Pero se debe reconocer que no es posible evitar que un órgano de carácter político, encargado de la designación, haga un análisis parcial, frívolo o según su propia conveniencia del trabajo jurisdiccional. Solo es factible pensar en ciertos resguardos, los que serán analizados en detalle más adelante, tales como asegurar que toda la información esté efectivamente disponible para ser analizada, que el proceso sea transparente y sujeto a escrutinio público, y que las votaciones individuales y su justificación sean públicamente conocidas.

En otros términos, el problema en las promociones no radica en que intervenga la política en ellas, pues sería imposible que no sucediera, desde el momento que se le confiere esta participación precisamente a un órgano político, sino más bien en la calidad de la política que interviene. La solución no pasa por excluir la política (lo que tendría consecuencias aun más perniciosas), sino tratar de mejorar la calidad de la política en estas cuestiones.

¹¹ No es correcto lo sostenido en la carta de Miguel Otero citada al comienzo de este texto, en el sentido de que el presidente o los senadores violen la Constitución si consideran los fallos previos de un juez al momento de su nombramiento, pues en ningún caso hacerlo implica “avocarse causas pendientes, revisar sus fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. No se persigue, en estas situaciones, alterar o inmiscuirse en el contenido de los fallos judiciales, sino utilizarlos para evaluar la idoneidad de un candidato, lo que es perfectamente lícito al alero del texto constitucional.

No es realista que, en un sistema de promociones con un componente político, quienes decidan no lo hagan pensando en sus preferencias políticas: van a votar por el candidato que estimen más afín con sus ideas; por ello, debe establecerse como objetivo excluir a los malos candidatos. Esto debiera ser particularmente claro tratándose de los miembros de la Corte Suprema: no cualquiera debiera poder llegar a integrar esos altos cargos, pero nada debiera impedir que entre los candidatos calificados quien escoja lo haga por razones políticas.

Este resultado no depende solo de la calidad del debate político, pues está condicionado a que el proceso de filtro anterior de los candidatos, realizado por el poder judicial supuestamente bajo criterios técnicos, sea suficientemente eficaz y riguroso. La Corte Suprema ha estado consciente de la necesidad de sofisticar este proceso, en pos de lo cual, luego de sus jornadas de reflexión de 2007, dictó el Acta 274-2007 donde estableció que era necesario contar con información completa de los candidatos al momento de conformar las ternas respectivas, indicándose que las postulaciones debían contener, entre otros antecedentes, el currículum de los interesados, sus últimas calificaciones, y la cantidad de sentencias dictadas en el periodo anterior al concurso. Posteriormente, en 2008, luego de las jornadas de Reñaca, dictó un nuevo auto acordado (Acta 275-2008) que supuso un avance en la misma dirección, estableciéndose la publicidad de las cinquenas y ternas, tanto respecto a los antecedentes que fueron considerados en su elaboración como en cuanto a cómo votaron los distintos ministros que concurrieron a su elaboración.

La importancia de analizar el trabajo judicial de quienes aspiran a una promoción quedó formalmente consagrada por la propia Corte Suprema desde el llamado a concurso para llenar el cargo vacante por el cese de funciones del ministro Marcos Libedinsky, donde se dispuso que se debía acompañar “copia de 10 fallos dictados en los últimos 3 años cuya redacción les haya correspondido efectuar” (Edicto de la Presidencia del 18 de noviembre de 2008).

Sin perjuicio de reconocer que todas las medidas antes reseñadas constituyen avances, lo cierto es que el proceso técnico de reclutamiento y selección a cargo del poder judicial sigue siendo deficiente, tal como examinaremos a continuación.

4. ¿Funciona adecuadamente la fase técnica de nuestro sistema de nombramientos y ascensos?

La consecuencia indeseada de la injerencia de la política en las designaciones judiciales, es decir, que malos candidatos lleguen a ocupar los cargos de jueces, no es muy distinta a lo que sucede en el resto de la Administración Pública, particularmente en los cargos de exclusiva confianza del Presidente y sus ministros. Allí también se requiere de buenos y competentes directivos públicos, pero asumiendo que ellos no pueden ser neutros políticamente y que al menos deben tener sintonía con las autoridades con las cuales deberán trabajar. Para lograr ello, y luego de un amplio debate público, se creó el Servicio Civil y se desarrolló el Sistema de Alta Dirección Pública (Ley 19.882 de 2003). La lógica de este sistema que, insistimos, no se diferencia de la que debiera informar las designaciones y promociones judiciales, es que debe existir una fase técnica de reclutamiento y selección de candidatos que asegure que, luego, en la fase política, el nombramiento deba producirse dentro de un universo de profesionales realmente idóneos.

Si el símil es correcto, el rol del poder judicial dentro del sistema de nombramientos judiciales debe ser el de asegurar un procedimiento de reclutamiento y selección técnicamente correcto a objeto de producir ternas y cinquenas integradas con candidatos adecuados dentro de los cuales pueda escoger la autoridad política con la confianza de que cualquiera de ellos tiene las aptitudes y competencias suficientes para ser un buen juez. De ser así, se desdramatiza el componente más político de esa última fase en el proceso de selección, pues, aunque se busque identidad con el nominado, ello no aparejará que malos candidatos sean designados como jueces únicamente en función de sus lealtades.

Lo anterior resalta la importancia estratégica de la etapa técnica de selección en manos del poder judicial. Pues bien, la pregunta que surge naturalmente a continuación es qué tan bien se está llevando a cabo esa etapa o, en otros términos, qué tan técnica es realmente esta fase en Chile.

Hoy esa etapa técnica de los sistemas de reclutamiento, administración de concursos y selección de personal, se encuentra bastante estandarizada, no solo en el ámbito privado, sino también en la Administración Pública, incluso para los cargos de exclusiva confianza, desde la creación de la Alta Dirección Pública. En lo que sigue analizaremos los pasos o componentes que en lo

fundamental debe seguir cualquier sistema profesional de selección, comparándolo con la forma en que se realizan las designaciones judiciales actuales en Chile.

El paso inicial cuando existe una vacante a proveer es elaborar una definición precisa de esta, lo que comúnmente se llama “perfil del cargo”. En este deben especificarse todas las cuestiones asociadas al mismo, como el tipo de trabajo a realizar, las habilidades y requisitos que deben reunir los postulantes, las metas a cumplir, la vinculación jerárquica, el número y tipo de dependientes, el presupuesto que debe administrar y el sueldo que recibirá, entre otras cuestiones. Una precisa y correcta definición de este perfil es fundamental para la búsqueda de candidatos adecuados. En la confección de ellos es conveniente que participen personas que conozcan muy bien la institución y el cargo que se desea proveer, así como expertos en procesos de selección de personal.

Hoy no existe nada parecido a un perfil de cargo en los procesos de selección llevados a cabo por el poder judicial. La información que se publica se limita a indicar el nombre del cargo, su grado en el escalafón y el tribunal en el que deberá servir. Diferente es la situación de los nombramientos en los tribunales tributarios y aduaneros y en los ambientales, pues en ellos el sistema de selección quedó entregado a la Alta Dirección Pública, contemplándose entonces la elaboración de un perfil como el señalado¹².

Un sistema de reclutamiento abierto y bien publicitado que logre informar y despertar el interés de todos los posibles candidatos a postular. En casos de cargos que son más complejos de ser llenados, por el nivel y las especificidades de los perfiles requeridos, hoy es cada vez más común complementar los sistemas públicos de reclutamiento con la contratación de empresas especializadas de *head hunters*, las que se encargan de contactar directamente potenciales candidatos que calzan con los perfiles requeridos y los motivan a postular.

La principal innovación realizada en el poder judicial a este respecto se encuentra en el rol que juega la Academia Judicial en las designaciones iniciales

¹² La Ley 20.322 creó los tribunales tributarios y aduaneros, estableciendo que la designación de sus jueces corresponderá al presidente de la República de una terna propuesta por la respectiva Corte de Apelaciones. La Corte debe componer dicha terna a partir de una lista de entre 5 y 10 nombres que, a su vez, le proponga el Consejo de Alta Dirección Pública, siguiendo al efecto el procedimiento general para el nombramiento de altos directivos públicos de primer nivel, correspondiéndole al Consejo definir el perfil profesional de competencias y aptitudes del cargo (artículo 5°). Similar sistema contiene la Ley 20.600 para la designación de los ministros de los tribunales ambientales, con la diferencia que el presidente debe escoger de una cinquena que le proponga la Corte Suprema, la que a su vez debe ser confeccionada a partir de la lista de entre 6 y 8 nombres que le proponga el Consejo de Alta Dirección Pública.

para los cargos de juez. Como se sabe, la Academia administra el programa de formación para postulantes al escalafón primario del poder judicial¹³, que, si bien no es un requisito legalmente indispensable para acceder a dichos cargos, en la práctica ha pasado a serlo¹⁴. A este programa se ingresa a través de un concurso público, el cual debe ser anunciado en el Diario Oficial y en otro de circulación nacional. Este nuevo sistema de ingreso, basado en un concurso transparente, ha tenido como efecto interesar a muchos abogados jóvenes¹⁵, algunos con excelentes antecedentes académicos, a postular al poder judicial¹⁶, cosa que antes era más bien la excepción. Sin embargo, la atracción de abogados externos ha ido disminuyendo con el tiempo, siendo cada vez más funcionarios judiciales quienes cursan este programa con el fin de pasar del escalafón de empleados al primario¹⁷.

Por otra parte, la ganancia que la Academia Judicial significó en hacer competitivas las designaciones al inicio de la carrera judicial y atraer hacia esos cargos a buenos postulantes externos, tuvo como contrapartida la consecuencia de dificultar, al extremo de hacer casi imposible, que buenos abogados externos, con un ejercicio ya más o menos prolongado, accedan a cargos de jueces, pues resulta muy gravoso tener que someterse, como paso previo a la designación, a un curso de seis meses de duración¹⁸.

Incluso al nivel de la Corte Suprema, donde no existe esta limitación para recibir postulantes externos, pues ellos no deben hacer curso de formación

13 Ley 19.346, Título III.

14 El artículo 284 bis del Código Orgánico de Tribunales establece que en los concursos a cargos del Escalafón Primario solo pueden figurar abogados extraños al poder judicial que hayan aprobado este programa de formación, pero si no hubiesen interesados que cumplan ese requisito se llamará a un segundo concurso abriéndose la posibilidad de que en él postulen abogados extraños que no lo hayan cursado.

15 Resulta también atractivo pues quienes sean aceptados en el curso reciben el pago de una beca durante todos sus estudios (de aproximadamente \$850.000 mensuales), incentivo que además coincidió con un periodo en que las remuneraciones judiciales se incrementaron pasando a ser una de las alternativas laborales más competitivas para un joven abogado.

16 Cerca de 400 abogados postulan a cada concurso para este programa, siendo seleccionados tan solo un promedio de 24 por curso. Para esa selección, las notas universitarias pesan un 20% y el 80% restante corresponde a los resultados de las pruebas a que se somete a los postulantes, a lo que luego se suma una entrevista personal. Entre 1996 y 2012 se dictaron 60 cursos de formación de los cuales egresaron 1.381 postulantes, un 67,2% provenientes de Universidades del CRUCH. Ver reportaje en *El Mercurio Legal*, De qué universidades son los egresados de la Academia Judicial, 12 de marzo de 2012.

17 Desde 2005 hasta la fecha (con un total de 32 cursos), el porcentaje promedio de funcionarios del poder judicial que cursan el programa de formación alcanza un 15%. En los cursos, desde 2012 hasta la actualidad (4 cursos en total), este porcentaje promedio se duplica (31%).

18 Es decir, la propia Academia Judicial ha contribuido al efecto de bajar la edad en que comienzan sus funciones los jueces, que era el problema que levantaba el director de esa Academia. Ver nota 9.

alguno, la posibilidad de que la designación recaiga en un no judicial se ha convertido con el tiempo en algo prácticamente imposible. Esta fue la motivación para la reforma constitucional de 1997 (Ley 19.541) que estableció que obligatoriamente 5 de sus 21 integrantes debían ser abogados externos al poder judicial, con la idea, expresada en el mensaje presidencial, de incorporar a ese alto tribunal a “destacados y prestigiosos abogados”, ya fuera provenientes del ejercicio profesional o del mundo académico.

Si bien esa reforma cumplió inicialmente su cometido de atraer a destacados abogados ajenos a los tribunales, lo cierto es que con el tiempo devino en que la designación en los cupos de externos recayera en abogados integrantes de la misma Corte Suprema¹⁹, con un perfil muy similar al de los propios judiciales²⁰.

Una posibilidad para mejorar el sistema de reclutamiento de abogados externos para la Corte Suprema sería recurrir a empresas de *head hunters* que pudieran interesar a más candidatos del perfil buscado. Pero es difícil que, con una medida de este tipo, se logre paliar completamente la falta de interés de destacados abogados externos en postular a la Corte Suprema. Aparentemente, habrían razones más estructurales para ello. Es la tesis que levanta Luis Pásara, quien, hablando en general para América Latina, no específicamente para Chile, sostiene que “[e]l nivel de reputación –y, por consiguiente, de reconocimiento social– que conlleva el cargo de miembro de una corte suprema no aconseja postular a aquellos abogados que, en el ejercicio profesional y/o en la docencia, han realizado una trayectoria exitosa. Algunos abogados de estos sectores temen que su prestigio pueda verse afectado por una etapa de integración a un poder judicial cuyos rendimientos son deficientes y que recibe la desconfianza mayoritaria de la población”²¹.

19 Esto resulta paradójico por cuanto el aumento del número de integrantes de la Corte con estos 5 abogados externos se justificó en el mensaje presidencial precisamente en que se suprimirían los abogados integrantes de la Corte Suprema, por lo que en esta reforma se excluyó la alusión que en el texto constitucional se hacía a ellos (artículo 78 de la Constitución). Sin embargo, la reforma legal complementaria necesaria para sellar esa supresión, que se prometió en el mensaje presidencial, nunca se concretó y hasta el día de hoy siguen existiendo abogados integrantes en la Corte Suprema. Realmente todo el sistema de carrera judicial, lleno de resguardos, queda en cuestión con la existencia de abogados integrantes, quienes, por lo pronto, no gozan de inamovilidad. En el caso de la Corte Suprema, la intervención del Senado en la designación de sus integrantes pierde sentido desde el momento en que los abogados integrantes, que gozan del mismo poder que un titular, son designados prescindiéndose de su intervención.

20 Quien encarnó perfectamente el perfil del nuevo integrante externo de la Corte Suprema fue Enrique Cury, destacado académico penalista que se incorporó en 1998 a la Corte Suprema en uno de los 5 cupos reservados a abogados externos. Sin embargo, renunció anticipadamente a la Corte en 2006, pasando a dedicarse al ejercicio privado.

21 Pásara, Luis, “Selección de jueces para las cortes supremas: Dificultades y prevenciones”, en Revista Aportes DPLF, N° 17, diciembre 2012, p. 7.

A lo anterior habría que agregar que existen fuertes desincentivos para que “destacados y prestigiosos abogados” se presenten a concursos cuando el desarrollo de estos y, sobre todo, los criterios con los que son dirimidos no dan plena confianza. El riesgo de perder en ellos es muy alto y apareja la posibilidad de quedar públicamente cuestionado tras el proceso.

En cualquier caso, la pretensión de atraer a estos cargos a prestigiosos abogados provenientes del ejercicio profesional siempre tuvo que enfrentar dos problemas adicionales. Por una parte, el económico, pues, si bien las remuneraciones judiciales son muy atractivas en términos de mercado al inicio de la carrera judicial, van perdiendo competitividad en la medida que esta avanza. Lo más probable es que a un abogado exitoso en el ejercicio profesional entrar a la Corte Suprema le impondría un fuerte sacrificio económico que pocos están dispuestos a asumir. Por otra, un abogado de activo ejercicio, más aun si es socio de un estudio, se vería enfrentado a innumerables y complejos conflictos de interés de llegar a la Corte. Por ello, siempre fue más viable interesar en estos cupos a académicos prestigiosos.

La tercera fase de un sistema de selección consiste en la recopilación y análisis de los antecedentes de los candidatos. Para estos efectos, el sistema de la Alta Dirección Pública descansa en empresas especialistas en selección de personal, las que operan bajo la vigilancia del propio Consejo de la Alta Dirección Pública o de un Comité de Selección²², que intervienen tomando decisiones en hitos claves del proceso. Este comienza con un análisis curricular de los postulantes para i) despejar aquellos que no cumplen los requisitos y luego ii) determinar el universo de los candidatos más promisorios que debieran pasar a la etapa siguiente. Luego se realiza la evaluación en profundidad de los candidatos, la cual consiste en entrevistas para determinar sus competencias, evaluación psicolaboral y chequeo de las referencias laborales. En ese momento cesa el trabajo de la empresa, correspondiéndole al Consejo o al Comité de Selección determinar primero los candidatos que deben pasar a la etapa de entrevistas, realizarlas luego y, finalmente, conformar la nómina (generalmente una terna) sobre la cual deberá, en la fase política del proceso, pronunciarse la autoridad encargada de hacer el nombramiento (presidente o jefe superior del servicio, de acuerdo al nivel jerárquico).

²² El Consejo de Alta Dirección Pública interviene en los cargos del primer nivel jerárquico y los Comités de Selección lo hacen en los de segundo. Estos últimos son integrados por un representante del Consejo (denominado “profesional experto”), un representante del ministro al que pertenece la repartición o servicio del cargo que se busca proveer y un representante del director de esa repartición o servicio.

Se trata de un proceso altamente formalizado, con criterios y reglas claras y transparentes para cada una de las etapas, en el que, además, se garantiza la confidencialidad a los postulantes.

Nada parecido existe en las designaciones judiciales en que todo el proceso se caracteriza por su informalidad y por la precariedad de la información disponible. El único avance en la materia ha sido la dictación del ya citado Auto Acordado sobre Nombramientos y Promociones en el Poder Judicial (Acta 274-2007), la cual contiene la información que debe ponerse a disposición de los llamados a dirimir los concursos²³, pero no la forma cómo debe generarse y procesarse esta y el peso que debe asignársele. De hecho, todavía la vía por excelencia que opera al interior del poder judicial para obtener información sobre los concursantes es el tradicional “besamanos”, conforme al cual, sin ninguna regulación y control, los candidatos deben solicitar una audiencia con los integrantes de los plenos que deben dirimir los concursos, con el fin de que los “conozcan” y se enteren de sus “merecimientos”²⁴.

Llama poderosamente la atención que este proceso no contemple para todos los jueces la realización de pruebas psicolaborales, hoy de generalizado uso y que incluso la propia Academia Judicial consulta para los postulantes a su curso de formación.

5. Debilidades de la fase política del proceso de designaciones judiciales en Chile

Tradicionalmente en Chile este ha sido un rol asumido en exclusividad por el poder ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, al que le correspondía designar todos los jueces y ministros a partir de las listas elaboradas por el propio poder judicial.

23 Se trata del currículum de los interesados, sus últimas calificaciones, las anotaciones de mérito y de mérito en sus hojas de vida, la cantidad de sentencias que les ha correspondido redactar en el último año, el número de sentencias pendientes de dictar con plazo ya vencido, las visitas realizadas y los procedimientos disciplinarios instruidos, la cantidad y duración de los permisos solicitados, la forma como han efectuado las calificaciones del personal a su cargo, los cursos de perfeccionamiento realizados y las notas obtenidas en el curso de formación de la Academia Judicial, cuando corresponda.

24 En entrevista aparecida en el diario *El Mercurio* el 5 de abril de 2011, la jueza Francisca Zapata –miembro de la directiva de la Asociación Nacional de Magistrados– describía la práctica de la siguiente manera: “El juez entra haciendo genuflexiones, y pide y habla de sus méritos supongo, y de su interés en el cargo (...) El nombre lo dice: lo que tú debes hacer es mostrar una actitud sumisa a la jerarquía, conducente a reproducir esta cultura interna, porque si este señor va a tomar una decisión por ti, tú deberías asimilarte a las exigencias del sistema”, todo lo cual le lleva a calificarlo como un proceso “humillante” e “intolerable”.

Sin embargo, esta situación cambió en 1997 para el caso de los ministros de la Corte Suprema: la reforma constitucional de ese año sumó en esas designaciones al Senado de la República, el cual debe ratificar, por a lo menos las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio, la propuesta que le haga el presidente, la que a su vez debe recaer en uno de los cinco nombres que le propone la misma Corte Suprema. En el mensaje en que se promovió este cambio no se ahondó en las razones que lo justificaban, señalándose simplemente que: “La circunstancia de que el llamado ‘poder judicial’ sea uno de los poderes del Estado, el único, por lo demás, al que la Constitución le asigna explícitamente esa calidad, y en atención a que los integrantes de dicho poder del Estado no sean elegidos directamente por sufragio universal, amerita que, específicamente en el caso de los ministros de su máximo tribunal y el Fiscal Nacional, participen en su nombramiento los restantes poderes del Estado”. Es sabido que el déficit democrático no afecta solo a los ministros de la Corte Suprema sino a todos los jueces, por lo que hubiera sido adecuado entregar razones adicionales que justificaran circunscribir el cambio solo a los primeros. Por su parte, en el debate parlamentario se hizo mención a la especial necesidad de legitimación que requieren los ministros de la Suprema²⁵, aunque también hubo voces que alertaron sobre el riesgo de excesiva politización que implicaría sumar a una cámara indudablemente política en el proceso²⁶.

Más allá de la intervención de un tercer órgano en el proceso, que evidentemente lo complejiza y ralentiza, el principal problema ocasionado por esta reforma se debe al alto quórum exigido para la aprobación de las nominaciones en la cámara alta. Una medida pensada originalmente para dotar de mayor legitimidad a los nombramientos generó en definitiva el efecto contrario, cubriendo con un manto de cuestionamientos todo el proceso. La razón es bastante obvia: la altísima cantidad de votos que se requieren²⁷ fuerza necesariamente a que las designaciones sean fruto de una negociación, pues es muy difícil que alguna agrupación política logre alcanzar una mayoría que le permita, por sí sola, aprobar en el Senado una designación ante la Corte Suprema. Y no se trata de una negociación cualquiera, pues un grupo minoritario,

25 Ver el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín 2058-07, 26 de agosto de 1997, donde se consigna que: “La mayoría juzgó apropiado y conveniente un sistema de generación del máximo tribunal de la República que concite el consenso institucional reseñado, factor que incrementará la legitimidad de los jueces de la Corte Suprema y que aminorará el efecto de cooptación a que tiende la modalidad actualmente vigente”.

26 Ver, al respecto, la opinión minoritaria del senador Fernández en el mismo informe antes citado.

27 En la actual composición del Senado, se requieren 25 votos favorables de los 38 miembros en ejercicio.

capaz de reunir tan solo un tercio de los votos, basta para bloquear el proceso de designación; es decir, tiene capacidad de veto sobre cualquier nominación.

La principal consecuencia de este sistema es que es muy poco probable que un candidato fuerte, que ha tenido una presencia judicial activa, con ideas definidas, pase este cedazo y obtenga los votos suficientes para su nominación. Resulta probable que un candidato con un liderazgo claro o que le haya correspondido intervenir en causas con connotación política haya dejado a personas disconformes con su actuar, que bien pueden pasarle la cuenta en una futura promoción. Esto es inevitable en el marco de un proceso de selección político; lo que no es aceptable es otorgar a un grupo minoritario el poder de entrapar las designaciones. Es lo que ha sucedido, por lo demás, con jueces de esas características como Milton Juica (cuya nominación fue vetada en 1998), Carlos Cerda (en 2006) y Alfredo Pfeiffer (en 2008). Los dos primeros habían estado activamente involucrados en causas de derechos humanos, por lo que fueron rechazados por sectores de derecha; el tercero, con una fuerte postura conservadora, fue rechazado por sectores de izquierda. La única forma que un juez con estas características logre vencer este veto es formando parte de una negociación más amplia, con el fin de lograr que un candidato etiquetado como de un lado sea aprobado a cambio de que luego lo sea uno del otro, replicando así, en las designaciones para la Corte Suprema, la lógica perversa del sistema binominal.

Buen ejemplo de ello es la situación del ministro Milton Juica, cuya designación fue aprobada cuando volvió a serle propuesta a la cámara alta en 2001, oportunidad en que solo recibió 3 votos en contra pese a que la composición del Senado no era muy distinta a la del que lo rechazó. Recientemente se aprobó también –y por unanimidad– la designación del ministro Carlos Cerda ante la Corte Suprema, en cumplimiento de un acuerdo existente desde la designación de la ministra Gloria Ana Chevesic²⁸.

Quizás la mejor prueba de que en todo este juego poco tienen que ver los antecedentes de los candidatos sea lo que sucedió con la ministra Margarita

28 Acuerdo que estuvo a punto de fracasar cuando el gobierno postuló al ministro Carlos Aránguiz a la Suprema antes que a Cerda. Ver al respecto *El Mercurio*, Oposición visa ascenso de Aránguiz a la Suprema, pero lo “amarra” a postulación de Cerda, 23 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/12/23/636292/senado-aprueba-la-designacion-del-juez-aranguiz-a-la-corte-suprema.html>. Sin embargo, fue el acuerdo alcanzado entre los senadores Alberto Espina (RN) y Jorge Pizarro (DC) el que selló la designación de Cerda. Ver *El Mercurio*, Ministro Carlos Cerda encabeza quina para integrar la Corte Suprema, 24 de marzo de 2014, disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/03/24/651598/ministro-carlos-cerda-encabeza-quina-para-integrar-la-corte-suprema.html>.

Herreros, cuya nominación fue rechazada en 2005 pero luego aprobada por unanimidad en 2006, oportunidad en la que el senador Espina señaló que “las nuevas autoridades mostraron una actitud distinta a la de sus antecesoras, lo que, sumado a los méritos y la trayectoria de la jueza, allanaron el camino para la ratificación unánime”²⁹. Dado que los méritos de la candidata no pueden haber cambiado entre 2005 y 2006, la razón de que se aprobara la nominación realmente no reside en ellos, sino tan solo en “la actitud distinta” de las autoridades que efectuaron la propuesta, léase, su disposición a negociar.

Sin embargo, los acuerdos no siempre funcionan bien, tal como demuestra la fracasada designación del ministro Juan Manuel Muñoz³⁰, donde los compromisos no fueron respetados. En esa oportunidad, el pacto implicaba la “nominación del juez Lamberto Cisternas –supuestamente más cercano a la Concertación–, con el compromiso que la segunda vacante fuera precisamente para el ministro de la Corte de Apelaciones”³¹, en alusión al ministro Muñoz. En esa oportunidad, el acuerdo no fue respetado por el Partido Demócrata Cristiano³², siendo el senador Frei quien lideró el rechazo, principalmente por la forma en que el ministro votó en una causa en que ese senador tiene intereses personales³³.

La distorsión que significa el poder de veto de un grupo minoritario pone en cuestión estos acuerdos, a lo que se suma el hecho de que se construyen en forma secreta y previa a la deliberación pública que –se supone–³⁴ debiera producirse en el Senado, donde llega todo ya negociado y decidido. De he-

29 *El Mercurio*, Nueva ministra en Corte Suprema: Voto unánime en el Senado para Margarita Herreros, 11 de mayo de 2006, disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={8b891662-70c0-4b05-a505-ab20df2708c5}>

30 La propuesta con su nombre fue retirada por el gobierno, luego de meses de tramitación, sin haberse llegado a votar siquiera en el Senado.

31 *El Mostrador*, Las heridas políticas que dejó la fracasada nominación del juez Muñoz Pardo para la Suprema, 21 de enero de 2013, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/pais/2013/01/21/las-heridas-politicas-que-dejo-la-fracasada-nominacion-del-juez-munoz-pardo-para-la-suprema/>

32 En el mismo reportaje de *El Mostrador* se dice que “...en el gobierno responsabilizan directa y exclusivamente a la DC por no respetar la palabra empeñada”. Íd.

33 Publica el diario *La Tercera* que “[d]esde la semana pasada, el senador viene planteando que le es imposible votar a favor, debido a la postura del magistrado a favor de la amnistía y la prescripción en causas de DD.HH. y dado que en el caso de la muerte del ex Presidente Eduardo Frei Montalva, acogió algunos amparos presentados por imputados”. *La Tercera*, DC se alinea con Frei para evitar designación de juez en la Suprema, 8 de enero de 2013, disponible en: <http://diario.latercera.com/2013/01/08/01/contenido/pais/31-127169-9-dc-se-alinea-con-frei-para-evitar-designacion-de-juez-en-la-suprema.shtml>. De más está decir que el presidente Frei Montalva era padre del senador Frei.

34 Hasta hace muy poco la comparecencia del Candidato ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y el debate y la votación en la Sala de Sesiones, eran secretos.

cho, las negociaciones muchas veces incluyen nombres de personas que ni siquiera son candidatos, que no integran ninguna lista elaborada por la Corte Suprema, lo que implica, en alguna medida, una presión sobre la fase técnica que a esta le compete.

Todo el proceso descrito manda una señal muy potente a los ministros que quieren llegar a la Corte Suprema: la mejor forma para hacerlo es pasar desapercibidos, tener una conducta jurisdiccional lo más anodina posible. De otra forma, solo podrán llegar a ser nombrados si son parte de una muy compleja y desgastante negociación política.

Más allá de los problemas de la intervención del Senado en la designación de los supremos, la fase política del proceso de selección de jueces en Chile no agrega la información –necesaria para la selección final– que en esta parte del proceso se debiera generar.

Es necesario levantar información de dos tipos en la fase técnica del proceso, lo que actualmente no se realiza. Por una parte, aquella atinente a la historia de vida de los candidatos, con el fin de determinar si están o han estado involucrados en situaciones que hagan políticamente desaconsejable que ocupen una posición de tanta relevancia, desde problemas de índole penal u otras causas judiciales relevantes a estos efectos, hasta temas relativos a su situación tributaria o eventuales conflicto de intereses. Naturalmente, determinar las situaciones que hacen poco prudente la designación es una cuestión de índole política, por lo que corresponde que sea en esta instancia donde se evalúe.

Hoy resulta claro –sobre todo luego de los problemas habidos con las designaciones de altas autoridades al inicio del actual gobierno– que, para cargos de alta relevancia pública, es esencial hacer un serio y exhaustivo chequeo de este tipo de información³⁵.

Por otra parte, durante la fase política se debiera complementar esa información con toda aquella relevante para conocer las posturas, ideas o concepciones de los candidatos sobre aspectos claves en el trabajo jurisdiccional, las que debieran, en esta etapa, llevar a preferir un candidato sobre los otros.

Los mecanismos para lograr este tipo de información –y que también pueden servir para obtener antecedentes del tipo anterior– son básicamente dos.

Primero, abrir a todos los interesados la posibilidad de allegar información al proceso, tarea que en otros países asumen activamente los medios de co-

35 En Estados Unidos esta misión se le encarga al FBI.

municación y ONGs o instituciones académicas interesadas en las temáticas judiciales. Segundo, como vía complementaria, someter a los candidatos a exigentes ejercicios de escrutinio público, donde tienen que dar a conocer y defender sus ideas sobre aspectos críticos para sus funciones. Estos ejercicios cuentan con la ventaja adicional de dotar de un mayor grado de legitimidad pública las designaciones y permitir también testear el carácter de los candidatos, lo que es muy difícil de hacer solo entrevistándolos o revisando sus antecedentes.

La clave en todo esto es que debe actuarse con publicidad, para evitar el tráfico de influencias, del tipo que ocurre en Chile con las “recomendaciones” que se suelen dar ante el Ministerio de Justicia respecto a los candidatos que vienen en una terna o en una quina, las que muchas veces provienen de abogados litigantes³⁶.

En otros países de la región se ha avanzado bastante más en estas cuestiones. En República Dominicana, por ejemplo, los procesos de selección de integrantes del tribunal supremo han incluido debates en la televisión entre los candidatos. En otros, la intervención de la sociedad civil en el proceso está específicamente normada, como sucede en Guatemala y Argentina. En este último país, el Decreto Presidencial 222/2003 regula el procedimiento de designación de los ministros de la Corte Suprema Nacional establecido en el artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina, disponiendo en su artículo 6 que: “Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de quince (15) días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos”. Estas organizaciones tienen, además, participación en las sesiones públicas.

³⁶ Presencí hace ya un tiempo atrás la siguiente escena: en una actividad social un diputado le reclamó muy disgustado a un subsecretario de Justicia por la reciente designación de un juez en su circunscripción, a lo que el subsecretario en cuestión, muy extrañado, le contestó que habían designado a ese juez precisamente porque había llegado con una tarjeta de recomendación del propio diputado que ahora cuestionaba la designación, a lo que este le retrucó diciendo que “una tarjeta uno se la da a cualquiera”, queriéndole indicar que nunca debió haber sido tomada como una recomendación.

6. Discusión sobre el órgano encargado de las designaciones

Probablemente el debate más intenso en los últimos años relativo a las designaciones de jueces³⁷ se ha centrado en el órgano encargado de efectuarlas, y en la posibilidad que las promociones judiciales pongan en riesgo la independencia de los jueces³⁸. Como hemos señalado, este problema surge por (y está indisolublemente ligado a) el tipo de carrera judicial con que contamos. Pues bien, para impedir que los jueces que aspiran a una futura promoción, al momento de dictar sus fallos, busquen o se sientan presionados a contentar con ellos a sus superiores encargados de conformar las ternas, lo que lesiona su independencia interna, se ha sostenido que sería conveniente entregar las designaciones a un órgano distinto, llamado consejo de la judicatura³⁹.

Discutir las ventajas y las desventajas de los consejos de la judicatura excede los propósitos de este trabajo⁴⁰. Sin perjuicio de ello, quisiera limitarme a un comentario crítico a esta opción a partir de lo que es la tesis principal del presente texto: la conveniencia de distinguir en los procesos de nombramientos y promociones judiciales una fase de evaluación técnica de los candidatos de otra de elección propiamente política. Si ambas fases son entregadas a un mismo órgano –lo que sucede en el caso de los consejos– esta diferenciación deja de ser viable, resulta perjudicada, tal como la experiencia indica, la fase técnica. En otros términos, las consideraciones políticas terminan imponiéndose como las únicas relevantes durante el proceso.

La ventaja del sistema que proponemos, con una nítida diferenciación de fases, es que logra –al menos en teoría– circunscribir el ámbito sobre el cual son adoptadas las decisiones políticas, a partir de la constatación de que estas son siempre muy difíciles de conducir hacia la elección de los mejores e in-

37 Generalmente se excluye de esta discusión la designación de los integrantes de la Corte Suprema, pues el carácter más político de sus funciones justificaría mantener esta atribución en un órgano propiamente político.

38 Ver al respecto los textos contenidos en la publicación *La judicatura como organización*, (Expansiva e Instituto de Estudios Judiciales), 2007. Especialmente el de Horvitz, María Inés, “Independencia de los jueces y estructura judicial”, p. 125 y ss. Adicionalmente, buena parte del “Foro Judicial” convocado por la Asociación Nacional de Magistrados en 2012 giró sobre este tema, aunque sus resultados, a la fecha, no se encuentra publicados.

39 Los consejos en Europa tienen básicamente la función de designar jueces, además de algunas otras vinculadas a la carrera judicial, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países de América Latina, donde, además, se les han conferido funciones en materia de gobierno y administración judicial.

40 Mi opinión, en cualquier caso, es crítica a estas instituciones, lo que se funda en buena medida en los problemas prácticos que su operatoria ha generado en la región. Ver al respecto mi texto “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en *La judicatura como organización*, op. cit., p. 97 y ss.

cluso, en los casos más extremos, de candidatos siquiera idóneos. El modelo que se ha expuesto busca preseleccionar, bajo criterios técnicos, a un universo acotado de postulantes sobre el cual podrá pronunciarse la política. Naturalmente, algo así va contra los intereses propios de la política, expansiva por definición en sus prerrogativas, que no desea tener más restricciones que las que sus propios intereses le imponen, por lo que, si de ella dependiera, la fase técnica nunca gozaría de autonomía suficiente como para efectivamente convertirse en un límite.

Esto, por lo demás, se observa en los países que cuentan con consejos, los que se transforman en órganos fáciles de cooptar, ya que el poder de realizar las designaciones judiciales se concentra en unas pocas personas. La influencia política al interior de los consejos ha sido una constante, incluso en aquellos cuya composición es de mayoría judicial⁴¹. Y si estos consejos llegan a mostrar un grado de independencia mayor al tolerado por las autoridades políticas, es mucho más fácil intervenirlos que al poder judicial en general⁴².

En definitiva, la experiencia indica que lo que puede ganarse en términos de independencia interna con los consejos se puede perder, y con mucho, en términos de independencia externa.

7. Conclusiones: Posibles mejoras a nuestro sistema de designaciones

De lo expuesto quisiera puntualizar algunas ideas que, a mi juicio, servirían para mejorar significativamente el proceso de nombramientos y promociones judiciales en Chile:

1. Si se analiza el debate público habido en Chile sobre este tema, en buena parte recogido en estas páginas, es posible apreciar que este se concentra fundamentalmente en la fase política del proceso, respecto de la cual llueven las críticas. Lo cierto es que requiere de modificaciones evidentes, tales como las ya mencionadas relativas a incorporar sistemáti-

⁴¹ El mejor ejemplo de ellos es el Consejo General del Poder Judicial de España (establecido en la Constitución de 1978), el que, pese a haber sido reformado en 2001 para limitar la influencia de la política en la elección de los vocales de procedencia judicial, ha visto que esa situación se agudiza en los últimos años.

⁴² Buen ejemplo de ello es lo sucedido en 2013 en Argentina, donde la presidenta Fernández promovió una reforma para que los integrantes del Consejo de la Magistratura Federal fueran elegidos por votación popular, reforma que en definitiva fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación.

- camente un chequeo de los antecedentes personales de los candidatos, elevar los niveles de publicidad y participación en el proceso y, sobre todo, bajar el quórum de aprobación en el Senado de las designaciones de ministros de la Corte Suprema. Pero, en cualquier caso, estos cambios debieran reafirmar la importancia de mantener una etapa política, diferenciada de la técnica, en el proceso de designaciones, única forma de contar con jueces legitimados y evitar una cooptación endogámica.
2. Sin perjuicio de la importancia de esos cambios, a mi juicio, el ámbito donde es más urgente realizar reformas y, al mismo tiempo, donde es más posible avanzar, incluso en el corto plazo, es en la fase técnica del proceso, aquella que le corresponde conducir al propio poder judicial. De partida, es necesario entender que la participación del poder judicial es y debe ser técnica; debe consistir en hacer una preselección de los candidatos a partir de su adecuación con un cierto perfil definido para el cargo, de modo que la fase política se circunscriba a candidatos reconocidamente idóneos. La mejor prueba que hoy en día ello no se entiende así es que se le haya pedido al Consejo de la Alta Dirección Pública (ADP) que participe en las designaciones de los jueces tributarios y aduaneros y en los medioambientales. Resulta absurdo que la ADP forme en esos casos listas para que luego el poder judicial simplemente las acorte, todo ello antes de la intervención del poder político. Lo lógico sería que ese trabajo lo asumiera el poder judicial en las designaciones que le competen, siguiendo en ello los mismos criterios y las mismas etapas que un buen proceso de selección de personal, conforme a los estándares hoy comúnmente aceptados. Sería posible avanzar rápidamente en esta materia: estos cambios podrían realizarse simplemente a través de un auto acordado de la Corte Suprema, es decir, sin que se requiera ley para ello.
 3. No parece necesario, ni conveniente, cambiar radicalmente los órganos que intervienen en los nombramientos judiciales. La alternativa de un consejo de la judicatura, que funde en un solo responsable las dos etapas del proceso es, como ya hemos señalado, inconveniente. Pero, si se quisiera profundizar más en el perfeccionamiento de la fase técnica, sería deseable establecer dentro del poder judicial una entidad exclusivamente encargada de conducir el proceso de nombramientos, en un símil de lo que es el Consejo de la Alta Dirección Pública, pero solo para los cargos judiciales. Un órgano de esa naturaleza pudiera

cautelar que se respeten los criterios técnicos durante todo el proceso de reclutamiento y selección, a la par de evitar que estas cuestiones queden entregadas a los plenos de las cortes –que deciden con criterios muy disímiles y que son, en algunos casos, excesivamente numerosos– y que la intervención de superiores en este proceso pueda lesionar la independencia interna de los jueces. Con tal fin, esa entidad debería estar integrada por un grupo reducido de jueces de las diversas instancias del poder judicial.

4. El proceso de evaluación técnica de los candidatos debiera comprender un análisis de su trabajo profesional en general que, en el caso de las promociones dentro de la carrera judicial, debiera extenderse a su trabajo como jueces, incluida la calidad de los fallos dictados. La complejidad que entraña emitir un juicio técnico al respecto justifica que sea el poder judicial el que conduzca esta fase técnica.
5. No se justifica dentro de un proceso de evaluación técnica de los candidatos que, como hemos insistido, persigue que la selección política solo pueda recaer en postulantes probadamente idóneos para el cargo, el que por derecho propio haya personas que deban ingresar a la nómina sin someterse al proceso de escrutinio.⁴³
6. Las distintas etapas del proceso debieran tener plazos predefinidos para que este no se alargue innecesariamente. Ello debiera implicar que, en la fase política, vencido el plazo establecido, automáticamente se entendiera nombrado quien encabeza la lista respectiva.
7. Debiera reducirse la duración del curso de formación inicial de la Academia Judicial para que no sea un desincentivo tan severo para que abogados con alguna experiencia puedan ingresar al poder judicial.
8. Para que todo este complejo sistema de designaciones tenga real sentido se hace necesario eliminar la figura de los abogados integrantes. Tal como hoy sucede, por ejemplo, en el tribunal ambiental, la designación de ministros suplentes debiera someterse a las mismas normas que la de un titular.

43 Esto es lo que ocurre actualmente en virtud del artículo 78 de la Constitución Política, que establece que en las cinco y cuatro lugares se llenan conforme al mérito de los candidatos y el quinto necesariamente con el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos (inciso 5). Lo mismo sucede con el tercer puesto en las ternas, el que debe ser ocupado por el juez letrado más antiguo del cargo inmediatamente inferior al que se trata de proveer que exprese su interés en el cargo (inciso 8).

LA REGULACIÓN DEL LOBBY. ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA LEY 20.730

Juan Andrés González Tugas¹

José Ignacio Martínez Estay²

Resumen

En este artículo se analiza la regulación del lobby en la Ley 20.370. El trabajo contiene algunas consideraciones generales acerca de esta actividad y la incidencia que ella tiene en el contexto de un régimen democrático y representativo. Junto con un análisis general de la ley, se revisan las fortalezas y debilidades del modelo adoptado por ella, todo ello en el contexto de los principios de probidad, transparencia y publicidad (artículo 8 de la Constitución).

1. El lobby y su regulación por la Ley 20.730

Desde un punto de vista doctrinario, no existe un concepto único de lobby, lo que no obsta a reconocer que la actividad “lobística” comprende un sinnúmero de dimensiones, todas ellas susceptibles de ser reguladas. Entre estas se cuentan la extensión y cobertura de dicha actividad, el tipo de información requerida de los sujetos intervinientes, los sistemas de registros prescritos para su control, el nivel de acceso o participación de la ciudadanía, y los sistemas de *enforcement*.

Por otra parte, es importante destacar que en el derecho comparado la regulación del lobby es excepcional, y la forma de regularlo es disímil³. En tal

¹ Alumno del Programa de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Chile).

² Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Chile).

³ En tal sentido, consúltese *Una ley de lobby para Chile*, (Horizontal-Escuela de Gobierno UAI), agosto de 2013. Este informe, realizado con motivo del proyecto de ley, entrega algunas claves para comprender la ausencia de una técnica regulatoria uniforme y revela una falta de claridad epistemológica sobre la actividad regulada.

sentido, puede afirmarse que la Ley 20.730 constituye no solo una auténtica novedad en nuestro ordenamiento jurídico, sino además una excepción a lo que por regla general ocurre en el mundo respecto a esta actividad.

Antes de dicha ley, nuestro ordenamiento jurídico ya contemplaba un conjunto de mecanismos de carácter penal, administrativo y constitucional que, de una u otra forma, perseguían objetivos estrechamente vinculados con la regulación de esta actividad, a saber, la transparencia, publicidad y probidad de parte de los órganos del Estado.

Así, el Código Penal ya tipificaba como delitos el cohecho y el tráfico ilegítimo de influencias, la Ley de Bases de la Administración del Estado regulaba el deber constitucional de probidad, y la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos se refería a las garantías procesales que regulan la actividad de la Administración. Todo ello estaba complementado por otras normas legales, como la que creó el Consejo para la Transparencia y las que regulan los diversos órganos que componen la administración centralizada y descentralizada del Estado. Por último, en 2005 la Constitución había incorporado como principios de la actuación de los órganos que ejercen función pública los de transparencia, acceso a la información y probidad (artículo 8).

Todo ello daba forma a un sistema de control indirecto del lobby, a través de la fijación de límites y exigencias generales en la actuación de órganos estatales, que configuraban un sistema que permitía el control de la actividad “lobística”, aunque fundamentalmente respecto de la Administración. En razón de esto, puede afirmarse que la novedad de la Ley 20.730 radica en que constituye una regulación directa del lobby y en que sus criterios resultan aplicables no solo en el ámbito de la Administración, sino respecto de los tres poderes del Estado⁴.

El modelo regulatorio de esta ley descansa en la idea de autorregulación por parte de los órganos y sujetos pasivos de su normativa. Asimismo, la ley parece partir de la base de que el lobby es una actividad que se realiza siempre de manera oficial o formal, lo que podría llevar a asumir ingenuamente que esta no ocurre de manera oficiosa o informal. Si bien la ley se aplica a sujetos pasivos de los tres poderes del Estado, resulta llamativo que queden excluidos el presidente de la República, y los ministros y jueces del poder judicial y del Tribunal Constitucional.

⁴ Antes de la ley chilena, en América Latina, México contaba con una ley de lobby desde 2011. Al respecto ver <http://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/lobby-y-transparencia-en-chile>.

2. Lobby y adopción de decisiones en un sistema constitucional y democrático. El marco fijado por el artículo 8 de la Constitución

Uno de los desafíos de cualquier sistema constitucional y democrático radica en la necesidad de que las decisiones que adopten los poderes públicos sean representativas de los intereses y necesidades reales del pueblo y que por ende se ajusten de la mejor manera posible al bien común. Como se comprenderá, ello no se contrapone a la necesidad de que la adopción de tales decisiones se efectúe de manera informada, lo que entre otras cosas implica recabar todos los antecedentes que sean necesarios para arribar a las mejores determinaciones.

Es en este contexto que el lobby juega un importante rol, ya que constituye una actividad que, bien entendida, puede permitir que las decisiones que adopten los órganos del Estado sean las más beneficiosas para la sociedad. El lobby puede llegar a ser una muy buena contribución, siempre y cuando sea entendido en tal sentido y no como un medio para lograr beneficios particulares o específicos contrarios al bien común.

Para que ello sea posible, parece necesario que el lobby sea reconocido como una actividad que puede tener efectos positivos. Junto con ello, resulta importante que sea llevado a cabo dentro de ciertos límites, que han sido consagrados en el artículo 8 de nuestra Constitución. Como se sabe, dicha norma consagra los principios de transparencia y de acceso a la información pública, así como el principio de probidad en el ejercicio de toda función pública.

Puede afirmarse que la Ley 20.730, sobre regulación del lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, es una forma de concretar dichos principios. Ello no solo parece positivo, sino que incluso hasta puede entenderse como una exigencia emanada de aquellos principios.

Ahora bien, el objeto de la regulación es sin duda complejo, entre otras razones, porque supone determinar quiénes deben estar sujetos a la regulación de estas materias y qué aspectos del lobby resulta sensato regular. Esto último porque la actividad “lobística” puede llevarse a cabo no solo de manera formal (reuniones o entrevistas oficiales), sino también informalmente (reuniones o encuentros sociales). Y como se comprenderá, parece difícil que la ley pueda regular con éxito todos estos aspectos: el control o fiscalización de los mismos parece a priori imposible, sobre todo en lo relativo al “lobby informal”.

3. El objeto de la regulación

El objeto de la ley no es regular el lobby en cuanto actividad económica, sino más bien concretar y desarrollar los principios de transparencia y acceso a la información pública y de probidad consagrados en la Constitución (artículo 8). Así aparece de manifiesto en lo dispuesto en el artículo 1 de la ley, según el cual el objetivo de esta normativa es regular “la publicidad en la actividad de lobby y demás gestiones que representen intereses particulares, con el objeto de fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado”.

En el artículo 2, la ley define qué se entiende por lobby, por gestión de interés particular y por interés particular. Señala que el lobby es “aquella gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos”. Aquello “incluye los esfuerzos específicos para influir en el proceso de toma de decisiones públicas y cambios en las políticas, planes o programas, en discusión o en desarrollo, o sobre cualquier medida implementada o materia que deba ser resuelta por el funcionario, la autoridad o el organismos público correspondiente, o bien para evitar tales decisiones, cambios y medidas” (numeral 1). Quienes llevan a cabo estas funciones se denominan lobistas (numeral 5).

A continuación, el artículo 2 señala que gestión de interés particular es “aquella gestión o actividad ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos” (numeral 2). Define el interés particular como “cualquier propósito o beneficio, sean o no de carácter económico, de una persona natural o jurídica, chilena o extranjera, o de una asociación o entidad determinada” (numeral 4). Quienes llevan a cabo gestiones de interés particular son denominados por la ley como gestores de intereses particulares (numeral 5).

En concreto, el lobby y la gestión de intereses particulares regulados por la ley son aquellos que, conforme al artículo 5 de la ley, tienen por objeto:

- 1) La elaboración, dictación, modificación, derogación o rechazo de actos administrativos, proyectos de ley y leyes, como también de las de-

cisiones que adopten los sujetos pasivos mencionados en los artículos 3° y 4°.

2) La elaboración, tramitación, aprobación, modificación, derogación o rechazo de acuerdos, declaraciones o decisiones del Congreso Nacional o sus miembros, incluidas sus comisiones.

3) La celebración, modificación o terminación a cualquier título, de contratos que realicen los sujetos pasivos señalados en esta ley y que sean necesarios para su funcionamiento.

4) El diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas efectuados por los sujetos pasivos señalados en esta ley, a quienes correspondan estas funciones.

Se incluyen también las actividades “destinadas a que no se adopten las decisiones y actos señalados en los numerales precedentes”.

El mecanismo de control de las actividades de lobby y de gestión de intereses particulares adoptado por la ley consiste en la creación de un sistema de registros de agenda pública (artículos 7 y 8). En términos generales, en ellos debe dejarse constancia de las audiencias o reuniones celebradas por los sujetos pasivos con lobistas o gestores de intereses particulares; los viajes realizados por alguno de los sujetos pasivos establecidos en esta ley en el ejercicio de sus funciones; y los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, que reciban los sujetos pasivos con ocasión del ejercicio de sus funciones.

De esta forma, la ley optó por hacer descansar el mecanismo de control en los funcionarios públicos, quienes son los obligados a dar a conocer la información sobre las actividades de lobby y de gestión de intereses privados llevadas a cabo ante ellos. La regulación chilena se aparta así de los modelos adoptados en otros países (por ejemplo, en los países escandinavos), en los que los mecanismos de control pesan sobre quienes ejercen lobby.

Un primer problema del mecanismo adoptado por la Ley 20.730 radica en aquello que queda fuera de los registros y que en términos usados precedentemente puede denominarse “lobby informal”: aquel que se practica en el ámbito de actividades o reuniones sociales. No hay que ser muy perspicaz para concluir que probablemente este tenga muchas veces más influencia e importancia que aquel que se practica de manera formal u oficial. Por ende, la pretensión de la ley de regular el lobby se topa con una importante limitación fáctica: lo que pueda ocurrir fuera del horario de trabajo de los sujetos pasivos o, más

concretamente, en el ámbito de sus actividades privadas o su tiempo libre.

Esta complejidad de la regulación parece imposible de solucionar por una norma jurídica, ya que el derecho no lo es todo ni lo puede todo. Por eso resulta necesario entender que, como ocurre en tantos ámbitos de la vida, el ejercicio de funciones públicas también requiere de la observancia de algunas exigencias mínimas de moralidad.

Un segundo problema del sistema de control de estas actividades dice relación con las sanciones por su incumplimiento (artículos 14 al 24 de la ley). La regulación de esta materia resulta engorrosa y de no fácil ejecución. Ello, entre otras cosas, porque depende en gran medida de las normativas que deben dictar los propios órganos a los que pertenecen los sujetos pasivos.

4. Los sujetos pasivos de la regulación

Como se señaló antes, la ley no está dirigida directamente a quienes desarrollan actividades de lobby o de gestión de intereses privados, sino que a funcionarios públicos, en el marco de los principios emanados del artículo 8 de la Constitución. En concreto, la ley regula las actividades mencionadas en su artículo 2 cuando son dirigidas a quienes desempeñan dichas funciones o cargos. A este respecto, cabe hacer presente que, durante la tramitación de la ley en el Senado, se cuestionó el proyecto por tres razones. En primer lugar, porque implicaba un ataque y un cuestionamiento de lo público. En segundo término, porque hacía recaer un manto de sospecha sobre todos los funcionarios públicos. En tercer lugar, porque podría obstaculizar el adecuado desempeño de la función representativa de los parlamentarios⁵.

Pero, como se dijo antes, la ley no hace más que aplicar y desarrollar principios contemplados en la propia Constitución, y sus destinatarios no son sino los mismos a los que esos principios van dirigidos. En tal sentido, la ley no puede entenderse como un ataque a la función pública, ni menos como una forma de criminalizarla u obstaculizarla. Por el contrario, más bien puede ser entendida como una manera de contribuir a fortalecer y mejorar la percepción e imagen del sector público.

5 Los cuestionamientos fueron formulados por el senador Letelier. Una crítica similar se plantea en Argentina a propósito de la Ley del Lobby, en circunstancias que el régimen regulatorio restringe en mayor forma que el nuestro la actividad judicial. En el marco de esa ley, y de la misma forma que sucede con el rol representativo que le cabe a la legislatura, el lobby que realiza un abogado en los pasillos de los tribunales es sometido a regulación.

En concreto, y conforme al artículo 4 de la ley, son sujetos pasivos de su regulación:

- 1) En la Administración Regional y Comunal: los consejeros regionales, los alcaldes, los concejales, los secretarios ejecutivos de los consejos regionales, los directores de obras municipales y los secretarios municipales.
- 2) En la Contraloría General de la República: el Contralor General y el Subcontralor General.
- 3) En el Banco Central: el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros.
- 4) En las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública: los Comandantes en Jefe, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, el General Director de Carabineros de Chile, el Jefe y Subjefe del Estado Mayor Conjunto y los encargados de las adquisiciones. En este último caso, anualmente y mediante resolución del jefe superior de la institución respectiva, se individualizarán los funcionarios que ocupen dicho cargo.
- 5) En el Congreso Nacional: los diputados, los senadores, el Secretario General y el Prosecretario de la Cámara de Diputados, el Secretario General y el Prosecretario Tesorero del Senado, y los asesores legislativos que indique anualmente cada parlamentario, en la forma y con el procedimiento que determine la Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria que corresponda.
- 6) En el Ministerio Público: el Fiscal Nacional y los fiscales regionales.
- 7) Los consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Consejo Nacional de Televisión, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, los integrantes de los Paneles de Expertos creados en la Ley N° 19.940 y en la Ley N° 20.378 y del Panel Técnico creado por la Ley N° 20.410, solo en lo que respecta al ejercicio de sus funciones. Asimismo, se considerarán sujetos pasivos de esta ley los integrantes de las Comisiones Evaluadoras formadas en el marco de la Ley N° 19.886, solo en lo que respecta al ejercicio de dichas funciones y mientras integren esas Comisiones.
- 8) En la Corporación Administrativa del Poder Judicial: su Director.

Asimismo, conforme al inciso 2° de este mismo artículo, “[l]as instituciones y los órganos a los que pertenecen los sujetos pasivos indicados en este artículo podrán establecer mediante resoluciones o acuerdos, según corresponda, que otros funcionarios sean considerados sujetos pasivos para efectos de esta ley, cuando, en razón de su función o cargo y por tener atribuciones decisorias relevantes o por influir decisivamente en las personas que tienen dichas atribuciones, sea necesario, para efectos de transparencia, someterlos a esta normativa. Tales personas deberán ser individualizadas anualmente por resolución de la autoridad competente, la cual deberá publicarse de forma permanente en los sitios electrónicos indicados en el artículo 9°”.

Y según el inciso 3° de la misma disposición, “[e]l Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral podrán ejercer la atribución establecida en el inciso anterior, dictando para estos efectos los acuerdos o resoluciones que correspondan, los que deberán publicarse de manera permanente en sus sitios electrónicos”.

Es llamativo que la norma haya excluido como sujeto pasivo al presidente de la República, lo que no se compadece con sus enormes potestades, que incluyen su carácter de legislador. Y es que, como advierte uno de los votos concurrentes de la sentencia del Tribunal Constitucional⁶, dictada en el control preventivo de la Ley 20.730, resulta inexplicable que no se lo haya considerado sujeto pasivo de lobby. Ello porque entre las actividades reguladas se encuentran las “destinadas a adoptar decisiones que, o son propias del Presidente de la República o en las que este interviene de modo relevante, como son, entre otras, la elaboración o rechazo de proyectos de ley, la dictación de actos administrativos, la celebración, modificación o término de contratos administrativos, y el diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas” (considerando 6).

Ello es aun más grave si se considera que, tal como indica ese mismo voto, “la exclusión en el proyecto de ley de toda regulación de la actividad de lobby que pueda ejercerse sobre el Presidente de la República, que es la más alta autoridad del Estado, con responsabilidades efectivas de gobierno y administración, como es lo propio de un régimen republicano, democrático y presidencial de gobierno, y no un mero jefe de Estado como lo es el rey en las monarquías parlamentarias, representa una omisión carente de justificación y de asidero en la Carta Fundamental, constitutiva de una omisión incons-

⁶ Concurrencia de los ministros Raúl Bertelsen Repetto e Iván Aróstica Maldonado, y la ministra María Luisa Brahm Barril. Tribunal Constitucional, Rol 2.619, sentencia de fecha 30 de enero de 2014.

titucional que no está, sin embargo, en manos del Tribunal Constitucional remediar, aunque sí le corresponda constatarla” (considerando 7).

Así las cosas, esta omisión del legislador no parece muy en sintonía con el hecho de que Chile es una República democrática (artículo 4 de la Constitución) y que en nuestro país no hay personas ni grupos privilegiados (artículo 19 N° 2 de la Constitución).

Por otra parte, llama también la atención que la ley no haya incluido expresamente como sujetos pasivos de lobby a los ministros y jueces del poder judicial, ni a los ministros del Tribunal Constitucional. No se entiende por qué quienes cumplen tan importantes funciones quedan excluidos de esta regulación, en circunstancias que, más allá de las audiencias propias de los procedimientos que ellos aplican, es perfectamente concebible que las partes o interesados en ellas pretendan llevar a cabo algunas de las actividades definidas en el artículo 2 numerales 1, 2 y 4.

Conclusiones

Un informe publicado por la ONG Transparencia Internacional ubicó a Chile como el segundo país más transparente de América Latina después de Uruguay, con 71 puntos sobre 100, frente a los 73 del país de la costa atlántica (informe 2013)⁷.

La Ley 20.730 constituye un esfuerzo por desarrollar y aplicar los principios constitucionales de transparencia, acceso a la información y probidad. Si bien ello resulta loable en sí mismo, la regulación legal incurre en una poco explicable omisión, al excluir como sujeto pasivo al presidente de la República. Asimismo, no resulta comprensible la exclusión como sujetos pasivos de ministros y jueces del poder judicial y de los ministros del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, es evidente que la regulación de esta ley se topa con los límites que muchas veces impone la realidad a las normas jurídicas. En este caso, ello ocurre ante la imposibilidad de registrar las gestiones que pueden realizarse por lobistas y gestores de intereses privados en el marco de actividades privadas en las que intervengan los sujetos pasivos. Además, el sistema de sanciones parece un tanto engorroso y de no muy simple realización.

⁷ La posición de Chile y de Uruguay es similar a la de países desarrollados como Estados Unidos (73 puntos), Japón (74), Alemania (78) y Reino Unido (76).

Por otra parte, como se ha mencionado, la Ley 20.730 no regula el lobby en cuanto actividad económica, sino que constituye más bien una concreción más de los principios del artículo 8 de la Constitución.

Pero, más allá de lo anterior, a pesar de sus deficiencias, esta normativa viene a reforzar la imagen de seriedad y honestidad del sector público de Chile.

TERRORISMO Y CONSTITUCIÓN DE 1980, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LA LEY ANTITERRORISTA EN EL MARCO DEL CONFLICTO DEL ESTADO CON EL PUEBLO MAPUCHE

*Federico Aguirre Madrid*¹

*Rodrigo Bustos Bottai*²

Resumen

La regulación constitucional y legal orientada a la descripción y sanción del delito terrorista en el ordenamiento jurídico chileno ha sido objeto de debate, sobre todo a propósito de su invocación y aplicación en el contexto del conflicto intercultural entre el Estado y el pueblo mapuche. Como se analizará en el presente artículo, a una robusta y excepcional regulación constitucional se suma una ley que data de 1984 –Ley 18.314–, respondiendo ambas a una visión y un momento histórico ya superado, que se caracteriza por la vocación autoritaria del constituyente originario. Debido a lo anterior, en este trabajo se plantea la necesidad de un cambio en esta materia, lo que se ve reforzado por la obligación de ajustar el ordenamiento interno a los estándares internacionales de derechos humanos. Ello en atención a que, como se describirá, desde el sistema universal e interamericano de derechos humanos se ha sostenido un persistente llamado a que el Estado de Chile introduzca modificaciones a su estatuto antiterrorista a los fines de dotarse de una legislación respetuosa y plenamente compatible con las obligaciones internacionales que el país se ha comprometido a garantizar.

Introducción

Durante 2013 la aplicación de la Ley 18.314 Antiterrorista estuvo presente en el debate público en Chile. Lo estuvo en palabras de personeros del gobierno –encabezado por el mismo Presidente Piñera– del gobierno, el que presentó

¹ Licenciado en Historia, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

² Abogado, Universidad de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca con mención de Doctor Europeus. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales.

diversas querellas invocando su aplicación. La discusión acerca de la pertinencia de su aplicación también fue un tema destacado en la campaña electoral, sobre todo entre las candidaturas presidenciales. Así, mientras la candidata Michelle Bachelet reconocía desde su primera entrevista tras llegar a Chile que la aplicación de esa ley en su anterior gobierno había sido un error³, la candidata oficialista Evelyn Matthei reafirmaba la necesidad de utilizarla en caso de ser elegida presidenta de la República⁴. En el contexto de este debate, se produjo también en julio la visita del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la protección y la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Esa visita no escapó a la contingencia política y su declaración final fue criticada duramente por el ministro del Interior, quien reprochó al representante de la ONU el “emitir una información que carece de fundamento y de información adecuada”⁵.

El presente artículo buscará contextualizar el debate en esta materia, enmarcándolo en los estándares de la normativa vigente en el derecho internacional de los derechos humanos, y realizar una revisión crítica de la regulación del terrorismo en la Constitución y la legislación nacional. Se procurará analizar de manera especial la aplicación de la Ley 18.314, que sanciona y determina conductas terroristas, al conflicto intercultural del Estado con el pueblo mapuche para determinar si esa utilización ha sido coherente con los estándares internacionales.

1. El terrorismo en el derecho internacional de los derechos humanos

Una de las obligaciones internacionales de mayor relevancia que pesan sobre el Estado de Chile tiene que ver con prevenir y sancionar el terrorismo en todo tiempo y lugar. Ello dimana de la naturaleza particularmente grave que representa la acción terrorista para la estabilidad institucional, política y social, y de la circunstancia de ser Chile Estado parte en 14 de los 16 instrumentos internacionales vinculados al combate contra el terrorismo desarrollados en

3 *Theclinic.cl*, Entrevista exclusiva a Michelle Bachelet: Es necesaria una nueva Constitución, 11 de abril de 2013.

4 *Elmostrador.cl*, Evelyn Matthei en La Araucanía: Vamos a aplicar la Ley Antiterrorista, no me va a temblar la mano, 10 de septiembre de 2013.

5 *Tercera.cl*, Chadwick responde a Relator de la ONU: No nos parece adecuado que emita una información que carece de fundamento, 31 de julio de 2013.

el seno de las Naciones Unidas⁶. A ello se suma en el ámbito regional la Convención Interamericana contra el Terrorismo⁷.

De esta manera, la intervención estatal, incluido el ejercicio del poder punitivo respecto de hechos que constituyen acciones desviadas o derechamente criminales, constituye un imperativo jurídico. No obstante, se reclama que dicha intervención se lleve a cabo con respeto a un límite inderogable: la garantía de los derechos humanos. Ello es condición de eficacia y legitimidad de la acción persecutoria y de vigencia del propio Estado de derecho.

Es una paradoja que, así como es particularmente intenso el juicio de reproche de la comunidad internacional hacia la normativa antiterrorista actualmente vigente en nuestro país, sea igual de urgente el llamado destinado a combatir el flagelo del terrorismo.

Los instrumentos antes mencionados, en general, demandan del Estado parte que adopte las disposiciones de derecho interno a los fines de prevenir y sancionar las conductas y delitos descritos en ellos, y que los mismos se sancionen con penas adecuadas y proporcionadas al daño que se quiere prevenir. Adicionalmente, requieren que a estos crímenes bajo ninguna circunstancia se les considere políticos, o conexos a uno político, con el objeto de evitar el ejercicio de asilo o cualquier otra medida tendiente a consagrar situaciones de impunidad. En su gran mayoría (una excepción la constituye la Convención Interamericana contra el Terrorismo), consagran el principio *aut dadere aut iudicare*, es decir, que al/la sospechoso/a de ser autor/a, cómplice

6 Estos instrumentos son: Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (Convenio de Tokio), 1962; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya), 1970; Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 2010; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal), 1971; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, 1973; Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (Convención sobre los Rehenes), 1979; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (Convención sobre los Materiales Nucleares), 1980; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, 1988; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 1988; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 1988; Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, 1991; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, 2010 (Nuevo Convenio de Aviación Civil).

7 Decreto 263. Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulga la Convención Interamericana contra el Terrorismo. Publicado en el Diario Oficial el 10 de febrero de 2005. La OEA en 1971 había adoptado la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional. Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971.

o encubridor/a de esta clase de crímenes se le enjuicie en el ordenamiento interno o se le extradite. Asimismo, estos instrumentos interpellan a que se adopten medidas de cooperación internacional eficaz para la investigación y sanción de dichos ilícitos.

No obstante la profusa producción normativa y el repudio enérgico que concitan crímenes de esta naturaleza, en el concierto internacional no existe consenso en torno a una conceptualización de terrorismo. Ello es expresión de las dificultades políticas para encontrar una definición adecuada a un fenómeno complejo, que no pocas veces ha sido instrumentalizado para perseguir y estigmatizar, desde la lógica del derecho penal de enemigo, manifestaciones de disenso político o actos de resistencia, incluidos el derecho a la rebelión y a la legítima defensa contra la agresión y la ocupación, en base al ejercicio del derecho a la libre determinación⁸.

Con todo, de los instrumentos internacionales destinados a la prevención y sanción de conductas terroristas se desprende que se privilegia el listar delitos (homicidios, secuestro de aeronaves, ataques contra personas internacionalmente protegidas, secuestro o toma de rehenes, atentado con bombas, etc.) respecto de los cuales deben concurrir ciertas circunstancias calificantes que hacen que el ilícito devenga en terrorista.

Entre los elementos propios de estas conductas están:

i) El uso indiscriminado de la violencia asociada a la lesión o amenaza al derecho a la vida, la libertad ambulatoria, la salud o la integridad física o psíquica. Por lo tanto, debe tratarse principalmente de conductas que atenten contra las personas y, si dañan la propiedad, han de ser comportamientos que se dirijan en contra de “instalación de infraestructura”, es decir, propiedad pública o privada destinada a prestar o distribuir servicios al público (agua, electricidad y combustibles, entre otros)⁹. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) sostiene a este respecto que “[e]xiste un consenso internacional en el sentido de que el repudio y la obligación de prevenir, suprimir, sancionar y erradicar la violencia terrorista, parten de la premisa que dicha violencia atenta principalmente contra la vida humana”¹⁰.

8 Andreu-Guzmán, Federico (ed.), *Terrorismo y derechos humanos*, (Comisión Internacional de Juristas), p. 119. Desde 1937, la comunidad internacional ha intentado dotarse de una definición sin arribar a un consenso, lo que da cuenta de la dificultad de precisar los contornos del injusto terrorista. Disponible en: www.old.icj.org

9 Así es entendido por el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art. 1.2).

10 Comisión IDH, Informe de Fondo 176/10 Casos 12.576, 12.611 y 12.612, Segundo Aniceto Norín

ii) El bien jurídico protegido debe ser de naturaleza colectiva, constituido por la integridad del Estado de derecho, la paz internacional o el respeto a los derechos humanos. La Convención Interamericana contra el Terrorismo así lo concibe, al señalar que el propósito del terrorismo es socavar el Estado de derecho para impedir “[e]l goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenazar la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de la totalidad de la sociedad, y afectar seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región”¹¹.

Desde los inicios del debate relacionado con el desafío de tipificar este crimen, ha predominado la concepción de asociar la conducta terrorista al ataque contra la institucionalidad del Estado¹². La Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo señala que el terrorismo está integrado por “[a]ctividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos”¹³. En el derecho español se habla de subvertir el “orden constitucional”¹⁴.

iii) Dada la magnitud del daño esperado, así como por los fines perseguidos y los medios catastróficos empleados, se incluye entre los elementos del tipo la exigencia de una asociación o agrupación criminal. El Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas identifica expresamente este elemento (artículos 2 y 3.c). La misma exigencia contiene el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (artículos 2 y 4.c). Este es

Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 141.

11 Convención Interamericana contra el Terrorismo. AG/RES, 1840 (XXXII-O/02). Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002, preámbulo.

12 Unos de los primeros esfuerzo por definir en un instrumento vinculante de carácter general el delito terrorista está constituido por la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo, adoptada por 24 Estados miembros de la Sociedad de Naciones el 16 de noviembre de 1937. El texto de la Convención se redactó en la Conferencia para la Represión del Terrorismo, que tuvo lugar en Ginebra del 1 al 16 de noviembre de 1937. El artículo 1.2 definía los actos de terrorismo como “actos criminales dirigidos contra un Estado, con la intención o el propósito de crear un estado de terror en (...) un individuo, de un grupo de personas o del público en general”. Disponible en <http://www.wdl.org/es/item/11579/view/1/1/>

13 Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. A/RES/60/288. Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006.

14 El Código Penal Español (1995) sanciona a “los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de (...)”, art. 571.

considerado como un “[e]lemento estructural del concepto de terrorismo, conforme al cual los delitos terroristas se caracterizan por cometerse en el marco de una organización armada, jerarquizada, que da unidad y coherencia interna a los actos realizados como forma de ejecución de un programa político contrario al orden constitucional del Estado”¹⁵.

iv) Asimismo, la acción desplegada debe subordinar la conducta a generar terror en la población o en un sector de ella como estrategia de comunicación¹⁶.

Ninguno de los elementos descritos concurre en la definición que ofrece la Ley 18.314. Por el contrario, este cuerpo de ley persiste en una descripción ambigua que no ofrece certeza jurídica y que, como ha sido expresado por la Comisión IDH y otros organismos de protección de los derechos humanos, se aleja del principio de legalidad que debe siempre imperar en materia penal.

En el derecho internacional destinado a la prevención y sanción del terrorismo se hace permanente llamado a que dicho esfuerzo de política criminal se ajuste siempre y en todo caso al respeto y garantía de los derechos humanos. Ello no es casual, puesto que la respuesta punitiva de los Estados contra una amenaza criminal como la que se describe entraña no pocas veces una desviación o derechamente una disminución o lesión a garantías y derechos fundamentales. Existe una tendencia de los Estados no solo a incrementar la respuesta sancionatoria, sino además a ampliar las excepciones a determinadas garantías (procesales, a la integridad física y psíquica, y a las condiciones carcelarias, entre otras)¹⁷.

Previendo estas tendencias, un número significativo de instrumentos destinados al combate contra el terrorismo contiene cláusulas referidas a los derechos humanos. La Convención Interamericana contra el Terrorismo señala en este sentido que “las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales” y que nada de lo señalado en el instrumento debe interpretarse en el sentido de menoscabar

15 Gómez Martín, Víctor, Notas para un concepto funcional de terrorismo, 2010. Citado por la jueza Paola Schisano Pérez, voto de minoría en sentencia de primera instancia del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, autos RUC 0800932994-4, Ministerio Público con Héctor Javier Llaitul Carrillanca y Otros, 22 de marzo de 2011, p. 353.

16 Zalaquett, José, “Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo”, en Anuario de Derechos Humanos 2006, (Universidad de Chile), p. 181. También lo señala Cancio Meliá, Manuel, *Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto*, (REUS), 2010, p. 184.

17 Un ejemplo en este sentido lo representa las condiciones procesales y carcelarias documentadas en el campo de detención de Guantánamo.

otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de la ONU, la Carta de la OEA, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados (artículo 15, Convención Interamericana contra el Terrorismo). Lo mismo consta en el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1998)¹⁸, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (2002)¹⁹ y el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (2005)²⁰.

Los esfuerzos políticos en el ámbito internacional encaminados a la represión y sanción de estas expresiones de violencia criminal también asumen la idea fuerza que es solo en el marco del respeto y garantía de los derechos humanos que se puede materializar una acción legítima y efectiva contra el terrorismo.

Uno de esos esfuerzos es la Estrategia Global contra el Terrorismo de las Naciones Unidas, aprobada por la unanimidad de los Estados miembros en 2006²¹, incluido Chile, y reafirmada por la Asamblea General en junio de 2012²². Si bien dicha iniciativa no es un tratado y por lo tanto no impone obligaciones jurídicamente vinculantes, representa un consenso en el concierto internacional acerca de las directrices de acción básica, legítimas y eficaces para encarar adecuadamente el flagelo de la violencia terrorista.

El punto de partida de la Estrategia es la convicción que dentro de las condiciones que facilitan la existencia de fenómenos calificados como terroristas están las violaciones a los derechos humanos y la ausencia de buena gobernanza²³. Ella establece el criterio según el cual toda acción destinada a erradicar y combatir el terrorismo debe ajustarse a las obligaciones impuestas en “[v]irtud del derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas y los convenios y protocolos internacionales pertinentes, en particular las normas de derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho

18 Asamblea General de la ONU, A/RES/52/164, 9 de enero de 1998, art.19.I.

19 Asamblea General de la ONU. A/RES/54/109, 9 de diciembre de 1999, art. 21.

20 Asamblea General de la ONU, A/RES/59/290. 15 de abril de 2005, arts. 4.1 y 12.

21 Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, op. cit.

22 Resolución aprobada por la Asamblea General el 29 de junio de 2012. 66/282. Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo.

23 Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, op. cit., p. 4.

internacional humanitario”²⁴. Uno de los ejes que garantizan eficacia y legitimidad a la acción del Estado en esta materia es la adopción de medidas para “[a]segurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental (...)” en la lucha contra este crimen²⁵.

2. La regulación del terrorismo en la Constitución chilena de 1980

2.1. La regulación nacional del terrorismo en atención al derecho comparado

Existen diversos modelos de regulación constitucional del terrorismo en el derecho comparado. Algunas constituciones no hacen referencia al terrorismo, mientras que otras lo abordan de manera expresa. Entre estas últimas hay textos constitucionales con distintos niveles de regulaciones del terrorismo, tanto en cuanto a la extensión de su desarrollo como en lo referente a su contenido.

Respecto a las constituciones que no abordan explícitamente el terrorismo en su normativa, la decisión constituyente ha sido que estas materias no alcanzan a constituir asuntos de materialidad constitucional. En Europa este es el caso, por ejemplo, de la Ley Fundamental alemana de 1949 y de la Constitución italiana de 1947. Sin embargo, aunque no exista una referencia explícita al terrorismo, ello no significa que no hayan preceptos constitucionales que tengan una estrecha relación y vinculación con el desarrollo de normas legislativas en la materia.

Así, la Constitución alemana establece un principio básico que prohíbe restringir, limitar o suspender derechos fundamentales de manera individual, reconociendo excepciones calificadas a este principio en los artículos 10 y 18 cuando está alterada la seguridad del Estado y obligando a seguir un principio de proporcionalidad en la afectación del derecho fundamental. La Ley Fundamental alemana reconoce también la facultad de la policía de detener por sospecha y de suspender el plazo máximo de detención, en casos calificados de acuerdo a la ley.

La opción por no otorgar rango constitucional al tratamiento del terrorismo parece la más coherente, si se considera que el objeto de una constitución es, por una parte, la regulación del poder y de los órganos de Estado y, por

²⁴ Íd.

²⁵ *Ibíd.*, p 10.

otra, el reconocimiento de derechos fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos. Las definiciones de terrorismo aceptadas en el derecho internacional no se acercan al contenido material de un texto constitucional²⁶. En cambio, por las posibles restricciones a los derechos fundamentales de sus regulaciones, sí requerirían de un desarrollo legislativo, especialmente a través de normas de derecho penal.

No obstante lo anterior, como se había adelantado, hay constituciones que se hacen cargo de tratar el terrorismo en sus textos, fundamentalmente para facilitar la persecución de ese tipo de crímenes o para sancionarlos con mayor intensidad.

Entre ellas, se cuenta la Constitución española de 1978. En el artículo 55.1 se reconoce una habilitación constitucional para suspender determinados derechos cuando se producen los estados de excepción o de sitio; en el artículo 55.2 hay una mención especial y directa al terrorismo en los siguientes términos:

Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos, para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de estas facultades reconocidas en dicha Ley Orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

El precepto transcrito conlleva un mandato al legislador para establecer suspensiones al límite temporal a la prisión preventiva, así como a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones. Se trata sin duda de una norma que implica una afectación fuerte para el ejercicio de algunos derechos fundamentales, pues permite no solo imponer límites y restricciones sino incluso su suspensión. No obstante lo anterior, para ello se exige en el precepto constitucional la existencia de intervención judicial y la posibilidad de control judicial, sancionándose, además, el uso abusivo de estas facultades.

²⁶ Esta opinión es compartida, entre otros, en Carrasco Durán, Manuel, "Medidas terroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001", en Pérez Royo, Javier (dir.) y Carrasco Durán, Manuel (coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, (Marcial Pons), 2010, p. 15.

Otra de las excepcionales constituciones que contemplan límites a derechos fundamentales con el fin de facilitar la investigaciones de delitos presuntamente terroristas, es la Constitución portuguesa que, mediante una reforma constitucional de 2001, incorporó la posibilidad de ingreso de policías, previa autorización judicial, a domicilios particulares durante la noche.

En América Latina, las constituciones de Brasil y Perú, –en el marco de investigaciones a delitos terroristas, más que en restricciones a derechos fundamentales– recogen para estos delitos normas referentes a sanciones especiales. El artículo 5 de la Constitución brasileña considera los delitos terroristas como no afianzables, amnistiables o susceptibles de gracia. La Constitución del Perú, en su artículo 37, estima a esta clase de delitos como delitos comunes y por tanto extraditables. En su artículo 140 incluye a los delitos terroristas entre los que pueden tener como sanción la pena de muerte.

En la Constitución chilena de 1980 se optó por consagrar una regulación constitucional del terrorismo de dos formas: estableciendo una norma en el Capítulo I de la Bases de la Institucionalidad y haciendo referencia a este en muchas otras disposiciones constitucionales.

Su incorporación en las Bases de la Institucionalidad es especialmente relevante por cuanto esa parte de la Constitución Política contiene los valores, principios e instituciones fundamentales del ordenamiento jurídico, sirviendo de fundamento para la interpretación del resto de la Constitución²⁷.

La norma en cuestión es el artículo 9°, el cual dispone: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”.

A continuación, el artículo 9° contiene una extensa regulación del terrorismo²⁸, estableciéndose lo siguiente: a) un mandato al legislador para que se regule a través de una ley de quórum calificado, que debe determinar tanto las conductas terroristas como su penalidad; b) una inhabilidad por 15 años

27 Ver, en ese sentido, Tribunal Constitucional, Rol 986-2007, sentencia de fecha 30 de enero de 2008, considerando 37.

28 Los incisos 2 y 3 del artículo 9 de la CPR establecen: “Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

para las personas responsables de estos delitos para ejercer diversos cargos y funciones (cargos públicos, sean o no elección popular; cargo de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director/a o administrador/a del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; para ser dirigentes/as de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo); c) que los delitos terroristas serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales; y d) que no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

La norma original fue modificada por la reforma constitucional de la Ley 19.055 del 1 de abril de 1991, que derogó la prohibición de la amnistía y autorizó el indulto particular para el solo efecto de conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

Respecto de las inhabilidades contempladas en esta norma, se ha entendido que estas se aplican en caso de responsables (autor/a, encubridor/a o cómplice) que hayan sido condenados/as y por el plazo de quince años. También la Constitución autoriza a que la ley imponga inhabilidades adicionales por plazos mayores.

Por primera vez en el constitucionalismo chileno, se elevó el terrorismo a rango constitucional, mediante una normativa que contiene tanto una declaración de condena a este, afirmando que es contrario a los derechos humanos, como una normativa de excepción detallada con sanciones y mandatos al legislador.

Pero, como se había mencionado, la Constitución de 1980 no aborda solamente el terrorismo en su primer capítulo, sino también en otros preceptos: los artículos 16 N° 2 y 17 N° 3, en el Capítulo II de “Nacionalidad y Ciudadanía”; el 19 N° 7, letra e), en el Capítulo III “De los Derechos y Deberes Fundamentales”; el artículo 63 N° 16 en la parte orgánica del texto constitucional; y, entre las disposiciones transitorias, la disposición séptima transitoria incorporada con la reforma constitucional de 1991, la que establece: “El indulto particular será siempre procedente respecto de los delitos a que se refiere el artículo 9° cometidos antes del 11 de marzo de 1990”.

Cabe destacar que en el texto constitucional chileno actualmente vigente se llega a sancionar las conductas terroristas con la pérdida de la ciudadanía, pu-

diendo realizarse la rehabilitación por el Senado una vez cumplida la condena²⁹. Incluso, una persona acusada de un delito terrorista no puede ejercer su derecho de sufragio, lo que implica una clara contradicción con el principio de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos ratificados por el Estado de Chile.

También cabe detenerse en la excepción que se establece el artículo 19 N° 7, letra e), en lo referente a la concesión de la libertad provisional con las siguientes reglas especiales: la apelación de resolución que la otorgue o deniegue será conocida por un tribunal compuesto exclusivamente por miembros titulares; la aprobación o concesión deberá ser decidida en forma unánime; y, mientras dure la libertad, el/la imputado/a estará siempre sujeto/a a las medidas de vigilancia que la ley contempla.

Esta materia fue reformada a través de la Ley 19.055 de 1991; el texto original de la Constitución no contemplaba la libertad provisional para los delitos terroristas.

Es interesante, en relación al requisito de la aprobación unánime de la libertad provisional, una reciente resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel según la cual esa regla no se aplica en caso que la prisión preventiva sea sustituida por la medida de arresto domiciliario. La Corte afirmó que “lo discutido en la audiencia dice relación con la sustitución de la prisión preventiva por la medida cautelar consagrada en el artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, arresto domiciliario total, lo que significa que no existe un otorgamiento de libertad en los términos establecidos en la Carta Fundamental, para lo cual sí se requiere la unanimidad de los miembros integrantes del Tribunal”³⁰. Nos parece que sin duda se trata de una interpretación adecuada de una de las normas constitucionales de excepción que, por lo mismo, deben ser aplicadas de manera restrictiva.

Por último, otra referencia constitucional al terrorismo se encuentra entre las materias de ley, estableciéndose, después de la reforma constitucional de la Ley 19.055, que las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán, cuando se trate de delitos terroristas, de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Anteriormente se prohibía de manera absoluta el indulto y amnistía en esta clase de delitos.

29 Ello debe concordarse con la atribución exclusiva del Senado contemplada en el artículo 53 N° 4.

30 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 170-2013, sentencia de fecha 8 de febrero de 2013.

El conjunto de disposiciones descritas dan cuenta de un estatuto constitucional robusto en materia de terrorismo. Este estatuto está caracterizado por normas de excepción en materia de sanciones (inhabildades, concesión de indultos y amnistías), límites al ejercicio de derechos de ciudadanía y restricciones a garantías judiciales. Así, a nivel constitucional, el régimen de excepción referente al terrorismo contemplado en Chile se aleja del constitucionalismo contemporáneo que no contiene normas en la materia o bien, en caso que las incorpore, lo hace a través de normas muy generales con mandatos al legislador o disposiciones muy específicas, en ningún caso con múltiples preceptos como sucede con la Constitución chilena de 1980.

2.2. Fundamentos de la regulación terrorista nacional

Para comprender los motivos que llevaron a la regulación constitucional del terrorismo en la Constitución de 1980, es necesario remitirse a los debates en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, CENC), conocida también como Comisión Ortúzar³¹. Específicamente, la CENC discutió la redacción que debía darse al terrorismo en el nuevo texto constitucional en sus sesiones 395, 404 y 411.

En la sesión 395, después de aprobarse algunas normas relativas a las Fuerzas Armadas, el comisionado Ortúzar propuso consignar una disposición que les entregara alguna atribución relativa al terrorismo, aunque finalmente se optó por la propuesta del comisionado Carmona, quien sugirió que se incluyera una regla en la materia entre los primeros artículos de la Constitución³².

En esa misma sesión, el comisionado Guzmán afirmó que “debe distinguirse aquellos rubros que serían de rango legal y los que aconsejarían una disposición constitucional”. En su opinión, “entre estos últimos, figuraría un precepto que exceptúe de la amnistía o del indulto a aquellos delitos que la ley califique como de terrorismo”. Jaime Guzmán también sostuvo que “la segunda disposición que a [mi] juicio requeriría de rango constitucional se refiere a la prohibición para que intervenga el letrado, es decir que haya auxilio

31 Esta revisión tiene por objetivo contribuir a comprender las razones que llevaron a la actual normativa sobre terrorismo de la CPR. Los autores de este artículo coincidimos con la posición de la doctrina que, para efectos de interpretación del texto constitucional de 1980, se aparta de la historia fidedigna de su establecimiento, especialmente por el carácter no democrático del poder constituyente originario que estuvo en su base. Ver, en el mismo sentido, Figueroa, Rodolfo, “De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, 2000.

32 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (CENC), Sesión 395^a, celebrada en miércoles 5 de julio de 1978.

de abogado respecto de las personas acusadas de delitos de terrorismo, como excepción de la protección constitucional que se ha consagrado”³³.

El comisionado Carmona defendió la imprescriptibilidad de los delitos, la permanente competencia de los tribunales militares en estos asuntos y la exclusión del derecho de asilo³⁴. Lo anterior recibió el apoyo de otros comisionados/a, como los señores Bertelsen y Guzmán, y la señora Bulnes³⁵, produciéndose un extenso debate respecto a si el procedimiento que debían tener los tribunales militares en el conocimiento de los delitos terroristas debía ser de tiempo de guerra o los aplicables en tiempo de paz. Finalmente, la Comisión se inclinó por la primera opción, afirmando también que en estas materias la justicia militar quedaría excluida de la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia³⁶.

Posteriormente, en la sesión 404, la Comisión debatió la redacción del que sería el artículo 9° de la Constitución Política, siendo la propuesta original de la norma la siguiente: “El terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, es contrario a los derechos naturales de la población. Los delitos que la ley califique como conductas terroristas serán siempre juzgados por tribunales militares. No procederá respecto de ellos la libertad provisional, la amnistía ni el indulto, ni podrá tampoco invocarse el derecho de asilo”³⁷. La versión final del texto propuesto por la CENV, con los cambios posteriores realizados por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, llevó a que el Decreto 3.464 –conocido como Constitución de 1980– tuviera como redacción del artículo 9° la que se transcribe a continuación:

El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer los empleos, funciones o actividades a que se refiere el inciso cuarto del artículo anterior, sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

33 Íd.

34 Íd.

35 Íd.

36 Íd.

37 *Ibíd.*, Sesión 404ª, celebrada en martes 18 de julio de 1978.

No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos. Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales.

Esta norma sufrió dos importantes modificaciones, por medio de la Ley 18.825 de 1989 y de la Ley 19.055 de 1991. Esas reformas fueron realizadas en el marco de negociaciones entre la Junta de Gobierno con la oposición y entre el gobierno del presidente Aylwin y el partido Renovación Nacional, respectivamente³⁸. Ellas significaron terminar con la prohibición de excarcelación a los/as procesados/as y condenados/as por delitos terroristas, pero también ampliaron las inhabilidades a las personas sancionadas por estos delitos.

De lo anterior se concluye que las razones que llevaron al estatuto constitucional del terrorismo en la Constitución de 1980 tuvieron directa relación con la vocación autoritaria del constituyente originario. Según consta en los debates en la CENC, incluso en algún momento se llegó a plantear con bastante consenso en el seno de esta que debía impedirse el acceso a defensa letrada a las personas acusadas de delitos terroristas. Sin duda esa concepción estaba fuertemente marcada por la defensa de una democracia tutelada, que incluía restricciones a los derechos fundamentales no justificables en un Estado democrático de derecho³⁹. Las reformas posteriores morigeraron en parte esos propósitos pero mantuvieron un régimen de excepción fuerte en materia de terrorismo con rango constitucional y una regulación robusta, impropios de las democracias modernas⁴⁰.

En el contexto del debate sobre reformas o la adopción de un nuevo texto constitucional, es deseable que se adopte una regulación constitucional del terrorismo acorde a los estándares internacionales de derechos humanos y a los principios del constitucionalismo moderno, o que, de plano se limite la normativa solamente al ámbito legal.

38 Ver Silva Bascuñan, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XII, (Editorial Jurídica de Chile), 2008, pp. 72-74.

39 Para una revisión de la noción de democracia tutelada o protegida en la visión de Jaime Guzmán, uno de los máximos exponentes de la CENC, ver Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, (Lom Ediciones), 2011, pp. 77-127.

40 Ver Ruiz Tagle, Pablo, “Desobediencia civil, terrorismo y derechos fundamentales”, en *Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, p. 139.

3. Principales aspectos de la Ley 18.314 Antiterrorista

En varios países se han dictado o reformado legislaciones antiterroristas como respuestas a ataques armados de grupos organizados o bien coincidiendo con periodos de regímenes autocráticos o de debilitamiento de las instituciones democráticas. El caso chileno no ha sido una excepción a ello.

Especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, se han incrementado reformas a las legislaciones antiterroristas en diversos países, verificándose también un aumento de la cooperación policial y judicial entre los Estados⁴¹.

En cuanto a su contenido, las legislaciones sobre terrorismo tienen entre sus principales rasgos en común una combinación entre agravaciones de penas y atenuaciones punitivas para quienes colaboren con la justicia, contando además con restricciones de garantías judiciales para las personas imputadas de cometer estos delitos⁴². También algunas legislaciones contemplan el adelantamiento de la barrera de protección penal, tipificando actos preparatorios en una manifestación de lo que en doctrina se denomina “derecho penal del enemigo”⁴³.

A continuación, realizaremos una descripción de la legislación chilena sobre terrorismo y sus reformas, nos referiremos a su (in)conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos anteriormente descritos y haremos mención a un reciente requerimiento de inaplicabilidad que versa sobre preceptos de esta normativa.

3.1. La Ley 18.314 y sus reformas

La Ley 18.314 fue promulgada en 1984 en plena dictadura cívico militar, siendo modificada por la Ley 18.825 de 1989 poco antes del inicio de la transición a la democracia. Luego fue reformada por la Ley 19.055 de 1991, que aumentaba las sanciones a estos delitos, al contemplar, además de aquellas para cargos públicos, inhabilidades respecto de cargos privados. En 2002 y 2005 la

41 Respecto a la reforma a la legislación antiterrorista post 2001 en Estados Unidos de Norteamérica y su aplicación por parte de los tribunales de ese país, ver Gómez Corona, Esperanza, “Estados Unidos: Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes”, en Pérez Royo y Carrasco Durán, op. cit., pp. 57-96.

42 Véase, en este sentido, Villegas Díaz, Myrna, “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, N° 2, A3, 2006, p. 5.

43 Ver Villegas Díaz, “El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, en Villegas Díaz (coord.), *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad: In memoriam a Eduardo Nova Monreal*, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2007, p. 434 y ss.

legislación chilena sobre terrorismo sufrió nuevas modificaciones. Primero, a través de la Ley 19.806, que estableció normas adecuadoras a la reforma procesal penal; luego, por la Ley 20.074 de 2005, que modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal.

La Ley Antiterrorista fue modificada por la Ley 20.467 del 5 de octubre de 2010, la que fue el resultado de un debate legislativo motivado por las movilizaciones llevadas a cabo en 2010 por comuneros mapuche acusados de participar en delitos de carácter terrorista. Frente a la interpretación errónea de esta última reforma –se siguió enjuiciando a menores de edad a través de la Ley contra el Terrorismo–, se realizó una nueva modificación en junio de 2011, mediante la Ley 20.519, la cual añadió un segundo y tercer párrafo al artículo 1, prohibiendo más claramente la aplicación de la ley a niños, niñas y adolescentes.

Las últimas dos reformas merecen un análisis detenido; en particular, si, a la luz de su aplicación actual, estas fueron suficientes para adecuar esta legislación al constitucionalismo democrático y a los estándares internacionales de derechos humanos reseñados anteriormente.

Uno de los objetivos de la Ley 20.467 fue establecer modificaciones a la definición de delito terrorista. Cabe señalar que la tipificación de los delitos terroristas en el ordenamiento chileno ha sido cuestionada por órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos ratificados por el país, por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y por el Relator de la Comisión IDH. Antes de la última reforma legal, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (en adelante, Comité de Derechos Humanos) recomendó al Estado de Chile “[a]doptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos. Tal definición debe limitarse a crímenes que ameriten ser equiparados a las consecuencias graves asociadas con el terrorismo y asegurar que las garantías procesales establecidas en el Pacto sean respetadas”⁴⁴.

44 Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, párr. 7. En un sentido similar se pronunció también el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de la ONU, en CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párr. 15; y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el Examen Periódico Universal (EPU) de 2009, en Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párr. 97.4.

En las dos últimas reformas legales se estableció lo siguiente:

a) Se eliminó, como elemento autónomo de la configuración del delito terrorista, el haber sido cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias, pasando a ser una de las hipótesis asociadas a la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella.

b) Se suprimió la presunción que suponía la finalidad de producir temor por el hecho de cometerse el delito por alguno de los medios allí enumerados.

Respecto de los delitos que califican como terroristas, se realizaron los siguientes cambios: se eliminaron algunos delitos (parricidio, lesiones menos graves); se acotaron las conductas relacionadas con los medios de transporte público y con los artefactos o artificios de gran poder destructivo; se corrigió un defecto de la ley vigente al aludir al delito de descarrilamiento; y se agregó un nuevo numeral incluyendo algunos delitos de la Ley de Seguridad Nuclear.

c) Se suprimió la presunción legal de finalidad terrorista que se fundaba en el uso de ciertos medios, lo que representaba una alteración al principio de presunción de inocencia.

d) Respecto a la regulación de los testigos y peritos protegidos, la reforma explícita, en el artículo 18, la posibilidad del defensor de “dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad”.

A lo anterior se agrega que se contempla la figura del desistimiento del acto terrorista tentado, exigiendo, para que opere, que se cumplan, como requisitos esenciales para eximir de responsabilidad, la revelación a la autoridad del plan delictual y de sus circunstancias.

e) Se estableció que, si las conductas tipificadas en la Ley 18.314 o en otras leyes fueren ejecutadas por menores de dieciocho años, por aplicación del principio de especialidad, se aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente.

Después de las reformas descritas, la Ley 18.314 señala que serán delitos terroristas los que se realicen concurriendo una de las tres circunstancias siguientes: a) la naturaleza y los efectos de los medios empleados en la comisión del hecho; b) la evidencia que el hecho delictual obedece a un plan predeterminado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas; y c) que se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad, o imponerle exigencias.

Por otra parte, la ley, en su artículo 2, establece una lista de delitos comunes, que, cometidos con alguna de las circunstancias antes descritas, pasan a ser sancionados como terroristas. Estos delitos son el homicidio, las lesiones gravísimas, el secuestro, la sustracción de menores, el envío de bombas o efectos terroristas, el incendio y otros estragos y el descarrilamiento.

3.2 La legislación chilena sobre terrorismo y su (in)conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos

Cabe preguntarse si la última reforma a la Ley 18.314 la adecúa a los estándares internacionales de derechos humanos.

La ley que fija y determina conductas terroristas en nuestro país ha sido objeto de serios reproches de parte de instancias internacionales y nacionales de protección de derechos humanos. Probablemente ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico –a excepción del decreto ley de autoamnistía⁴⁵–, ha concitado tal nivel de cuestionamiento. Prácticamente todos los órganos de control de tratados se han pronunciado negativamente sobre ella. Es el caso del Comité de Derechos Humanos⁴⁶; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de la ONU⁴⁷; el Comité contra la Tortura (CAT) de la ONU⁴⁸; el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)⁴⁹. A ellos se suma el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2009 y 2014), en el Examen Periódico Universal, EPU⁵⁰. Todos han expresado de manera invariable su preocupación en relación a tres aspectos críticos: i) las deficiencias normativas contenidas en la definición de delito terrorista que ofrece la Ley 18.314, que, por su amplitud e imprecisión, contraviene el principio de legalidad; ii) la disminución de garantías procesales que deviene en afectación al derecho al debido proceso; y iii) su aplicación selectiva a integrantes del pueblo mapuche, que lesiona el principio de igualdad y no discriminación.

45 Decreto Ley 2.191 del 18 de abril de 1978.

46 Comité de Derechos Humanos, op. cit.

47 CERD, op. cit.

48 Comité contra la Tortura de la ONU, CAT/C/CHL/5, 14 de mayo de 2009, párr. 23.

49 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrs. 14 y 34.

50 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, op. cit.; Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, A/HRC/WG.6/18/L.3, 31 de enero de 2014, párrs. 121.167; 121.168 y 121.169.

A los cuestionamientos del sistema de Naciones Unidas se suman los formulados por la Comisión IDH⁵¹, que en agosto de 2011 presentó el caso *Segundo Aniceto Norín y Otros*⁵² ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Al momento de redactar este artículo se esperaba el pronunciamiento de la Corte. El Estado de Chile se expone a incurrir en responsabilidad internacional. La Comisión IDH interpela, a la luz de la obligación de garantía que pesa sobre el Estado, a que este adecúe la normativa antiterrorista de manera de hacerla compatible al estándar internacional que reclama que toda conducta punible sea determinada con claridad y anterioridad a la perpetración del hecho perseguido penalmente. Principio conforme al cual la conducta penalmente reprochada debe estar formulada “[s]in ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, [...] estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos”⁵³. La Comisión alcanzó a analizar la reforma introducida a la Ley Antiterrorista en octubre de 2010 por la Ley 20.467, manteniendo firme su convicción de que se trata de un cuerpo normativo que infringe el principio de legalidad⁵⁴. Dicha adecuación, señala la Comisión IDH, debe alcanzar a las normas procesales, de manera de respetar el derecho irrenunciable al debido proceso, incluyendo el acceso a un juez imparcial, el derecho a la defensa, el derecho a interrogar a los testigos y el derecho a recurrir del fallo⁵⁵. Asimismo, el Estado debe adoptar las medidas de no repetición que garanticen que en el futuro no se hará aplicación de cuerpos legales en violación al principio de igualdad y no discriminación⁵⁶.

De similar tenor han sido los comentarios y observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales

51 Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.140, Informe de Fondo 176/10, op. cit.

52 Comisión IDH, Caso 12.576, op. cit. Se trata de tres peticiones presentadas a la Comisión IDH en agosto de 2003, abril de 2005 y mayo de 2005 relativas a condenas impuestas a autoridades tradicionales, dirigentes y activistas del pueblo indígena mapuche en calidad de autores de delitos calificados como terroristas de conformidad con la Ley 18.314. Dichas condenas fueron dictadas por la Corte Suprema el 15 de septiembre de 2003. Los hechos fundantes de la acusación dicen relación con incendios ocurridos en diciembre de 2001 que afectaron a los fundos Nanchahue y San Gregorio ubicados en la IX Región.

53 *Ibíd.*, párr.116. Ver Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 222 y ss.

54 Comisión IDH, Caso 12.576, op. cit., párr. 150.

55 *Íd.*

56 *Ibíd.*, p. 6.

de los indígenas, James Anaya (2009)⁵⁷ y del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson (marzo de 2014)⁵⁸.

El Estado se comprometió en el EPU en 2009, lo que volvió a ratificar en 2014, a modificar la legislación para que esta alcanzara los estándares internacionales que rigen sobre la materia⁵⁹. Sin embargo, el Ministerio Público invariablemente ha mantenido el criterio de invocarla.

A las críticas anteriores se agrega la percepción de su ineficacia como instrumento de persecución penal. El Relator Ben Emmerson señaló en su informe que si bien entre los diversos actores entrevistados no existe un consenso en cuanto a la legitimidad de la normativa antiterrorista, sí lo hay –salvo la opinión de los fiscales del Ministerio Público– respecto a que la aplicación actual de esta resulta completamente insatisfactoria⁶⁰.

La ineficacia se advierte, entre otros aspectos, en una baja tasa de condenas dictadas no obstante la profusa invocación –jurídica y mediática–, lo que incluye casos en que el ente persecutor la usó para aprovechar las ventajas procesales que acarrea (uso de testigos sin rostro y ampliación de los plazos de detención, entre otras) y otros en los que el órgano jurisdiccional condenó por delitos comunes (caso *Cañete*⁶¹ y el del machi Celestino Córdova, condenado por la muerte del empresario Werner Luchsinger y su esposa Vivianne Mackay⁶²).

En efecto, de acuerdo a lo señalado por el actual subsecretario de Interior, Mahmud Aleuy, desde 2002 hasta mayo de 2014 117 personas han sido

57 Informe del Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6, párrs. 60 y 61.

58 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, A/HRC/25/59/Add.2, 10 de marzo de 2014, párrs. 15, 93 y 94.

59 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, op. cit., párr. 97.4; Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, op. cit., párrs. 121.167, 121.168 y 121.169.

60 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, op. cit., párr. 15.

61 Corte Suprema, sentencia Rol 2.921-2011 de fecha 3 de junio de 2011.

62 En sentencia del 28 de febrero de 2014, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en causa RUC 1300014341-8 y RIT 220/2013, dictó sentencia condenatoria en contra de Celestino Córdova Tránsito como autor de un delito consumado de incendio con resultado de muerte. Se lo absolvió, en cambio, del delito de incendio de casa o lugar habitado, tipificado en el art. 476 N° 1 del Código Penal, en carácter de terrorista, en conformidad a lo establecido en los artículos 1 y 2 N° 1 de la Ley 18.314. La Corte Suprema, en sentencia Rol 6.247-14 de fecha 12 de mayo de 2014, rechazó el recurso de nulidad presentado por la defensa.

“procesadas”⁶³ invocando la Ley Antiterrorista, de las cuales solo 10 fueron condenadas por ella⁶⁴.

Uno de los cuestionamientos a los que se ha hecho acreedora la legislación en comento es la autorización normativa y la permisibilidad del uso de testigos anónimos o “sin rostro”. Este reproche descansa en normas de derecho internacional de derechos humanos y de estimarse⁶⁵ que el uso abusivo de figuras de estas características lesiona el derecho a la defensa y a la asistencia letrada. Se ha asentado como un principio básico que a quien es objeto de una acusación le asiste el derecho básico de examinar a los testigos, máxime si la probanza que proporcionan es el sustento principal de la acusación penal. En caso contrario, se vulnera la garantía de acceso a un juicio justo. Por ello ha sostenido la Comisión que “el recurso a sistemas judiciales secretos, incluido el recurso a los testigos de identidad reservada, ha sido caracterizado (...) en principio como una violación a la garantía del debido proceso a interrogar a los testigos, y de la garantía sobre el carácter público de los procesos penales”⁶⁶.

Si bien la comparecencia y valoración de testigos con identidad reservada son aceptadas por el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH y la Corte Europea de Derechos Humanos señalan ciertos requisitos de procedencia⁶⁷: a) que exista peligro real hacia el testigo o compareciente derivado de su colaboración con la justicia; b) que la adopción de dicha medida no afecte las garantías inderogables del debido proceso, lo cual ha de ponderarse en la especificidad del caso en particular; c) la posibilidad de apelar a la decisión que autoriza el anonimato de los testigos; d) en cuanto medio de prueba, el testimonio prestado por el testigo bajo reserva de identidad debe ser compensado por otras medidas en el proceso que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho a defensa del acusado; y e) estas declaraciones no pueden ser determinantes para sustentar el juicio de culpabilidad.

Por lo menos respecto de los dos últimos requisitos, la legislación sobre testigos protegidos es deficitaria, existiendo casos en que los testigos “sin ros-

63 Concepto utilizado por la autoridad gubernamental, no obstante corresponder al sistema procesal penal anterior a la reforma, que suponía la concurrencia de dos elementos: la acreditación por parte del juez instructor de la existencia de un hecho punible y presunciones fundadas de participación en calidad de autor, cómplice o encubridor.

64 *El Mercurio*, Subsecretario del Interior, Mahmud Aleuy, 1 de mayo de 2014, p. D 4.

65 Ver. Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo 176/10, op. cit., párrs. 236 y ss.

66 *Ibid.*, párr. 237.

67 Ver Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile, Santiago, 2011, pp. 91-98.

tro” han sido fundamentales para sustentar la acusación penal del Ministerio Público.

3.3 Reciente requerimiento de inaplicabilidad respecto a preceptos de la Ley 18.314 Antiterrorista

Cabe señalar que, no siendo la legislación sobre terrorismo materia que en la Constitución chilena requiera pasar por el control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional, dicho órgano no ha tenido la posibilidad de pronunciarse acerca de su contenido y conformidad con los preceptos constitucionales. Sin embargo, a fines de 2013 se abrió la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronunciara a través de un juicio concreto de constitucionalidad respecto a algunas normas de la Ley 18.314. Se trata del requerimiento de inaplicabilidad presentado por Celestino Córdova Tránsito respecto del artículo 1 de la Ley 18.314, en relación con los artículos 2, N° 1, y 3 inciso 1, de la misma Ley y de los artículos 474 y 476 del Código Penal. Lo anterior para que surtiera efectos en el proceso penal por la muerte de Werner Luchsinger y Vivianne Mackay, ocurrida durante las acciones de protesta por el quinto aniversario de la muerte de Matías Catrileo, en el marco del conflicto entre el Estado y el pueblo mapuche, cuando un grupo de desconocidos llevó a cabo un ataque incendiario, en que el matrimonio murió y sus cuerpos resultaron calcinados.

Tras el atentado, el machi Celestino Córdova fue detenido, siendo el único condenado por el crimen⁶⁸. En la investigación el Ministerio Público y el Ministerio del Interior invocaron la aplicación de preceptos de la Ley 18.314. En ese marco, posteriormente a la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, el imputado presentó el requerimiento de inaplicabilidad Rol 2.564-13 del 18 de diciembre de 2013 respecto de las normas ya mencionadas. El requerimiento fue admitido a trámite –sin suspensión– el 26 de diciembre y declarado admisible –por voto de mayoría– el 29 de enero pasado.

En sus planteamientos fundamentales el requerimiento sostuvo la inconstitucionalidad en el caso concreto de los preceptos legales mencionados por tratarse de tipos penales abiertos y afectar el principio de legalidad y de proporcionalidad de la pena. La aplicación de las normas legales en cuestión a la gestión pendiente, según los requirentes, infringiría los arts. 9, 19 N° 3 y 19 N° 2 de la Constitución, en relación a otros preceptos constitucionales.

68 Ver nota 62.

El Tribunal Constitucional no alcanzó a pronunciarse acerca del fondo del requerimiento pues, antes de la vista de la causa, se produjo su desistimiento⁶⁹. No obstante, existiendo otras causas judiciales vigentes en las que se invoca la aplicación de normas de la Ley 18.314, no puede descartarse que en otro caso se presente un requerimiento de inaplicabilidad con similares características.

4. La aplicación de la Ley Antiterrorista en el conflicto del Estado chileno con el pueblo mapuche

Una forma de lesión del principio de legalidad es que la normativa sancionatoria se invoque y aplique arbitrariamente a determinados grupos de la población en consideración a su pertenencia identitaria, étnica u otra condición social o política, en violación al principio de igualdad y no discriminación (noma de *ius cogens*). Aplicar una legislación penal especialmente gravosa, como lo es el estatuto antiterrorista, a un grupo de personas en consideración a una categoría sospechosa es por principio lesiva a la prohibición absoluta de discriminación. Por ello, la aplicación selectiva de una normativa de esta naturaleza está sometida a un escrutinio estricto, recayendo la carga de la justificación de su uso en el ente estatal, a fin de no contravenir un principio cardinal de los derechos humanos⁷⁰.

El derecho a la igualdad y no discriminación ante los tribunales ha sido expresamente desarrollado, entre otros, por el Comité de Derechos Humanos⁷¹ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Este último ha dispuesto que “[l]a discriminación racial y la xenofobia en la administración y el funcionamiento de la justicia, cuando se dan, representan un atentado

69 El desistimiento fue presentado el 18 de marzo de 2014 y fue proveído el 1 de abril.

70 Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, op. cit., párr. 355: “[l]a investigación efectiva de los delitos de terrorismo, debido a su motivación ideológica y los medios colectivos con los que se ejecutan, podría requerir la investigación de individuos o de grupos conectados con determinados movimientos políticos, ideológicos, religiosos, o, en el caso del terrorismo instigado por un Estado, los gobiernos de ciertos Estados. La Comisión también debe subrayar, sin embargo, que las iniciativas antiterroristas que incorporan criterios de esta naturaleza, a efectos de no contravenir la prohibición absoluta contra la discriminación, deben basarse en una justificación objetiva y razonable en el sentido de que deben perseguir un objetivo legítimo, respetando los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y asegurando que los principios sean razonables y proporcionados con el fin perseguido. Las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto”.

71 Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 8.

especialmente grave contra el Estado de derecho, el principio de igualdad ante la ley, al derecho a un proceso imparcial y el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, por cuanto afecta directamente a personas pertenecientes a grupos que la justicia tiene precisamente por misión proteger”⁷².

La existencia de un patrón preferente en la aplicación de la legislación anti-terrorista en contra de integrantes del pueblo mapuche es un hecho advertido por diversas instancias internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos. El Relator Especial Ben Emmerson⁷³, lo señaló así expresamente, al igual que la Comisión IDH, la que al respecto sostuvo que hay una aplicación selectiva de este estatuto a miembros del pueblo mapuche, en base a estereotipar la reclamación indígena, incluidas las acciones de hecho, como actos de terrorismo⁷⁴.

De acuerdo a la respuesta ofrecida por el Estado de Chile al informe de observación del Relator Especial Ben Emmerson, desde que entró en vigencia la reforma procesal penal en Chile (2000), el Ministerio Público ha formalizado en 19 causas, de las cuales 12 “[s]e relacionan con reivindicaciones de tierras de grupos mapuche (...)”⁷⁵.

Dicha aplicación se ha dado en el marco de la persecución de hechos relacionados con lo que el Ministerio Público ha calificado como el “proceso de recuperación de tierras ancestrales del pueblo mapuche” o acciones “que formaban parte del plan criminal [...] dirigidas a lograr el control territorial de determinadas zonas”⁷⁶. Dichas circunstancias, así descritas por el ente persecutor, han dado pie a la calificación jurídica de ciertos ilícitos con carácter de terroristas.

Efectivamente, detrás de las acciones calificadas por el ente persecutor como terroristas ha estado el reclamo por la restitución de las tierras y territorios ancestrales. No se ha reparado lo suficiente en este punto o, más bien, se lo ha considerado –como señala Jaime Couso– únicamente para agravar

72 ERD, Recomendación General 31, A/60/18(SUPP), 3 de octubre de 2005, párr. 460.

73 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, op. cit.

74 Comisión IDH, Informe de Fondo Caso 12.576, op. cit. párr. 50 y, especialmente, párr. 155 y ss.

75 Respuesta del Estado de Chile a informe de visita del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/25/59/Add.3, 10 de marzo de 2014, párr. 12.

76 Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, op. cit., pp. 3-17 (hechos constitutivos de la acusación del Ministerio Público).

la responsabilidad penal⁷⁷. Un ejemplo de ello es la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete en 2011. Este órgano no desconoció el marco de las movilizaciones de integrantes del pueblo mapuche, sino que, por el contrario, señaló que los hechos del juicio se daban “[d]entro de un contexto bien definido, y que, desde un punto de vista general, se ha venido en denominar el ‘proceso de recuperación productiva de tierras’ [...] el que en la práctica se ha ido materializando derechamente en el hurto y robo de maderas desde los predios forestales que están situados en los alrededores del Lago Llu Llu por parte de un grupo de sujetos abocados a dicho fin”⁷⁸. Para justificar la aplicación de la norma antiterrorista en este contexto afirmó que los actos investigados constituían acciones especialmente violentas “ejecutadas por ciertos individuos, que excediendo el ideario antes mencionado, utilizan el fuego como medio destructor, pretendiendo con ello generar un mayor temor en sus víctimas, para lograr de ese modo que aquellas o no vuelvan a vivir en esos lugares o que se amilanen de efectuar cualquier denuncia, declaración o cualquier otra forma semejante de colaboración con la acción de la justicia, frente a tales acontecimientos. Tales situaciones, a diferencia de lo que ocurre con los delitos comunes, generan una especial repulsa en el sentido común del juzgador, haciendo por ende necesario dar aplicación a su respecto de una normativa especial, como es la contenida en la Ley 18.314...”⁷⁹.

A nuestro juicio este punto es clave, puesto que precisamente la restitución y el reconocimiento de los derechos territoriales sigue siendo una de las principales fuentes de tensión y conflicto con el Estado.

El espacio natural en la concepción mapuche se representa en una noción compleja que trasciende la pura materialidad del territorio en el que se habita; se trata, ante todo, de una relación vital, con expresiones concretas en el orden social, económico, filosófico y religioso. El impacto, por tanto, de eventuales alteraciones de estos espacios no se limita a la relación de propiedad y dominio que respecto de ellos pueda tener y ejercer dicho pueblo. Este territorio, dice José Bengoa, “[e]s un mundo animado, lleno de montañas y de ríos que tienen vida, de piedras que recuerdan a personas que murieron en tiempos de las grandes inundaciones, de animales, pájaros y seres de toda naturaleza

77 Couso, Jaime, “La aplicación de la Ley Antiterrorista en el conflicto del Estado chileno con el pueblo mapuche”, en Olea, Helena (ed.), *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*, (Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales), 2013, p. 161.

78 Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, op. cit., considerando 93.

79 Íd.

que expresan sentidos, comunican sentimientos [...] No tomar en serio esta dimensión del territorio significaría no comprender nada de la historia de la sociedad de los antiguos mapuches, del porqué de esta defensa impaciente de donde han vivido [...]”⁸⁰.

Asimismo, se debe considerar el consistente abuso mediático del rótulo de terrorista. Como señaló la Comisión IDH (2010), “[a] pesar del carácter esporádico de estos hechos (...) y de la existencia de un contexto más general de movilizaciones sociales y políticas del pueblo mapuche, estas reivindicaciones han sido descritas por los medios de comunicación y por las autoridades estatales con el rótulo de ‘conflicto mapuche’, expresión que ha adquirido uso generalizado entre los sectores no indígenas de la sociedad para hacer referencia a dichos procesos de protestas y reclamos territoriales y socioeconómicos”⁸¹. Agregaba que “[d]icha representación social, facilitada en su construcción por los medios de comunicación, ha exacerbado el clima de tensión que rodea a los procesos sociopolíticos del pueblo indígena mapuche. Así, sectores del Estado y la opinión pública chilenos han catalogado acciones de protesta social violenta y movilizaciones políticas del pueblo mapuche como actos de terrorismo, rúbrica que ha desencadenado la aplicación de los instrumentos jurídicos antiterroristas en su contra”⁸².

Por el contrario, de acuerdo al informe del Relator Especial Ben Emmerson, la situación en las regiones del Biobío y la Araucanía es extremadamente volátil dada la frecuencia y la gravedad de los enfrentamientos violentos, los que se han intensificado en los últimos tres años⁸³.

La respuesta punitiva estatal en el contexto del conflicto intercultural en curso se debe concebir en el marco de las relaciones entre el pueblo mapuche y el Estado de Chile, las que han estado caracterizadas por demandas insatisfechas de reconocimiento y restitución de derechos individuales y colectivos; de garantía de acceso a tierras y territorios, y de protección de recursos naturales; de la defensa de la identidad política y cultural; y del derecho a la autodeterminación; las cuales no han encontrado respuesta institucional en el Estado chileno.

80 Bengoa, José, *Historia de los antiguos mapuches del sur*. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín, (Editorial Catalonia), 2007, p. 45.

81 Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.140, Informe de Fondo 176/10, op. cit., párr. 46.

82 Íd.

83 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, op. cit., párr. 87.

Una estrategia centrada en la persecución penal resulta ineficaz en la medida en que interviene sobre los efectos y no sobre las causas de la relación conflictiva. Es decir, actúa sobre determinados comportamientos, que son criminalizados y sancionados, los que no son sino la externalidad del conflicto intercultural, mientras se desatienden las causas y naturaleza del mismo.

Privilegiar una estrategia sustentada en exacerbar el recurso punitivo desconoce un hecho esencial: que se está frente a una reivindicación de carácter social y político, con antecedentes históricos centenarios. Se requiere, si de verdad se pretende avanzar en la solución satisfactoria, restituir al conflicto social y a sus expresiones, incluidas aquellas de carácter violento, su dimensión política. Es necesario avanzar en el establecimiento de relaciones de nuevo tipo con los pueblos indígenas en general y con el pueblo mapuche en particular, que se asienten en el respeto y la garantía de derechos.

Encarar demandas históricamente desatendidas, desde la perspectiva de los derechos humanos, plantea el desafío de instaurar y generar las condiciones para un diálogo, concertado en el contexto de un nuevo tipo de relación, construida no ya desde el paradigma de la negación, el asistencialismo o el asimilacionismo, sino desde la puesta en valor del pluralismo cultural. Ello importa reconocer y respetar a las naciones originarias del territorio en su condición y calidad de pueblos. El derecho internacional de los derechos humanos ha venido sustentando y desarrollando esto en los últimos decenios a través del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT⁸⁴ y de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. A ellos se debe agregar una robusta jurisprudencia de la Corte IDH y un conjunto de recomendaciones, observaciones y resolución de casos de los órganos de tratado, que avanzan en la dirección de reconocer un *corpus iuris* vinculante asentado en el reconocimiento de la condición de sujetos colectivos titulares de derechos. La construcción de un nuevo tipo de relación con los pueblos indígenas, asentado en el paradigma de la plurinacionalidad, requiere respetar el derecho que tienen estos a decidir y establecer libremente su condición política y a determinar, del modo que estimen, su desarrollo económico, social y cultural.

84 Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores por el que se promulga el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008. Vigente desde el 15 de septiembre de 2009.

5. Conclusiones

Para terminar esta breve descripción del modelo constitucional chileno referente al terrorismo, de la legislación en la materia y de los estándares internacionales de derechos humanos, quisiéramos recalcar que se constata la existencia en el ordenamiento jurídico chileno de una regulación robusta en la materia, lo que se debe principalmente a la vocación autoritaria del constituyente originario.

En la normativa constitucional, no obstante las reformas realizadas, persiste una serie de normas que contemplan sanciones, restricciones a garantías judiciales y suspensión de derechos de ciudadanía. No se encuentra en las constituciones democráticas del derecho comparado un correlato con la intensidad de este régimen de excepción y con este nivel de exhaustividad. En el actual escenario de cambio constitucional, se propone la adopción de una nueva regulación constitucional del terrorismo acorde a los estándares internacionales de derechos humanos y al constitucionalismo moderno, o que se excluya su regulación de la normativa constitucional.

Asimismo, hemos analizado los déficits que la Ley Antiterrorista presenta a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En vista de estas insuficiencias, se requiere adecuar la normativa interna al estándar internacional de derechos humanos, obligación que impone el deber de garantía. Mientras dichas modificaciones no se materialicen, los órganos del Estado, particularmente los tribunales de justicia y la instancia pública mandatada a perseguir la responsabilidad penal, en ejercicio del “control de convencionalidad”, deben abstenerse de dar aplicación a aquellas normas de derecho interno que colisionan con las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos⁸⁵. Se trata de privar de eficacia jurídica a normas que contravienen los compromisos internacionales que el Estado ha hecho suyos y de ajustar sus prácticas en términos de garantizar la prohibición de no discriminación, particularmente para encarar el conflicto intercultural en curso entre el Estado y el pueblo mapuche.

85 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

COMENTARIO EN TORNO A LA SENTENCIA EN CAUSA ROL 2.081-11, SOBRE REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL, DEL 21 DE MARZO DE 2013

Francisco Zúñiga¹

Resumen

El presente artículo analiza la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil² que regula la interposición de acciones de reclamación de filiación en caso de que los padres se encuentren fallecidos, permitiendo la interposición de dicha acción solamente cuando se trata de hijos póstumos (nacidos con posterioridad al fallecimiento del padre) o cuando los padres han fallecido en los 180 días siguientes al nacimiento, ello dentro de los tres años siguientes a la muerte o desde que el hijo adquiriera plena capacidad. En la sentencia, destaca la creación pretoriana del Tribunal Constitucional de requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad, como la presunción de constitucionalidad del precepto legal y el control abstracto, naturaleza y efectos;

1. Requerimiento

El proceso constitucional se inicia por requerimiento de la jueza de familia de Pudahuel Nel Greveen Bobadilla, que solicita al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, que regula la interposición de acciones de reclamación de filiación en caso de que los padres se encuentren fallecidos, permitiendo la interposición de dicha acción solamente cuando se trata de hijos póstumos (nacidos con pos-

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

² Tribunal Constitucional, Rol 2.081-2011, sentencia de fecha 21 de marzo de 2013.

terioridad al fallecimiento del padre) o cuando los padres han fallecido en los 180 días siguientes al nacimiento, ello dentro de los tres años siguientes a la muerte o desde que el hijo adquiriera plena capacidad.

Esta norma ya había sido declarada inaplicable a lo menos en cuatro ocasiones, algunas de ellas a requerimiento de la propia jueza requirente en estos autos.

Se plantea que esta norma establece una diferencia arbitraria, a efectos de interponer la acción de reclamación de filiación, entre quienes son hijos póstumos o cuyos padres murieron dentro de los 180 días siguientes al parte y aquellas personas que desean interponer acciones de filiación cuando los padres han fallecido, pero no se encuentran en ninguna de las situaciones descritas por el artículo 206 del Código Civil, por lo que se ven privadas de la acción de reclamación.

Esta diferencia, a juicio del requerimiento, no tiene una justificación razonable y no persigue fines legítimos, no existiendo, además, proporcionalidad entre la medida adoptada y los fines perseguidos, ya que se priva absolutamente a una persona para demandar la declaración de filiación, conculcando el derecho a la acción dependiendo del momento en que se haya producido el fallecimiento de los supuestos padres, estableciéndose por tanto una diferencia arbitraria entre aquellas personas sin filiación determinada cuyos padres han muerto, pudiendo unos interponer acción de reclamación de filiación y otros no.

El requerimiento fue rechazado, por no haberse reunido el quórum necesario para la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de cuatro quintos de sus integrantes. En efecto, por acoger el requerimiento estuvieron los ministros Hernán Vodanovic, Marisol Peña, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García Pino, mientras que por acogerlo parcialmente estuvieron los ministros Raúl Bertelsen y Francisco Fernández. Por el rechazo del requerimiento estuvieron los ministros Iván Aróstica y Marcelo Venegas, y, en un voto separado, los ministros Enrique Navarro y Carlos Carmona.

2. *Obiter dicta*. Requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad del N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República

2.1. Exposición general

Primeramente, se exponen por parte de la sentencia los diferentes requisitos para la declaración de inconstitucionalidad de una ley, señalando:

CUARTO: Que de los preceptos constitucionales y legales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Ley Suprema, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, sin que, bajo ningún concepto, pueda extenderse a un tratado internacional o a alguna de sus disposiciones; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6°, e inciso undécimo, de la Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo actuando de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia [...].

2.1.1. Primer requisito

En cuanto al tipo de la norma impugnada, se cumple con el requisito que sea una norma de rango legal el artículo 206 del Código Civil:

QUINTO: Que en estos autos se ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, ya transcrito en la parte expositiva.

En este sentido, cabe recordar que esta Magistratura ha sostenido que “ni la Constitución, ni la ley definen lo que es un precepto (legal), término que acota lo que esta Magistratura puede declarar inaplicable. La doctrina y la jurisprudencia no han dudado que tal expresión es equivalente a la de ‘norma jurídica’ (de rango legal). Así, la Corte Suprema señaló, más de una vez, que el término precepto legal es indicativo de “una norma o artículo de algún precepto legal; esto es, de una regla a la que debe ajustarse la conducta humana”. (STC Rol N° 626, considerando 1°).

Recientemente, nuestro Tribunal ha afirmado que la ley, al decir del artículo 1° del Código Civil, es “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (...). Si bien esta concepción formal de la ley, fiel reflejo del pensamiento jurídico propio del siglo XIX, que la percibía como

una expresión de la voluntad general, ha sido en gran medida superada desde el punto de vista constitucional en la vigente Ley Fundamental, que incorpora algunos criterios propios de la ley material, como el relativo a su carácter “general y obligatorio”, predicado en el artículo 63 N° 20 de la citada Carta, es lo cierto que el carácter prescriptivo de la norma que interesa viene dado por la naturaleza de su articulado, que incorpora sus mandatos preceptivos. (STC Rol N° 2.253, considerando 22°).

2.1.2. Segundo requisito

En lo tocante a que la norma objeto del requerimiento de inconstitucionalidad debe haber sido declarada inaplicable, por los mismos vicios, la sentencia señala:

SEXTO: Que en lo que toca al segundo requisito para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal y que consiste en que la referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este mismo Tribunal, debe tenerse presente que por sentencias recaídas en los roles N°s 1340, 1563, 1537 y 1656, este Tribunal declaró la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil en cada una de las gestiones judiciales concernidas. En la primera de dichas sentencias, por infringir el artículo 5°, inciso segundo, en relación con el artículo 1°, inciso primero, además del artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental. En las otras tres sentencias, solo por infringir el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política. Ello basta para dar por cumplido, en este caso, el segundo requisito recordado.

En lo que atañe a este mismo requisito, resulta preciso tener en cuenta, además, que el artículo 101 de la Ley N° 17.997 indica que: “La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”. En este caso, la juez requirente solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, “en virtud de lo fallado por este mismo Excmo. Tribunal en causa Rol 1.656-10”, esto es, por infracción al derecho a la igualdad ante la ley (fojas 1) [...]

2.1.3. Tercer requisito

En cuanto al tercer requisito, que el proceso se haya iniciado por una acción pública o de oficio por parte del tribunal, sostiene la sentencia:

SÉPTIMO: Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal exige, asimismo, que el proceso respectivo se haya iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por esta Magistratura o por una resolución de ella actuando de oficio.

En esta oportunidad, el presente proceso constitucional se ha iniciado en virtud de la acción pública deducida por la Juez de Familia de Pudahuel, Nel Greeven Bobadilla, en virtud de requerimiento presentado con fecha 6 de septiembre de 2011.

Se ha ejercido, pues, una acción constitucional, cuyo objeto es poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado –radicado, en este caso, en el Tribunal Constitucional– con el objeto de defender la prevalencia de la Carta Fundamental –integrada por valores, principios y reglas– frente a una norma de inferior jerarquía.

De esta forma, el ejercicio de la acción pública –como la que ha motivado el inicio del presente proceso constitucional– no persigue la defensa de intereses subjetivos de partes determinadas sino que el pleno respeto del principio de supremacía constitucional, recogido, entre nosotros, en el inciso primero del artículo 6° de la Carta Fundamental.

Por las razones antedichas, cabe también dar por cumplido el tercer requisito para proceder a examinar la inconstitucionalidad planteada [...]

2.1.4. Cuarto requisito

Se constata que se ha dado la tramitación debida al requerimiento:

OCTAVO: Que en lo que se atañe al último requisito mencionado en el considerando cuarto de esta sentencia, cabe tener en cuenta que, mediante resoluciones de 4 de octubre de 2011, que corre agregada a fojas 214, y de 18 de octubre de 2011, que corre agregada a fojas 218, se acogió a trámite y se declaró admisible el requerimiento de fojas 1, respectivamente, confirmando traslado a los órganos colegisladores para que formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes. No cabe duda, entonces, que se ha abierto, en

este caso, un proceso de inconstitucionalidad que está concluyendo, precisamente, en virtud de la presente sentencia.

2.2. Otros requisitos de creación pretoriana

La sentencia hace notar que, además de los requisitos anteriormente expuestos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido configurando otros requisitos, que sirven para complementar los establecidos en la ley y la Constitución:

NOVENO: Que sin perjuicio de lo que se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia de este Tribunal, recaída en anteriores declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos legales, ha ido perfilando otros requisitos que complementan lo precisado en la Carta Fundamental y en la ley orgánica del Tribunal Constitucional, para proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal. Las referidas exigencias no constituyen la expresión de un parecer antojadizo de esta Magistratura sino que se desprenden de la propia naturaleza de los procesos conducentes a la expulsión de un precepto legal del ordenamiento jurídico vigente con efectos *erga omnes*. Dicha expulsión se fundamenta en la necesidad de depurar el ordenamiento jurídico para hacerlo plenamente compatible con la Constitución y la supremacía de que ella goza [...]

2.2.1. Presunción de constitucionalidad

Este requisito tiene relación con la necesidad de que no exista ninguna interpretación posible de la norma legal impugnada que pueda ser conciliada con la Constitución, esto por cuanto debe presumirse que las normas legales son constitucionales, como criterio hermenéutico, así como por la naturaleza de *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad, dada la gravedad de una decisión de esa especie. Por tanto, antes de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, es necesario comprobar que no existe una interpretación que la concilie con la Carta Fundamental:

DÉCIMO: Que, desde esta perspectiva, se ha precisado que, para proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, es menester que no exista ninguna interpretación posible que permita conciliar dicho precepto con la Carta Fundamental. Esta exigencia se

relaciona con la denominada “presunción de constitucionalidad” como criterio hermenéutico aplicable a la decisión de los conflictos constitucionales.

Y es que “el deber de interpretación conforme a la Constitución recibe un crédito casi unánime en la jurisprudencia, al ser considerado como una necesidad intrínseca de cualquier proceso de carácter hermenéutico. Se ha repetido hasta la saciedad que la interpretación conforme tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que exigía la interpretación de todas las leyes y los actos de la Administración in harmony with the Constitution”. (FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana*. Editorial Porrúa, México, 2011, p. 52).

El Tribunal Constitucional de España ha afirmado, por su parte, que “es necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación” (STC 4/1981, de 2 de febrero). Asimismo, ha expresado que “si existen varios sentidos posibles de una norma (véase disposición), es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental” (STC 122/1983, de 16 de diciembre);

DECIMOPRIMERO: Que, en forma similar a los precedentes de derecho comparado que se han recordado, nuestra Magistratura ha sostenido que: “Tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y solo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, *resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad*” (STC roles N°s 681, considerando 8°, y 558 y 590 (acumulados), considerando 6°);

DECIMOSEGUNDO: Que, asimismo, ha afirmado que “es indiscutible que dicha declaración (de inconstitucionalidad) constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no solo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo –expresión este (sic) irrecusable de la soberanía popular–, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto (...) Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma” (STC Rol N° 1.710, considerando 22°).

Expresado en otros términos, la trascendencia que importa para la integridad del ordenamiento jurídico –ciertamente subordinada al principio de supremacía constitucional–, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal exige que el juez constitucional pondere adecuadamente los efectos que producirá la expulsión del referido precepto del ordenamiento jurídico, a fin de no provocar una situación más gravosa que aquella que se trata de prever [...]

2.2.2. Control abstracto, su naturaleza y efectos

Lo anterior encuentra su origen en la naturaleza propia de un control abstracto de constitucionalidad, cuyos efectos son *erga omnes*, cuestión que marca una radical diferencia con un procedimiento de inaplicabilidad, que solamente tiene efectos relativos al caso en concreto. De esta forma, los argumentos de un requerimiento de inconstitucionalidad no pueden reproducir los de un requerimiento de inaplicabilidad, por mucho que la segunda sirva de antecedentes a la primera.

DECIMOCUARTO: Que lo anterior se deriva de la propia naturaleza de control abstracto que importa el examen conducente a determinar la inconstitucionalidad de un precepto legal. En efecto, “el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas

de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular” (STC roles N°s 558 y 590 (acumulados), considerando 5°);

DECIMOQUINTO: Que lo que se viene sosteniendo resulta determinante para comprender la diferencia entre el examen conducente a la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal de aquel que deriva en la eventual declaración de inconstitucionalidad del mismo.

Tal como este sentenciador ha precisado, “el carácter concreto y no abstracto del requerimiento de inaplicabilidad y de la sentencia de esta Magistratura que lo decide, es de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean iguales o semejantes, porque hacerlo involucraría infundirle las cualidades de abstracción y generalidad que singularizan el pronunciamiento de inconstitucionalidad, erga omnes, de cierta disposición legal” (STC Rol N° 1.218, considerando 13°).

De allí que, por mucho que el presente pronunciamiento de inconstitucionalidad tenga por antecedente y fundamento las declaraciones de inaplicabilidad recaídas en las sentencias que se han mencionado en el considerando sexto, no puede limitarse simplemente a reproducir los argumentos vertidos en ellas, pues, como se ha dicho, lo que en esta oportunidad se examina es la incompatibilidad del precepto legal, en sí mismo, con la Carta Fundamental, independientemente de su aplicación a situaciones concretas como las que involucraron los pronunciamientos expedidos con anterioridad por este Tribunal [...]

3. Argumentos en pro y en contra del requerimiento

3.1. Voto por acoger el requerimiento

Los ministros Hernán Vodanovic, Marisol Peña, Gonzalo García Pino y José Antonio Viera-Gallo estuvieron por acoger el recurso, declarando la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil.

Los ministros señalan que, en el caso de autos, el análisis debe centrarse en determinar si la norma impugnada es contraria a la igualdad ante la ley, que fue la norma constitucional que se estimó infringida en los procedimientos de

inaplicabilidad. Señalan que, para que la igualdad ante la ley se vea infringida, es necesario que se establezca una diferencia arbitraria y carente de fundamento. Por tanto, en primer lugar, es necesario analizar si entre los diversos destinatarios de ella existen diferencias relevantes, concluyéndose que no existe tal diferencia, puesto que todas las personas tiene derecho al reconocimiento de la paternidad o maternidad, independientemente de su origen:

7°. Que, en esta línea de razonamiento, el análisis comparativo que exige el principio de igualdad debe realizarse, en este caso, verificando si todos quienes aspiran al reconocimiento de su paternidad o maternidad son iguales ante nuestro ordenamiento jurídico o si, por el contrario, existen diferencias entre ellos;

8°. Que, en este sentido, debe recordarse que la reforma operada por la Ley N° 19.585 al Código Civil, que introdujo el actual texto del artículo 206, tal como se lee en el Mensaje que le dio origen, tuvo como objetivo fundamental “sustituir el régimen de filiación actualmente vigente por otro, que termina con las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos y *que establece un trato igualitario para todos los hijos*, cualquiera sea la situación legal entre sus padres al momento de la concepción”. (Énfasis agregado). Agrega que: “Las discriminaciones que nuestra actual legislación contiene en materia de filiación, además, son contrarias a los principios contenidos en las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos de las que Chile es parte y respecto de las cuales, de acuerdo con el actual artículo 5° de la Constitución Política, los órganos del Estado han contraído el compromiso de hacer respetar y promover. En efecto, numerosos son los instrumentos en materia de derechos humanos que recogen el principio de la dignidad de las personas, que impide toda suerte de discriminación en función de hechos no imputables a los sujetos, como resulta ser la circunstancia de haber sido concebidos dentro o fuera del matrimonio de sus padres”. (Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.585, Mensaje N° 198-326, p. 4);

9°. Que, recogiendo esta inspiración, la doctrina especializada ha sostenido que la Ley N° 19.585 introdujo una modificación global del sistema filiativo, basada en los principios de Derecho Internacional, como lo son la igualdad, el interés superior del menor y el derecho a la identidad, expresados en Cartas Internacionales ratificadas por el Gobierno chileno y vigentes en nuestro país. (LÓPEZ RIVERA, Gisella A., *Nuevo*

estatuto de filiación y los derechos esenciales. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2001, p. 28.).

La tendencia indiscutible a ir igualando la situación de todos los hijos ante el ordenamiento jurídico ha sido reafirmada también en importantes pronunciamientos de jurisdicciones internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, la que, en el asunto *Marckx vs. Bélgica*, afirmó la igualdad primordial entre los niños nacidos dentro de un matrimonio y los que nacen fuera de él, agregando que lo contrario implica una flagrante violación al principio fundamental de la igualdad ante la ley. (Sentencia de 13 de junio de 1979, párrafo 41).

De lo anterior se infiere que el derecho al reconocimiento de la paternidad o maternidad, independientemente de cual haya sido su origen, le corresponde a todas las personas por igual [...]

Se concluye que la norma impugnada establece una doble diferenciación: entre los hijos póstumos y aquellos cuyos padres fallecieron dentro de los 180 días posteriores a su parto y aquellos cuyos padres fallecieron con posterioridad a ese plazo; y entre los hijos de padres fallecidos, que, cuando se encuentran en posición de interponer acción de reclamación de filiación (por estar en alguno de los dos supuestos del artículo 206 del Código Civil), tienen un plazo de tres años para la interposición de la acción, y las demás personas, que no tienen plazo alguno para la interposición de la misma, al ser imprescriptible e irrenunciable.

10°. Que, de esta forma y en respuesta a la primera cuestión planteada en torno a la aplicación del principio de igualdad ante la ley en el presente conflicto constitucional, debe concluirse que teniendo todas las personas la misma posibilidad de obtener el reconocimiento de su paternidad, el artículo 206 del Código Civil introduce una diferencia de trato entre quienes, en principio, gozan de un mismo reconocimiento esencial ante el ordenamiento jurídico chileno, en forma no acorde al deber que los órganos del Estado tienen de respetar y promover los derechos esenciales asegurados a las personas no solo en la Carta Fundamental sino que, también, en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Dicha diferencia de trato consiste en que la acción de reclamación de filiación, en aquellos casos en que el progenitor ha fallecido, se concede

solo al hijo póstumo o a aquél cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Solo en estos casos podrá deducirse acción contra los herederos del padre o madre fallecidos. Sin embargo y como es fácil advertir, aquella persona cuyo padre o madre fallece después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, carecerá de acción de reclamación de filiación contra los herederos de aquél o aquélla, precisamente por no encontrarse dentro del supuesto exigido por el artículo 206 del Código Civil.

He aquí una primera diferencia de trato que esta Magistratura puede constatar.

Pero, además, existe una segunda diferencia de trato derivada del artículo 206 del Código Civil. Ella consiste en que el hijo póstumo o cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, puede dirigir la acción de reclamación de la filiación en contra de los herederos del padre o madre fallecidos, solo dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte (o si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad). Tal limitación de plazo no se concilia con lo prevenido en el artículo 195 del Código Civil, conforme al cual “el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (...)”, como regla general aplicable a todas las personas y como concreción del principio constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2° de la Constitución Política.

Así, los hijos póstumos o cuyo padre o madre ha fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, y que se enteran de su filiación después de transcurridos tres años desde la muerte del respectivo progenitor, ven caducada la posibilidad de reclamar su paternidad o maternidad entablando la respectiva acción contra los herederos del padre o madre fallecido, por expresa disposición del artículo 206 del Código Civil [...]

Constatada la diferenciación, los ministros concluyen que la misma es arbitraria, por cuanto el establecimiento de las actuales normas sobre filiación tuvo como objetivo igualar la situación de todos los hijos (especialmente, eliminar la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos), lo que se contradice con establecer nuevas diferencias, esta vez basadas en la data de muerte de los padres.

Por otro lado, se señala que la norma atenta en contra de la proporcionalidad necesaria para resguardar los diversos bienes jurídicos en juego, puesto

que, para proteger bienes como la armonía familiar de demandas de filiación sin fundamento, se priva a toda una categoría de personas de la acción de filiación, cuestión incompatible con un acertado entendimiento de los derechos fundamentales:

14°. Que, desde la perspectiva de los antecedentes legislativos invocados, cabe afirmar que si, como se ha recordado en el numeral octavo de este voto, el objetivo fundamental de la Ley N° 19.585, que introdujo el artículo 206 al Código Civil, fue establecer un trato igualitario para todos los hijos, eliminando la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, no resulta razonable que para reclamar el reconocimiento de la filiación de los herederos del padre o madre fallecidos, se haya tenido en cuenta la regulación contenida en una norma precedente del Código Civil, que establecía una distinción entre tipos o categorías de hijos, produciendo, además, un vacío legal respecto de aquellos hijos que deseaban demandar el reconocimiento de su paternidad y no se encontraban dentro de los supuestos que la norma finalmente consignó;

[...]

16°. Que, superada la objeción indicada y acreditado, en base a la historia de la Ley N° 19.585, que la diferencia de trato entre quienes persiguen la determinación de su paternidad o maternidad y que establece el artículo 206 del Código Civil no resulta razonable a la luz del objetivo principal que se propuso el legislador, debe procederse a examinar la idoneidad de la aludida distinción conforme al fin previsto por el mismo legislador;

17°. Que, desde este punto de vista, debe tenerse en cuenta que si se trataba de equilibrar la búsqueda de la verdad (en referencia a la libre investigación de la paternidad) con la necesidad de preservar la paz y la armonía familiar de los herederos que podían verse violentadas por falsas imputaciones de paternidad, bastaba con introducir resguardos frente a ese tipo de demandas (como la verosimilitud de las pruebas acompañadas) o con asegurar que se respondiera de la mala fe empleada, pero sin sacrificar el pleno respeto al derecho que toda persona tiene de conocer su identidad, esto es, el lugar que ocupa dentro de la sociedad. Y ello, independientemente de los efectos patrimoniales que se deriven, pues como prescribe el artículo 195, inciso segundo, del Código Civil, estos “quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”.

En otras palabras, la regulación contenida en el artículo 206 del Código Civil no resulta idónea al objetivo de que se pueda investigar libremente la paternidad, que se propuso el legislador, pues con miras a resguardar la paz y armonía familiar de los herederos del supuesto padre o madre, termina anulando el derecho a conocer la identidad personal para quienes se encuentran fuera de los supuestos de la norma impugnada: los hijos cuyo padre o madre fallece después de los ciento ochenta días siguientes al parto y aquellos que se enteran de la identidad de su progenitor y pretenden ejercer la acción de reclamación respectiva después de los tres años contados desde su muerte o desde que hayan alcanzado la plena capacidad.

En las circunstancias descritas no puede sostenerse, válidamente, que exista un equilibrio entre el derecho del supuesto hijo y el de los herederos del supuesto padre o madre, sino que un derecho se superpone al otro al punto de anularlo;

18°. Que, por las mismas razones esgrimidas, la norma que se examina no supera el test de proporcionalidad, pues el medio empleado –limitar la acción de reclamación de la paternidad a los hijos cuyo padre o madre muere dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto y siempre que la acción se deduzca dentro de los tres años contados desde la muerte del progenitor–, bajo el pretexto de proteger la estabilidad familiar de los herederos, genera un vacío legal de gravedad para aquellos supuestos hijos que no cumplen esas condiciones para iniciar la acción de reclamación de su filiación;

19°. Que el moderno enfoque de la teoría de los derechos fundamentales exige agotar los medios para dar protección y promoción a los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, de forma tal que las limitaciones que afecten a los derechos no atropellen la esencia de los mismos, tal y como se desprende del artículo 19 N° 26° de nuestra Carta Fundamental.

Es así como, en materia de libertad de expresión, por ejemplo, el artículo 19 N° 12° de la Constitución Política ampara la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esas libertades. El diseño de un sistema de responsabilidad “a posteriori” en lo atinente a la libertad de expresión, demuestra que el propio Constituyente ha querido proteger am-

pliamente el derecho, entendiendo que si su ejercicio llega a afectar otros derechos, podrán perseguirse las responsabilidades consiguientes, pero sin impedir que la libertad de expresión se haya ejercido [...]

Finalmente, la posibilidad de que exista una interpretación compatible con la Constitución es desechada por los ministros, quienes sostienen que la norma es clara en su aplicación, y su preterición por otras normas que regulan las acciones de filiación implicaría desconocer el criterio gramatical de interpretación legal y la regla de especialidad en la aplicación de normas. Asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del artículo impugnado no genera un efecto contrario al ordenamiento, por cuanto su eliminación permite al juez aplicar las normas generales relativas a las acciones de filiación, cuestión que ahora no puede hacer por aplicación de una norma especial cuando existen padres fallecidos:

24°. Que el artículo 206 del Código Civil está redactado en tales términos que impide al juez del fondo una interpretación que concilie su aplicación con la plenitud de los objetivos tenidos en vista por el legislador y que, al mismo tiempo, permita ajustarla a la Constitución impidiendo que se incurra en una discriminación arbitraria respecto de aquellos hijos que, pese a ser iguales ante la ley con todos los demás hijos, se ven imposibilitados de iniciar la acción de reclamación de su filiación contra los herederos de su padre o madre fallecidos, si no cumplen las exigencias contenidas en dicho artículo. En otras palabras, si el padre o madre han fallecido después de los ciento ochenta días siguientes al parto o, si habiendo fallecido dentro de ese plazo, han transcurrido más de tres años desde su muerte o desde que el hijo haya alcanzado la plena capacidad, el juez se verá obligado a negar lugar a la acción de reclamación de la filiación.

En opinión de quienes suscriben este voto, cualquier interpretación sistémica de los preceptos del Código Civil que privilegie la aplicación del artículo 195 de ese cuerpo legal –que declara la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la filiación– o del artículo 317 del mismo Código –que define en términos amplios quiénes son legítimos contradictores en la cuestión de paternidad o de maternidad– pugnará contra los criterios gramatical y de especialidad en la interpretación de las leyes, que constriñen la labor del juez del fondo;

25°. Que, de esta forma, no existe posibilidad alguna de interpretar el artículo 206 del Código Civil en forma compatible con los valores, principios y reglas constitucionales, en particular, con el derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, lo que solo puede conducir a su declaración de inconstitucionalidad;

26°. Que, finalmente y desde el punto de vista de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, su expulsión del ordenamiento jurídico no generará un efecto más nocivo que el que se trata de prever. Por el contrario, desaparecido el obstáculo para que todo hijo cuyo padre o madre ha fallecido pueda impetrar el reconocimiento de su filiación frente a los herederos de aquéllos, el juez del fondo podrá hacer valer plenamente las reglas generales en materia de acciones de filiación contenidas en los artículos 195 y 317 del Código Civil [...]

3.2. Voto por acoger parcialmente el requerimiento

Los ministros Raúl Bertelsen y Francisco Fernández estuvieron por acoger parcialmente el requerimiento, declarando inconstitucional solo la frase “dentro de los 180 días siguientes al parto”, por considerar que dicho plazo no obedece a ningún motivo razonable, salvo extrapolar normas de la filiación matrimonial a situaciones de filiación no matrimonial.

1°. Que, en efecto, para estos ministros, el indicado término de 180 días posteriores al alumbramiento para que tenga lugar la muerte del presunto padre o madre como requisito de procedencia de la acción filiatoria, no obedece a ningún sustento razonable y solo podría explicarse como una extrapolación impropia del mismo término desde la normativa de la filiación matrimonial (y específicamente desde el cimiento de la presunción conocida como “*pater is est*”) a una situación que claramente es de filiación no matrimonial. Se trataría, en suma, de un error del legislador que tiene por resultado una transgresión constitucional.

2°. Que, en cambio, no se advierte, en nuestra opinión, arbitrariedad alguna en la exigencia del plazo de tres años desde la muerte del supuesto progenitor para la interposición de la acción filiatoria, desde el momento que nos parece un plazo razonable que conjuga bien la articulación de los intereses y derechos en juego en conflictos de este carácter.

3.3. Primer voto por rechazar el requerimiento

Los ministros Iván Aróstica y Marcelo Venegas estuvieron por rechazar el requerimiento de autos. En primer lugar, manifiestan su desacuerdo con la exigencia de requisitos adicionales a aquellos contemplados en la ley y la Constitución para el requerimiento:

1°. Que no compartimos lo expuesto en los considerandos noveno a decimosexto del capítulo II de la presente sentencia, que sostienen la tesis de que en los procesos de inconstitucionalidad de preceptos legales deben observarse requisitos adicionales a los establecidos en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, toda vez que se trata de una materia de derecho estricto en que no procede aducir exigencias adicionales sin sustento constitucional ni legal.

En cuanto al fondo, señalan que mantienen los argumentos para disentir de las sentencias dictadas en sede de inaplicabilidad, relacionadas con la libertad que tiene el legislador para regular este tipo de situaciones:

2°. Que, entrando al fondo del asunto, continuamos afirmando que el artículo 206 del Código Civil no es contrario a la Constitución, por las razones que expusimos, latamente, en nuestra disidencia a la sentencia de 30 de agosto de 2011 (rol 1563), y que hemos reiterado en las sentencias de 1 de septiembre de 2011 (roles 1537 y 1656), y de 4 de septiembre de 2012 (roles 2105 y 2035), que resulta innecesario reproducir nuevamente.

Por dichas razones, y por no haber encontrado hasta ahora, ni en el requerimiento ni en los votos de nuestros colegas, una razón que nos convenza de lo contrario, votamos por desechar la acción pública que dio origen al presente proceso de inconstitucionalidad y por declarar que el artículo 206 del Código Civil no es contrario a la Constitución Política de la República.

Creemos pertinente, además, insistir en lo que dijéramos en sentencia de 4 de diciembre de 2012 (Rol 2035), cuando hicimos presente que, en nuestra opinión, tratándose del establecimiento de beneficios, como el plazo adicional o de gracia que esa sentencia declaró inaplicable por inconstitucional, el legislador goza de una facultad, que es de carácter

político, que puede ejercer con cierta discrecionalidad, siendo una cuestión pacífica que no es sinónimo de arbitrariedad.

Comprendemos que tratándose de materias tan sensibles como la de que aquí se trata, habrá siempre distintas opiniones y hasta disconformidad con la mayor o menor generosidad o prudencia con que se ejerció esta facultad política, pero ello no basta para convertir un precepto en inconstitucional, único motivo que autoriza a esta Magistratura, como tribunal de derecho que es, para expulsar una norma legal del sistema jurídico.

3.4. Segundo voto en contra del requerimiento

Los ministros Carlos Carmona y Enrique Navarro estuvieron por rechazar el requerimiento en base a la posibilidad de interpretar las normas de forma tal que se ajuste a la Constitución.

El voto parte enunciando criterios interpretativos a partir de los cuales se pronunciará respecto del conflicto. El primero equivale a las potestades taxativas que se le asignan al Tribunal Constitucional, que impiden que extienda su conocimiento a materias que están fuera de dichas potestades:

1°. Que, en primer lugar, debemos partir por señalar que el Tribunal Constitucional no conoce de todo conflicto que se suscite. Solo está facultado para conocer de ciertos conflictos constitucionales que lista el artículo 93 de la Constitución de modo taxativo. El resto de los conflictos, los conocen otros órganos jurisdiccionales.

El principio de inexcusabilidad no atribuye competencias. Por una parte, porque este exige que se reclamen asuntos de competencia del Tribunal Constitucional (artículo 3°, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por la otra, porque las competencias del Tribunal Constitucional las da el ordenamiento jurídico. Más, si sus atribuciones son de derecho estricto (STC roles 464/06; 591/2007; 1216/08; 1284/2009);

2°. Que, además, los conflictos que conoce esta Magistratura tienen en común el hecho que se produzca en ellos una vulneración de la Constitución, por violación de uno o más de sus preceptos. Lo que evalúa esta Magistratura no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un precepto que pudiese efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento.

En segundo lugar, se invoca la presunción de constitucionalidad, que implica que una ley debe entenderse constitucional hasta que se declare lo contrario y que deben buscarse las vías para conciliarla con la Constitución. Solo una vez agotadas dichas vías, debe declararse la inconstitucionalidad:

3°. Que, en segundo lugar, solo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales y la deferencia que esta Magistratura debe tener con el legislador;

4°. Que, en efecto, como lo señala García de Enterría, la presunción de constitucionalidad no es solo la afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más: “primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista ‘duda razonable’ sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación constitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permitirá mantenerse dentro de los límites constitucionales” (García de Enterría, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; Civitas; 3ª ed.; Madrid, 1985; p. 96).

En tercer término, se utiliza como criterio el principio de la interpretación conforme, es decir, buscar aquella que permita, dentro de lo posible, conciliar la ley impugnada y la Constitución:

5°. Que, en tercer lugar, en íntima conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, se encuentra el principio de la “interpretación conforme”, en virtud del cual el Tribunal intenta “buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución” (STC Rol 217). Y solo si ello no es posible, es decir, si se han agotado los esfuerzos de conciliación entre la

norma objetada y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad, pero no antes; “no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental” (STC Rol N° 1.337 [...])

Luego se consigna, como criterio interpretativo, la corrección funcional: es decir, que el tribunal no puede fallar invadiendo la competencia que es propia de los jueces del fondo.

Finalmente, se enuncia una serie de criterios propios del fallo de un requerimiento de inconstitucionalidad:

7°. Que, finalmente, debemos considerar que estamos frente a una petición de inconstitucionalidad, no ante una mera inaplicabilidad. Esta Magistratura ha sido particularmente estricta al momento de examinar requerimientos en este sentido. Ello se demuestra, por una parte, en que en muy pocas oportunidades tal declaración ha sido hecha. Solo en cuatro oportunidades este Tribunal ha acogido una acción de inconstitucionalidad (STC 681/2007, 1254/2009; 1345/2009 y 1710/2010). La ha rechazado en tres oportunidades (STC 558/2007; 690/2007; y 1723/2011); en una la ha declarado improcedente (STC 1450/2009), y en otra, no acogió a trámite la petición (STC 1444/2009). Por la otra, en que con ocasión del pronunciamiento de estas solicitudes ha delineado un conjunto de criterios interpretativos, que hacen más estricto el examen que debe hacer esta Magistratura.

En efecto, este Tribunal ha establecido fundamentalmente tres criterios interpretativos para examinar una petición de inconstitucionalidad.

En primer lugar, esta declaración debe ser la última ratio. Ello obliga a agotar la interpretación de conciliación entre el precepto impugnado y la Constitución (STC 558/2007; 681/2007; 1173/2009); 1710/2010) y evaluar las consecuencias reales de la derogación, no procediendo si esta es más nociva que la mantención del precepto en el ordenamiento jurídico (STC roles N°s 558/2007; 1173/2009).

En segundo lugar, la norma debe ser inconstitucional a todo evento y modalidad (STC 558/2007; 1710/2010).

En tercer lugar, tiene que existir una estricta relación entre la inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad. Por de pronto, porque no puede pedirse sin que exista a lo menos una inaplicabilidad previa.

Baste señalar que en los casos en que el Tribunal ha acogido la acción de inconstitucionalidad, han existido varias inaplicabilidades previas. Específicamente, 32 en la STC 681/2007; 3 en la STC 1254/2009; 6 en la STC 1345/2009 y 4 en la STC 1710/2010. Enseguida, si bien la declaración de inaplicabilidad no vincula para la declaración de inconstitucionalidad, siendo facultativa para el Tribunal, no siendo un deber hacerlo (STC 558/2007); no siendo, por lo mismo, automática. No obstante, cabe precisar que en la acción de inconstitucionalidad deben invocarse los mismos vicios que en la inaplicabilidad, sin que el Tribunal pueda ampliarlos (STC 1710/2010).

En el caso del artículo 206 del Código Civil, a juicio de los ministros que suscriben el voto, existe una interpretación posible de la norma que la concilia con la Constitución, basada en la aplicación del artículo 1097 del Código Civil, que establece que los herederos representan a la persona del causante, y también en consideración al contexto de la normativa que regula actualmente la filiación, interpretación, que se basa en principios como la libre investigación de la filiación y la imprescriptibilidad de las acciones de filiación, la que termina dejando sin aplicación la normativa impugnada y que encuentra acogida en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema.

9°. Que una primera posición, que ha sido llamada anteriormente tesis restrictiva (STC Rol 1.573/2009), sostiene que el artículo 206 solo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto, para demandar a los herederos de este en búsqueda del reconocimiento filiativo, lo puedan hacer únicamente en los dos casos que contempla: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. La otra posición, llamada tesis amplia, sostiene que este precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del Código Civil que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el precepto impugnado.

Para una posición, el derecho a la identidad personal del hijo cuyo padre o madre fallece sin encontrarse dentro de los supuestos del artículo 206 del Código Civil cede, en su posibilidad de concreción, frente al derecho a la integridad psíquica de los herederos que no desean ver perturbada su vida familiar; al derecho a su privacidad, al verse compelidos a perturbar el descanso de su deudo fallecido mediante la

correspondiente exhumación del cadáver, y al derecho a la propiedad sobre la herencia una vez que opera la sucesión por causa de muerte en su favor.

Para la segunda posición, si bien el artículo 205 del Código Civil dice que la acción “corresponde solo al hijo contra su padre o madre”, ello no obsta a que si ha fallecido el progenitor se pueda demandar a sus herederos, pues la disposición parte del supuesto que aquél está vivo. Si padre o madre han muerto, entra a operar el artículo 1.097, según el cual los herederos representan al causante. Cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente, como ocurría en el antiguo artículo 271 del Código Civil, referido a la forma de acceder a la calidad de hijo natural. Enseguida, el artículo 317, inciso segundo, del Código Civil, introducido por la Ley de Filiación, establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos. También, privar a los hijos de la posibilidad de demandar a los herederos no se compadece con el contexto de la ley —especialmente con los artículos 195, 198, 199 y 200 del Código Civil—, que posibilita una amplia investigación de la paternidad o maternidad y establece la imprescriptibilidad de la acción de reclamación;

10°. Que la posición interpretativa legal que concilia el artículo 206 con la Constitución, ha sido sostenida, en primer lugar, por la propia Corte Suprema. Por ejemplo, sentencias roles 522/II, II.04.2001; 9420/IO, 26.08.2010; 3055/IO, 02.08.2010; 3249/05, 21.09.2006; 2820/03, 02.II.2004. En segundo lugar, ha sido sostenido por la doctrina (por ejemplo, Ramos Pazos, René, Derecho de Familia, tomo II, 6° edición, Santiago 2007, p. 419 y siguientes; Rodríguez Grez, Pablo; Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, mediante la cual se declara inaplicable el artículo 206 del Código Civil, en Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas; 2009, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago 2010; Abeliuk Manasevich, René; La filiación y sus efectos, tomo I, Editorial Jurídica, Santiago 2000, p. 157 y siguientes; Gómez de la Torre, Maricruz; El sistema filiativo chileno; Editorial Jurídica, Santiago 2007);

Se concluye que la posibilidad de una segunda interpretación amplia implica que se está ante una decisión acerca de la ley a aplicar, lo que es de competencia de los jueces del fondo y no del Tribunal Constitucional:

12°. Que, como se observa, para construir la posible inconstitucionalidad, se ha debido obviar la tesis que hace viables las posibles demandas y que elimina los reproches de infracción a la Constitución. Una vez tomada esa opción, se afirma que hay una vulneración a la Constitución;

13°. Que lo anterior, a juicio de estos disidentes, implica tomar partido en un conflicto de nivel legal, invadiendo las atribuciones de los tribunales ordinarios y convirtiéndose en árbitro de disputas legales.

Así, no le corresponde a esta Magistratura sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. Una intervención en ese sentido lo convierte en un juez de casación, o sea, de guardián de la correcta aplicación de la ley; y desnaturaliza el reparto de competencias que nuestro ordenamiento jurídico establece entre los distintos órganos jurisdiccionales;

14°. Que, el que este Tribunal tenga competencias taxativas, la presunción de constitucionalidad de la ley, el principio de interpretación conforme, la corrección funcional y los estrictos criterios de interpretación de la inconstitucionalidad que esta Magistratura ha establecido (última ratio) y el que la inconstitucionalidad debe serlo en todo evento y modalidad, tienen plena aplicación en el presente caso, pues existe una interpretación que armoniza el texto impugnado con la Carta Fundamental.

Ello impide a esta Magistratura declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues existe una duda más que razonable para proceder en este sentido. No es definitivo que exista una incompatibilidad indudable entre el artículo impugnado y la Carta Suprema. Más todavía si la propia Corte Suprema en su jurisprudencia y la doctrina, han encontrado una salida al asunto...

Por estas consideraciones los dos ministros disidentes estiman que debe rechazarse el requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto.

4. Conclusiones

En la sentencia comentada, la que no alcanza el quórum preceptivo para acoger la cuestión de inconstitucionalidad, las posiciones acerca de la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil son claras. Las hemos recogido en otros comentarios, resaltando que se trata de un problema de interpretación conforme a la Constitución en esencia. A mayor abundamiento, hemos extractado los argumentos. Lo relevante a efectos de este comentario es el obiter dicta acerca de los requisitos de procedencia de la cuestión de constitucionalidad.

Los mencionados cuatro requisitos de procedencia están recogidos en la disposición del N° 7° del inciso primero y en el inciso 12° del artículo 93 de la Constitución, y poco agrega la LOCTC sobre el particular, excepto por la norma acerca de la inadmisibilidad del artículo 97 del cuerpo legal. En consecuencia, resulta novedosa la creación pretoriana del Tribunal Constitucional de requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad, que hemos reseñado como presunción de constitucionalidad del precepto legal y control abstracto, naturaleza y efectos; nuevos requisitos que, a nuestro juicio, vienen a dar cobertura a la modulación del poder destructor o depurador de normas imbricado en la declaración de inconstitucionalidad, que en el pasado recurrió a la prudencia política, la deferencia razonada y los efectos políticos de la decisión, entre otros comodines argumentativos.

Tal creación pretoriana se hace a nuestro juicio innecesaria. El Tribunal sigue siendo en última ratio un destructor de leyes, con una precaria legitimidad democrática, y que debe ocupar un lugar en el diseño institucional del Estado como un tribunal supremo.

EL IGUAL DERECHO CONSTITUCIONAL DE INGRESO AL PAÍS DE LOS EXTRANJEROS: COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL 2.273 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomás Vial Solar¹

Resumen

¿Cuál debe ser el estatus jurídico de los extranjeros en Chile? Esa es la grave cuestión que confronta el Tribunal Constitucional en la sentencia de inaplicabilidad que se analiza en este texto. La respuesta de esa magistratura es que, desde el punto de vista de los derechos constitucionales, salvo las expresas excepciones contempladas en la Constitución, ese estatus es el mismo que de los nacionales, incluyendo un igual derecho de ingreso al territorio nacional. Ese reconocimiento en particular, como se argumenta en este trabajo, tiene profundas consecuencias en la actual normativa migratoria y para cualquier política migratoria que se quiera implementar por parte del Estado de Chile.

Introducción

La sentencia Rol 2.273 del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de julio del 2013 equivale a la primera vez en que esta magistratura debió juzgar la pertinencia constitucional de las normas relativas a extranjeros en Chile. Esto por sí solo indica la relevancia de su contenido, pues es evidente, que tanto en Chile como el mundo entero, los temas migratorios son cada vez más relevantes, tanto por sus implicancias para los derechos de los migrantes como por las consecuencias políticas, sociales y económicas que trae la migración. Como señala la investigadora de la Universidad Diego Portales Helena Olea², el número de personas extranjeras residentes en

¹ Abogado, LL.M, Doctor en Derecho, investigador del Centro de Derechos Humanos y profesor de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Olea, Helena, "Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de ley de migración y extranjería", en Vial, Tomás (ed.), *Informe anual de derechos humanos 2013*, (Universidad Diego Portales), 2013, p. 128.

Chile ha aumentado en un 84% entre 2002 y 2012, una tendencia que solo cabe esperar que continúe. Chile posee una legislación, el DL 1.094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en su territorio, que claramente obedece a una lógica propia de la época en que se dictó, la dictadura militar, contraria a las exigencias que imponen el respecto a los derechos humanos y derechos constitucionales de los extranjeros. Como se detallará, la mayoría del Tribunal Constitucional resolvió el caso estableciendo un marco normativo que afirma que los derechos constitucionales tienen como titulares de igual forma a chilenos y extranjeros, algo que en principio no parece polémico en nuestro derecho constitucional. Luego, como consecuencia de lo anterior, declarar que eso implica un igual derecho de ingreso al país. La segunda afirmación, como se apreciará, posee profundas consecuencias jurídicas, políticas y sociales, algunas de las cuales se comentarán en la sección de observaciones de este texto. El trabajo, en la sección 2, sintetiza el requerimiento y la respuesta del gobierno. En la 3 se resumen los principales considerandos de la sentencia de mayoría y también las disidencias y prevenciones. En la sección final se efectúan los correspondientes comentarios.

1. El requerimiento y la respuesta del gobierno

El proceso constitucional que finalizó con la sentencia en comento se inició con la interposición por parte de Daniel Alerte, ciudadano haitiano, de un requerimiento de inaplicabilidad en contra de varias normas del Decreto Ley 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile. Los preceptos impugnados fueron los artículos 13, 64 N° 2 y 67 inciso 2°, los que se transcriben a continuación:

Artículo 13. Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por este, atendándose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro

de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el reglamento.

Artículo 64. Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

N° 2. Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas.

Artículo 67, inciso segundo. Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.

La gestión pendiente que ameritó la interposición de la inaplicabilidad fue un recurso de protección interpuesto por Daniel Alerte en contra de un decreto de expulsión emanado del Ministerio del Interior, fundado en que el contrato de trabajo del requirente habría sido falso.

El requirente desarrolló en su recurso varios razonamientos que se exponen sucintamente. Primero, que el artículo 13 inciso 1° del DL 1.094 afecta el derecho a la igualdad, confundiendo discrecionalidad con arbitrariedad, al permitir discriminaciones entre chilenos y extranjeros. También señaló que hay discriminación en este punto por cuanto, si a un chileno se le declara falso un contrato de trabajo, no se lo expulsa del país. En cuanto al segundo inciso del mismo artículo, sostuvo que este afecta el debido proceso, pues no se permite descargo alguno y deja en manos del reglamento todo lo relativo a ese procedimiento, vulnerando con ello el mandato constitucional de que sea el legislador el que establezca un procedimiento racional y justo. En cuanto al artículo 64 N° 2, señaló que afecta el principio de juridicidad, pues permite a la autoridad administrativa actuar fuera de sus atribuciones, por cuanto la determinación de la veracidad de los contratos es algo que deben decidir los tribunales de justicia. Respecto al artículo 67 inciso 2°, se indicó que afecta el principio de inocencia, principio propio del derecho penal aplicable al derecho sancionador, pues se condena a la expulsión sin la existencia de un proceso previo legalmente tramitado.

Efectuado traslado a la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y al Departamento de Extranjería y Migración, respondió el jefe de este último señalando que no se afecta el derecho a la igualdad, pues tanto la Constitución como los tratados internacionales permiten efectuar diferencias entre chilenos y extranjeros. Sostuvo además que no se vulnera el principio de inocencia, pues todas las resoluciones se notifican con el objeto de que se interpongan recursos; ni el debido proceso, pues fue sido el mismo Tribunal Constitucional el que determinó que esas garantías se vinculan con la naturaleza del proceso de que se trate, poseyendo entonces el legislador amplio margen para determinarlas. En cuanto a la objeción de que se infringiría el principio de legalidad, sostuvo que no sería el caso porque el artículo 13 inciso 2° confía al reglamento solo aspectos formales de la tramitación. El principio de juridicidad no sería infringido por el artículo 64 N° 2° por cuanto la determinación de la falsedad de los contratos corresponde a la Policía de Investigaciones (PDI) y no al Ministerio del Interior y la Ley 19.880 de Procedimiento Administrativo faculta a la autoridad administrativa para que realice los actos necesarios para comprobar los datos en virtud de los cuales debe pronunciar el acto que ordena el abandono. Y, finalmente, en un argumento que de verdad parece orwelliano, en opinión de este comentarista, afirmó que el artículo 67 inciso 2° no infringiría el principio de inocencia porque la consecuencia del rechazo o revocación de la visa no es una sanción como la expulsión del país, sino que tan solo la solicitud de abandono voluntario.

2. Contenido de la sentencia

En el Tribunal, al momento de votar los diversos puntos del requerimiento, se obtuvo empate respecto a los artículos 13 inciso 2°, 64 N° 2 y el 67, por lo que se rechazó respecto a aquellos. De tal modo, la mayoría del Tribunal solo se pronunció, acogiendo, respecto al artículo 13 inciso 1° del DL 1.094. El tribunal, precisó que se limitó al examen del ingreso del extranjero a Chile y los requisitos exigibles para la obtención del visado correspondiente.

El Tribunal comienza su análisis de la norma objetada emitiendo una declaración que ya anuncia el resultado de su estudio, declarando que el precepto enjuiciado es una norma preconstitucional elaborada en 1975, que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad, que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter

compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno. Agrega que esta potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior está sujeta a límites materiales que provienen de la Constitución, el derecho internacional y, especialmente, el derecho internacional de los derechos humanos³.

Luego, el Tribunal Constitucional desarrolla su análisis siguiendo los siguientes acápites, que representan una concatenación de argumentos, hasta llegar a la decisión final: a) el derecho de los extranjeros a emigrar; b) el derecho a inmigrar y el deber de los Estados de recibir; c) una referencia a que en el derecho constitucional comparado se distingue entre extranjeros y nacionales respecto al derecho de circulación y residencia; d) una descripción de cómo ha sido regulado constitucional y legalmente el ingreso a Chile de los extranjeros; e) la titularidad del derecho de ingreso en Chile; f) la igualdad entre extranjeros y chilenos en la titularidad de los derechos fundamentales; g) la igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derecho para los extranjeros, salvo expresa habilitación constitucional; h) la Constitución no autoriza la privación del derecho a la libertad de movilización a los extranjeros y solo habilita su regulación; i) la Constitución establece el derecho de entrar y salir; j) los requisitos de entrada son diferentes a las condiciones de permanencia del extranjero; k) un estudio, bajo los parámetros anteriores, de los criterios de “utilidad” y “conveniencia” para otorgar o negar visas; l) el establecimiento de estándares sustantivos para determinar el rechazo de los visados.

Se analizará ahora el contenido de estos acápites, con énfasis en aquellos más relevantes.

2.1. Marco de derechos humanos, derecho comparado e historia constitucional chilena

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho humano de emigrar y cita para ello el derecho internacional de los derechos humanos; en concreto: la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), artículo 12⁴. A continuación señala que este derecho a emigrar no implica un derecho correlativo de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros. En apoyo de ello cita las Observaciones Generales 15 y 27 del Comité de Derechos Humanos, estimando el tribunal que se trata de una potestad regida por el

³ Tribunal Constitucional, Rol 2.273, sentencia de fecha 4 de julio de 2013, considerando 7.

⁴ *Ibid.*, considerando 10.

derecho interno de los Estados⁵. Señala también que ese margen de discrecionalidad está sujeto a límites, fundado en el mismo derecho internacional de los derechos humanos. Estos límites son los siguientes: a) no se puede rechazar la entrada cuando se invoca el derecho de asilo; b) rige el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo en los casos en que los derechos tienen como titulares expresos a los ciudadanos o los extranjeros; c) como señala la Observación General 15, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del PIDCP, incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia; d) una vez que los extranjeros ingresan, poseen todos los derechos contenidos en el PIDCP y, una vez que lo hacen legalmente, tienen todos los derechos de un nacional, en tanto que las limitaciones a la libertad de circulación y residencia se rigen por las disposiciones del artículo 12.3 del PIDCP; y e) citando la Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos de PIDCP, las reglas restrictivas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país “no debe[n] comprometer la esencia del derecho [...] no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. [...] Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”⁶.

Lo anterior lleva al Tribunal Constitucional a concluir que no es admisible para el derecho internacional de los derechos humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país⁷.

Luego, el Tribunal revisa una serie de normas de derecho constitucional comparado relativas a la distinción entre nacionales y extranjeros. Cita normas de las constituciones de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá, Colombia,

5 Ibid., considerando 11.

6 Ibid., considerando 13.

7 Id.

España, Italia y Portugal, concluyendo que lo relevante en ellas es la fuerza de la distinción entre ciudadanos-nacionales y extranjeros⁸.

A continuación se revisa cómo ha sido el estatus constitucional y legal de los extranjeros en relación a los nacionales en la historia constitucional chilena. Varias conclusiones obtiene el tribunal de esta revisión. Primero, que el constituyente de 1833 y 1925 ligó esta materia al principio de igualdad de trato entre los nacionales y los extranjeros, y que tal determinación se profundizó con la normativa del Código Civil. Segundo, que configuró el derecho de residencia y la libertad de locomoción para los “habitantes de la Nación”, preservando un margen de maniobra respecto de quiénes aún no habitan tal territorio, y que tal criterio resultaba común a la sensibilidad jurídica predominante en los principios generales del derecho internacional público de la época. Tercero, que este margen de maniobra fue utilizado por el legislador para establecer reglas que diferenciaron el ingreso de extranjeros turistas, residentes e inmigrantes; asimismo, estableció prohibiciones de ingreso de extranjeros basadas en criterios ideológicos, sanitarios y delictivos. Cuarto, que en reiteradas oportunidades el constituyente quiso establecer reglas en la Constitución que reservaran potestades de policía de seguridad para los procedimientos de autorización de ingreso de extranjeros y, especialmente, para su expulsión, pero no las incorporó definitivamente al ordenamiento interno⁹.

2.2. Titularidad igual de derechos entre chilenos y extranjeros

A continuación, el Tribunal Constitucional aborda lo que es sin duda uno de los aspectos más relevantes del fallo en comento: la titularidad de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad de movilización garantizada en el artículo 19 N° 7 de la Constitución.

Primero, el TC afirma que la Constitución no distingue genéricamente entre chilenos y extranjeros respecto a la titularidad de los derechos fundamentales. Para fundar esa aseveración, hace referencia a la discusión habida en la Comisión Ortúzar al decidirse reemplazar el vocablo “habitantes” que contenía la Constitución de 1925 por el término “personas”, agregado que este mayor alcance y proyección normativa de la titularidad protegida tienen un límite natural, puesto que se trata de reconocer los derechos propios al interior del

8 Ibid., considerando 15.

9 Ibid., considerando 24.

ordenamiento jurídico nacional y no tienen una concepción extraterritorial. Según el Tribunal, este criterio viene a fortalecer los derechos de ingreso de un extranjero al país, los cuales se encuentran sometidos plenamente a la legislación nacional bajo los criterios del derecho internacional de los derechos humanos. En síntesis, esta titularidad genérica no solo no discrimina contra los extranjeros sino que les reconoce tal título de derechos plenamente¹⁰.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho de entrada de los nacionales y de los extranjeros a Chile puede fundarse en una consideración de trato diferente que exigiría un análisis de la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación. En tal sentido, la distinción extranjero-chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Agrega que, sin embargo, se trata de una distinción sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. Señalando que, desde el artículo 1º inciso primero de la Constitución, se sostiene que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros exige, para justificar una diferencia de trato entre ambos, una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad de un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado para ello. Esta diferencia puede originar dos modalidades muy diversas de restricciones: prohibir el derecho o entrabarlos de tal modo que se constituya en una privación, o habilitar algunas regulaciones y modalidades de su ejercicio. Las prohibiciones, como sería el impedimento expreso de ingresar al país, o las privaciones que se deducen de una regulación tan intensiva que impide el acceso al derecho mismo, deben tener una habilitación constitucional expresa. En cambio, las limitaciones se fundan en la Constitución y, normalmente, en apoderamientos al legislador bajo las reglas propias de la reserva legal y con las restricciones jurídicas que nacen del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial de los derechos¹¹.

Pasa revisión luego el Tribunal a los casos en que expresamente la Constitución ha establecido limitaciones a los extranjeros, como los derechos políticos (artículo 14) o el dominio de las minas (artículo 19 N° 24 inciso 6°), señalando que estas habilitaciones expresas permiten que el legislador desarrolle distinciones acotadas, puesto que, de lo contrario, habría un fuerte

10 Ibid., considerando 29.

11 Ibid., considerando 30.

indicio de configurar una discriminación. Al respecto, el Tribunal cita la Ley 20.609 que prescribe que la nacionalidad es una de las categorías prohibidas de discriminación.

De lo anterior concluye que distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución. Estos criterios distintivos no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional¹².

Establecidas estas bases, pasa el Tribunal a analizar la titularidad e igualdad respecto a la libertad de locomoción reconocida en el artículo 19 N° 7 de la Constitución.

2.3. El igual derecho de ingreso

En este acápite el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución, en materia de titularidad de la libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjeros y nacionales. Es así como el artículo 19 N° 7° literal a) sostiene que “la Constitución asegura a todas las personas: [...] 7° El derecho a la libertad personal y seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”. De ahí concluye que el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile¹³, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede ser modulado, regulado y limitado “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”¹⁴.

Lo anterior lleva a concluir que se debe

reconocer el derecho de “entrada” y “salida” del país a los extranjeros “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. Esta norma resulta de natural extensión tratándose de turistas y visitantes

¹² *Ibíd.*, considerando 33.

¹³ El Tribunal Constitucional es consciente que esta afirmación sobre la existencia de un derecho de ingreso a los extranjeros sería una anomalía respecto a los regímenes constitucionales comparados, citando para ello un trabajo de Eduardo Aldunate que hace notar que el sistema constitucional chileno da pie para esa falta de diferenciación respecto del derecho de ingreso.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2.273, *op. cit.*, considerando 35.

temporales. Sin embargo, en el caso de migrantes, esto es de personas que manifiestan su voluntad de residir en el país, con mayor razón se ha de aplicar en toda su extensión. Recordemos que toda persona que haya ingresado regularmente al país goza de este derecho constitucional como si fuera nacional. Por tanto, resulta natural interpretar este derecho constitucional en toda su extensión incluyendo las facultades de ingreso y salida del territorio nacional respetando las normas legales que regulen esos pasos¹⁵.

La aseveración anterior es sin duda de una gran relevancia constitucional y será debidamente comentada en la sección correspondiente de este trabajo.

2.4. Aplicación de criterios constitucionales al caso concreto

Luego de establecer los criterios fundamentales antes descritos, el Tribunal Constitucional pasa a estudiar la norma directamente objetada, en concreto, las potestades del Ministerio del Interior en materia de visados. Afirma que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de que esta no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obligan a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, para el tribunal, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país¹⁶.

Sin embargo, a continuación, el Tribunal realiza una serie de afirmaciones que parecen contradictorias con lo que antes argumentó respecto al reconocimiento de un igual derecho de ingreso. Así, sostiene:

Que, según se desprende del análisis realizado de las normas internacionales de derechos humanos, los extranjeros tienen el derecho de emigrar, pero no importa ello un deber correlativo de los Estados de aceptar la inmigración, salvo excepciones como el refugio político y el asilo. Por tanto, el ejercicio de la dimensión administrativa de

¹⁵ *Ibíd.*, considerando 38.

¹⁶ *Ibíd.*, considerando 40.

seguridad de la potestad pública en materia de extranjería se refuerza con las exigencias de ingreso al país. Es la entrada al país el momento de contrastar los requisitos de ingreso definidos por el legislador, según lo dispone el artículo 19, numeral 7, literal a), de la Constitución, esto es, “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. Es así como, según ya dijimos, el Estado puede condicionar su consentimiento al ingreso de un extranjero al país, bajo una serie de requisitos normativos previstos por la ley y que deben cumplirse, relativos a circulación, residencia, empleo o condiciones generales a observar por el extranjero en situación de tránsito. Sin embargo, una vez que un extranjero entra legalmente al país, la naturaleza e intensidad de sus derechos fundamentales se modifica, especialmente si se es un inmigrante¹⁷.

Luego afirma que los derechos de un inmigrante que ha ingresado regular y legalmente al país, esto es, por los lugares habilitados al efecto, con el control habitual de los organismos públicos de extranjería, seguridad, aduaneros y fitosanitarios y, excepcionalmente, bajo medidas de sanidad pública, se transforman en el derecho de residir y permanecer en el país (puesto que el ánimo del inmigrante es su radicación), en el derecho de regularizar su estada (cuando algunos de los requisitos de cumplimiento para su permanencia se dilaten en el tiempo) y, en general, en un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos y con la propia Constitución¹⁸.

Bajo este parámetro juzga la constitucionalidad de los criterios de “utilidad” y “conveniencia” que establece el artículo 13 inciso 1° del DL 1.094. Previo a esto, el Tribunal señala que nada de lo que afirmará tendrá incidencia en el criterio de reciprocidad que también dispone la norma en cuestión, por lo que este principio será siempre un factor que puede agravar o aliviar los requisitos de ingreso en el control de frontera, dependiendo de la evolución de los acuerdos internacionales en la materia. De esta manera, nada de lo dispuesto en esta sentencia puede generar una inaplicación del criterio de reciprocidad¹⁹.

17 *Ibíd.*, considerando 41.

18 *Ibíd.*, considerando 42.

19 *Ibíd.*, considerando 44.

El TC formula la pregunta de cuál sería el sujeto al que le convendría otorgar o no la visa a un extranjero determinado, si el Estado, la sociedad o un individuo. Para el Tribunal se descarta la pura utilidad estatal, pues de acuerdo al artículo 1º de la Constitución el Estado está al servicio de la persona humana, por lo que la “conveniencia” o “utilidad” es la del individuo²⁰. ¿Es acaso la de la sociedad? Se descarta esto también, pues la situación de un extranjero en posición jurídica incierta por la falta de regularización de su permanencia o por la debilidad de sus títulos de estadía puede generar un proceso de discriminación múltiple, pudiendo ser el extranjero discriminado por su condición de tal; por su idioma, sexo o raza; o, adicionalmente, por todas las categorías enunciadas, ya que su situación jurídica es vulnerable. Las promesas de contrato de trabajo, de pago de derechos sociales y de condiciones dignas de vida y empleo, no tienen el mismo alcance para un extranjero en la situación de vulnerabilidad descrita que para un nacional. La vulnerabilidad del extranjero lo pone en condición de ser abusado en sus derechos y, lamentablemente, no por el Estado sino por algunos miembros de la sociedad que operen con la convicción de que los extranjeros “aún no son sujetos de derechos”. Por tanto, establecer la evidencia de la “utilidad” o “conveniencia” social como el parámetro para justificar esta atribución estatal es vulnerar los derechos fundamentales de los extranjeros²¹.

Se refiere el Tribunal Constitucional a continuación al informe técnico previo de la PDI, el antecedente necesario para la resolución de revocación de la visa por parte del Ministerio del Interior. Señala que, como medida para mejor resolver, se dispuso que se oficiara a la Policía de Investigaciones a objeto de que acompañara los antecedentes del caso de Daniel Alerte. Estos se acompañaron y el tribunal juzga que en ellos se puede constatar que se trata de evidencia del todo incompleta, sostenida en declaraciones del propio requirente en autos y en una indagación policial insuficiente, que determina los pasos sucesivos que derivan en que el Ministerio del Interior decreta su expulsión. El carácter técnico del informe se transforma en un precedente vinculante que configura la decisión del Ministerio del Interior, que no puede ser desvirtuada. En tal sentido, concluye el Tribunal Constitucional, hay una vulneración en la “igual protección de los derechos” que otorga la Constitución a toda persona, según lo dispone su artículo 19 N° 3²².

20 Ibid., considerando 45.

21 Ibid., considerando 46.

22 Ibid., considerando 48.

En sus últimas consideraciones antes de dar su veredicto, el Tribunal señala que los aspectos desarrollados previamente imponen la necesidad de establecer reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país. Estas reglas se configuran por un nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional. Afirma:

Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona²³.

En base a todo lo anterior, el Tribunal resuelve que el artículo 13 inciso primero del DL 1.094 produce efectos inconstitucionales en el caso concreto.

23 Ibid., considerando 50.

2.5. Previsiones y voto minoritarios

La sentencia contiene una prevención de la ministra Peña, en el sentido de estimar que solo se debió avocar el requerimiento a los artículos 64 N° 2 y 67 inciso segundo, que permiten al Ministerio del Interior rechazar una visa o su prórroga en casos de declaraciones falsas y determinar la expulsión del país, respectivamente. La ministra Peña señala que el hecho de que el Ministerio del Interior pueda decretar la expulsión en base al solo informe de la PDI que establece que hubo un contrato falso, viola la garantía del debido proceso, pues respecto a ese informe no hay posibilidad de hacer descargos por parte del extranjero.

La ministra esta también de acuerdo con la prevención que hacen los ministros Vodanovic, Carmona y García respecto a que la no existencia de la posibilidad de revisión y de efectivos recursos ante lo informado por la PDI y la resolución del Ministerio del Interior, infringe el debido proceso. Agregan, además, que –y ello es relevante para la configuración de esos procedimientos– el “punto de partida que debe tener el procedimiento migratorio es la presunción de inocencia del migrante”²⁴.

Por su parte, los ministros Venegas y Aróstica votaron por desestimar el requerimiento en todas sus partes. Respecto al artículo 13, señalan que aquel no incide ni fue parte del proceso de fondo en el cual se interpone la inaplicabilidad, el recurso de protección, el cual se dirige en contra de la resolución de revocación de visa y la orden de expulsión, actos que poseen otros fundamentos legales. De ello deducen que nunca debió declararse admisible el recurso de inaplicabilidad en contra de esa norma.

Sin perjuicio de considerar plausible este juicio de los ministros disidentes, y en este sentido, resulta extraño que la sentencia no contemple, como es de costumbre, una sección donde se explica si se cumplen los requisitos de admisibilidad. Los disidentes agregan que la facultad discrecional del artículo 13 no sería reprochable, pues encontraría sustento en las atribuciones que el artículo 24 inciso segundo de la Constitución entrega al jefe de Estado, en cuanto su autoridad se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior, de acuerdo a la Constitución y las leyes. Lo anterior no parece un razonamiento correcto, pues una cosa es que la Constitución entregue una amplia competencia al Presidente de la República, que lo que autoriza a que el legislador entregue el control de las materias

24 Ibid. Prevención ministros Vodanovic, Carmona y García, punto 2.

migratorias al ejecutivo y, en concreto, al Ministerio del Interior, y otra es la forma en que ellas se configuran. La segunda, cuando se trata de derechos constitucionales, no puede ser discrecional.

3. Comentarios

El fallo antes sintetizado permite efectuar una serie de reflexiones, que se pasan a exponer.

3.1. Óptica de derechos humanos para juzgar facultades del Ministerio del Interior

El Tribunal Constitucional, al analizar las amplias facultades discrecionales del Ministerio del Interior contenidas en el artículo 13 del DL 1.094 –materializadas en la posibilidad de otorgar o prorrogar visas o conceder la residencia definitiva en función de la conveniencia y utilidad que reporten al país–, señala que ellas ahora están enmarcadas dentro de unos límites materiales que proviene tanto de la Constitución como del derecho internacional y, en especial, del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta declaración del Tribunal Constitucional es relevante pues se puede aplicar sin duda a todos los casos en que la Administración posee facultades discrecionales, y, en última instancia, a todos los casos en que se establezca o despliegue una política pública. Estos límites no son sino aplicación de la idea de supremacía constitucional prescrita en el artículo 6° de la Constitución, ahora eficazmente concretizados en una particular atribución de la Administración.

Asimismo, al colocar en un mismo nivel respecto a la actividad de la Administración las exigencias que imponen la Constitución y los tratados de derechos humanos, el Tribunal Constitucional parece difuminar su propia jurisprudencia relativa a la supremacía de la Constitución respecto a los tratados, expresada explícitamente en la sentencia sobre la Corte Penal Internacional²⁵ y aquella sobre control obligatorio del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁶⁻²⁷.

25 Tribunal Constitucional, Rol 346, sentencia de fecha 8 de abril de 2002.

26 Tribunal Constitucional, Rol 1.288, sentencia de fecha 25 de agosto de 2009.

27 Se podría acusar al Tribunal de borrar con el codo lo que declara respecto a la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos, al emplear estos últimos como parte

3.2. Igual titularidad de derechos entre chilenos y extranjeros

En la doctrina constitucional chilena²⁸ era pacífico que la titularidad de los derechos constitucionales se aseguraba por igual tanto a chilenos como a extranjeros, con la clara excepción de los derechos que emanan de la ciudadanía, en virtud de expresa disposición constitucional: el artículo 13 de la Constitución. Pero no había aún una declaración tan expresa del Tribunal Constitucional sobre este importante punto, como la que se efectúa en esta sentencia, en su considerando 29. Sin duda que ella posee profundas consecuencias desde el punto de vista de la legislación migratoria, como se pasará a apreciar inmediatamente.

3.3. El reconocimiento de las categorías sospechosas

En esta sentencia contiene algo que parece novedoso en la doctrina sobre igualdad del Tribunal Constitucional: el concepto de categoría sospechosa, introducido al resolver que distinguir por nacionalidad es sospechoso en principio. El Tribunal menciona expresamente el término al hacer referencia, en el considerando 32, a la Ley 20.609, Ley Antidiscriminación, señalando que el legislador estableció como categoría sospechosa el hecho de realizar distinciones basadas en raza y nacionalidad. Lo mismo sostiene en el considerando 33.

Al respecto, el Tribunal Constitucional declara algo que parece contradictorio, al señalar que este tipo de distinciones requiere habilitaciones previas, algo que repite en el considerando 33. Más abajo, en el mismo considerando 33, se refiere a que esa habilitación lo es para las prohibiciones o privaciones, pero no para una limitación o regulación.

En el caso de las regulaciones, la consecuencia de emplear una de las categorías sospechosas es que quien la establezca debe demostrar la necesidad, justificación y finalidad al servicio de un objetivo constitucionalmente legítimo. Estos elementos no son otros que los componentes clásicos del principio de ponderación, que el mismo Tribunal Constitucional ha empleado en varios de sus fallos²⁹ y reconocido en forma expresa como principio inherente en la Constitución³⁰.

del parámetro de constitucionalidad en sentencias de inaplicabilidad, como lo hace en la sentencia Rol 834 de 2009, en su considerando, 9 y en la Rol 1.340 de 2009, considerandos 9 y 10.

28 Para solo dar algunos ejemplos, ver Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Tomo II*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2004, p. 47; Aldunate, Eduardo, *Derechos fundamentales* (LexisNexis), 2008, p. 152.

29 Por solo dar algunos ejemplos, en el Fallo Rol 1.463 sobre el art. 2331 del CC del 23 de septiembre del 2010, considerando 22; en la sentencia Rol 1.710 sobre inconstitucionalidad del art. 38 ter de la Ley 18.933, considerandos 100 y 142.

30 Tribunal Constitucional, Rol 2.365, sentencia de fecha 14 de enero de 2014, considerando 34.

Lo interesante de esta argumentación es que sin duda puede ser extendida a todos los casos en que se pueda aplicar una de las categorías de discriminación del artículo 2° de la Ley 20.609. De este modo, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, en cada caso en que se establezca una diferencia basada en ellas, se debe aplicar el test de la proporcionalidad, estando la carga de la prueba en quien establece o propone la distinción.

3.4. El derecho constitucional de ingreso al país para los extranjeros

Respecto a la libertad personal reconocida en el artículo 19 N° 7 y, en concreto, la libertad de entrar y salir del país precisada en su letra a), el Tribunal Constitucional argumenta que los extranjeros tendrían un derecho constitucional de ingresar al territorio nacional de la misma forma que los nacionales.

Este derecho, como el tribunal hace notar expresamente en varios de sus considerandos, no está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos ni en la muestra de disposiciones constitucionales comparadas que efectúa esa magistratura. Es más, en la primera fuente normativa, en general se establece que los extranjeros no poseen un derecho a entrar, tal como lo declara expresamente la Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Por lo tanto, el reconocimiento de un derecho de ingreso al país a todo extranjero constituye una novedad en el derecho comparado. Una novedad que, se podrá apreciar, puede tener profundas consecuencias sociales, económicas y políticas.

Antes de evaluar los efectos de este reconocimiento, es necesario plantear una consideración: este convierte sin duda en contradictoria la declaración que hace el mismo Tribunal respecto a la existencia del principio de reciprocidad como uno de los factores para determinar el ingreso al país de los extranjeros³¹, pues, si estamos en presencia de un derecho constitucional, este no puede ser modulado o condicionado, por las decisiones de otros países.

3.5. Distinciones, prohibiciones, privaciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros y la (im)posibilidad de una política migratoria

Una vez que el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un igual derecho a la entrada al país de los extranjeros y, por consecuencia, una igual titularidad respecto de estos de todo el contenido del artículo 19 letra a),

³¹ Tribunal Constitucional, Rol 2.273, op. cit., considerando 44.

es decir, las libertades de residir y permanecer en cualquier lugar de la república, trasladarse de un lugar a otro y entrar y salir del país, aquel señala que se podrá modular, regular y limitar su ejercicio pero no el derecho mismo, basado en el texto de la misma norma constitucional que dispone “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”. Se analizarán algunas de las consecuencias que tiene este reconocimiento, primero en cuanto a la posibilidad de privar alguna de estas libertades.

Respecto a las prohibiciones al ingreso, la falta de una expresa autorización constitucional para ellas, tal como la exige el Tribunal Constitucional³², convertiría en inconstitucionales todas las normas del DL 1.094 que imponen o permiten aquellas, tales como los artículos 15 y 16, respectivamente³³.

Ello también convierte en inconstitucionales las facultades de expulsión del país de todo extranjero que contiene la legislación vigente en el artículo 84 del DL 1.094, pues es evidente que el derecho de permanecer en el territorio nacional que reconoce el artículo 19 N° 7 carece de una autorización expresa para su privación, como exige el Tribunal, y la expulsión es sin duda una privación total de esa libertad. Lo mismo es dable pensar respecto a las atribuciones que la normativa vigente entrega a las policías, de acuerdo a los artículos 81 y 82 del DL 1.094, de trasladar a un determinado lugar del territorio nacional a los extranjeros que ingresen al territorio nacional en los casos que no se de cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas por la ley, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, pues en todas estas situaciones estamos en presencia de una privación de la libertad de movilización, específicamente la de permanecer en cualquier lugar de la república, sin que exista una expresa habilitación constitucional para ello.

En cuanto a las limitaciones y regulaciones de estas libertades, una primera consideración se relaciona con la validez de la distinción entre derecho y ejercicio del derecho que realiza el Tribunal Constitucional³⁴. Se podría preguntar qué sentido tiene hablar de una libertad sin ejercicio de ella, por lo que la limitación de esta última es, ni más ni menos, la de la primera.

32 *Ibíd.*, considerandos 30 y 33.

33 Y que el proyecto de ley de migración y extranjería, Boletín 8970, enviado por el gobierno de Piñera, en sus arts. 26 y 27, a grosso modo mantiene.

34 Tribunal Constitucional, Rol 2.273, *op. cit.*, considerando 35.

Pero aun suponiendo que posee algún sentido esta distinción, surge la pregunta de cuáles serían las limitaciones o regulaciones establecidas al ingreso de un extranjero que, partiendo de la base de la igualdad entre estos y los chilenos, serían constitucionalmente aceptables. El Tribunal Constitucional dirá que el Estado puede condicionar el ingreso de un extranjero al país bajo una serie de requisitos normativos previstos por la ley y que deben cumplirse, relativos a circulación, residencia, empleo o condiciones generales a observar por el extranjero en situación de tránsito³⁵. Es dable conjeturar que, al afirmar esto, el Tribunal esperaba morigerar el impacto que provoca su reconocimiento de un derecho de ingreso de los extranjeros al país.

Pero la idea de que se puede condicionar por medio de la ley el ingreso de los extranjeros no parece consistente con el reconocimiento de un igual derecho de ingreso al país, que el mismo Tribunal ha declarado, pues en ningún caso constitucionalmente concebible a un chileno se le podría condicionar su ingreso al país. Para los chilenos, este es un derecho absoluto. ¿Por qué razón se podría condicionar el ingreso de un extranjero, entonces, si su situación es de igualdad a este respecto con un nacional? Todas las restricciones al ingreso de extranjeros que dispone la legislación nacional vigente y la comparada, por razones de seguridad, económicas o sanitarias, parten de la base necesariamente que no existe un derecho de ingreso y ello es una potestad del Estado, que no debe ser discrecional, por cierto, pero sí amplia. El reconocimiento de un igual derecho cambia el balance de razones y hace esas eventuales condiciones, limitaciones y regulaciones inconstitucionales.

Si se sigue la argumentación del Tribunal Constitucional desarrollada en esta sentencia, la Constitución prohíbe las privaciones a los iguales derechos de los extranjeros, lo que incluye negar el ingreso, y también la facultad de expulsión y de trasladar a determinada parte del territorio, por carecer todas ellas de expresa autorización constitucional, y hace difíciles de justificar, desde la perspectiva de la igualdad con los nacionales, las restricciones, limitaciones y condiciones que la legislación chilena vigente les impone y que probablemente muchos países efectúan. Si esto es así, la sentencia en comento arroja un manto de duda sobre buena parte de esa legislación y, con ello, sobre la posibilidad misma de que exista una política migratoria, pues esta, casi por definición, se basa en que los extranjeros no tienen derecho a ingresar a un país y en que, por consiguiente, los Estados pueden calificar a quien dejan

35 *Ibíd.*, considerando 41.

entrar o no. Esa calificación es la base para las condiciones que se le imponen para el ingreso.

Como se observó antes, es probable que el Tribunal no haya querido ir tan lejos, pero una interpretación razonable de sus afirmaciones permite arribar a la conclusiones antes expresadas.

3.6. Nuevo estándar para el ejercicio de las potestades del Ministerio del Interior para rechazar visados y atribuciones del Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad

El Tribunal Constitucional, como se ha señalado, dispone que existe un nuevo estándar para el ejercicio de la atribución de rechazar visas del Ministerio del Interior³⁶. Ese estándar está constituido por una serie de principios y reglas, entre los que destaca el principio de no discriminación.

Esta parte de la sentencia admite dos reflexiones: una sobre el contenido de los límites que se le imponen a la discreción administrativa y otra relativa a la pertinencia de que sea el Tribunal Constitucional, en sede de inaplicabilidad, el que efectúe estas consideraciones.

En cuanto a lo primero, es claro –y el Tribunal está en lo correcto en reconocerlo– que el ordenamiento constitucional y de derechos humanos impone límites materiales a la actuación de los órganos estatales. Es evidente que el propósito de estos sistemas normativos es, primero, limitar el poder estatal y, luego, exigir la protección y garantía de aquellos por parte del Estado. Respecto a los criterios específicos que se señalan en el considerando 50, se debe mencionar que ellos omiten varias de las categorías que han establecido diversos tratados de derechos humanos. Por solo dar un ejemplo, las causales de persecución que ameritan el derecho de pedir asilo, de acuerdo a la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, que el tribunal no menciona, en su definición de los mismos, incluye a aquellos que posean fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión o nacionalidad.

En relación a la segunda, se debe recordar que el Tribunal Constitucional está decidiendo un recurso de inaplicabilidad, que, al tenor del artículo 93 N° 6 de la Constitución, tiene como propósito juzgar si los efectos de un precepto legal en su aplicación a un caso concreto son o no inconstitucionales. Ello, por cierto determina la competencia del Tribunal Constitucional, que debe limitarse a declarar sobre tales efectos. Sin embargo, el tribunal señala el Mi-

³⁶ *Ibíd.*, considerandos 49 y 59.

nisterio del Interior posee un nuevo estándar para disponer el rechazo de un visado. Esto, más que un mero reconocimiento, parece una instrucción que el Tribunal entrega a esa autoridad. Y, si es así, es evidente que excede con mucho sus competencias, incurriendo en un perfecto caso de infracción del principio de juridicidad establecido en el artículo 7° de la Constitución. Si, en cambio, se trata de un mero reconocimiento de un estándar normativo, estimamos es un caso de *obiter dicta*, es decir, de una consideración judicial que no dice relación con lo decidido: la inaplicabilidad del artículo 13 inciso segundo del DL 1.094, ni más ni menos.

El Tribunal en este punto más bien parece actuar en sede garantística, a modo de lo que se resolvería en un recurso de protección, intentando restablecer el imperio del derecho. No es esta una función propia del Tribunal Constitucional, por mucho que se comparta el fondo de los criterios enunciados.

TRADICIONES DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN TRAS EL CONCEPTO DE PLURALISMO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE TELEVISIÓN DIGITAL

Tamara Carrera Briceño¹

Creo, sin embargo, que este modo de ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión –como una mera repetición del pasado– es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando –de hecho, se nos está obligando– a reconsiderar la naturaleza del Estado moderno y a examinar si este debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales².

Resumen

El presente trabajo examinará la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2.541, del 18 de noviembre de 2013, sobre el proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, desde la óptica de las tradiciones de libertad de expresión sostenidas por aquellos que favorecieron y rechazaron el requerimiento de constitucionalidad. Se identifica que los argumentos presentados ante el tribunal defienden la libertad de expresión tanto desde el *libre mercado de ideas*, favoreciendo el requerimiento, como desde el *debate público robusto*, rechazándolo. Además, se observa que entre los ministros del tribunal se produce la misma dinámica, sin sincerarse respecto a lo que está en el fondo de la discusión: el rol activo del Estado en la protección de las garantías fundamentales.

Introducción

Dentro de los objetivos de política pública del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín 6190-9) se encuentra el

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales. Agradezco los comentarios constructivos de Paulette Jara Pérez respecto a este trabajo.

² Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, (Gedisa), 1999, p. 12.

de “una mayor diversidad y pluralismo informativo y cultural”³. Para ello el legislador introduce a la Ley 18.828 que crea el Consejo Nacional de Televisión un concepto de pluralismo –relacionado al correcto funcionamiento del medio–, además de la obligación de promoverlo y la prohibición de difundir contenidos contrarios a él⁴.

Durante el último trimestre de 2013, se produjo un debate en los medios de comunicación respecto a este proyecto de ley. La discusión principalmente se dividió entre aquellos que valoraban la regulación del pluralismo como un avance garantista de la libertad de expresión y aquellos que consideraban que el proyecto contrariaba la “esencia” de la misma libertad.

Por una parte, están aquellos que observan consecuencias positivas a esta regulación, incluyendo a la Mesa de Ciudadanía y TV Digital –agrupación de organizaciones provenientes del mundo de las comunicaciones, cultura, educación y ONGs–, la cual considera que a través de esta normativa se mejora la actual legislación y “viene con años de retraso a satisfacer demandas sociales relacionadas con pluralismo y libertad de expresión”⁵.

Por otra, quienes vaticinan las negativas consecuencias de esta regulación, principalmente en cuanto va a restringir la libertad editorial de los medios de comunicación. En una editorial de *La Tercera* se expresa que, con el fin de fomentar el pluralismo, como está regulado en el proyecto de ley, “se obliga [a los medios de comunicación] a transmitir determinados contenidos y se amenaza la libertad de expresión”⁶⁻⁷. *El Mercurio*,

3 Mensaje 942-356, Mensaje de S.E. el presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, 24 de octubre de 2008.

4 Esta regulación del pluralismo no se encuentra presente en el mensaje presidencial, siendo agregada mediante indicación parlamentaria.

5 Mesa de Ciudadanía y TV Digital, Aclaración pública sobre debate Ley TV digital Chile, 13 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.ciudadaniatv.cl/noticias/aclaracion-publica-sobre-debate-ley-tv-digital-chile/>

6 *La Tercera*, Televisión digital y libertad de expresión (editorial), 10 de septiembre de 2012, disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2012/09/894-482570-9-televisión-digital-y-libertad-de-expresión.shtml>

7 Se puede observar la importancia de este tema para el diario *La Tercera* y el uso del medio como un megáfono de su postura, mediante una nutrida reflexión respecto a la regulación del pluralismo. Ha abordado el retroceso en la materia en el ámbito regional, señalando que “[l]a entidad [Sociedad Interamericana de la Prensa] hizo ver que la ley de TV digital entrega amplias atribuciones al Estado para influir en la programación de los canales, lo que supone una amenaza para su autonomía editorial, materia que deberá ser definida por el Tribunal Constitucional al resolver las objeciones formuladas al texto aprobado”. *La Tercera*, Retroceso regional en libertad de expresión (editorial), 4 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2013/11/894-549978-9-retroceso-regional-en-libertad-de-expresión.shtml>. En otra editorial, *La Tercera* sostuvo: “La posición

por su parte, en una editorial, condena el contenido del proyecto de ley, señalando:

El pluralismo activo envuelve una grave intromisión en la libertad de expresión, que sería constitucionalmente intolerable en cualquier legislación extranjera desarrollada. No corresponde al Estado –y el CNTV es finalmente el Estado– reemplazar a los medios en la selección de los contenidos, aun si se quiere promover conceptos positivos. Este es un ámbito intangible perteneciente a todas las personas y los medios, que la Carta Fundamental garantiza sin censura previa ni amenaza indebida de sanciones por un órgano estatal. En eso consiste la garantía constitucional, que protege el libre flujo de ideas, debates y contenidos⁸.

En este contexto, un grupo de diputados presentó un requerimiento de constitucionalidad de esas normas, entre otros preceptos. Durante el proceso ante el Tribunal Constitucional las posturas ilustradas se vieron replicadas, tanto en el requerimiento como en las observaciones formuladas por el Presidente de la República, incluyendo la de los intervinientes en la audiencia pública.

Ambas facciones, argumentando en defensa de una misma libertad, llegaron a fundamentos radicalmente distintos. ¿Cómo es posible que la regulación del pluralismo, como la propuesta en el proyecto de ley, al mismo tiempo vulnere y refuerce la libertad de expresión? Se debe a que ambos bandos están

adoptada por el Ejecutivo ratifica las amenazas que la iniciativa conlleva para la libertad de expresión, pues se *interfiere la autonomía editorial de los medios audiovisuales a través de diversos mecanismos, lo que, además, sentaría un precedente perjudicial en la materia*. En efecto, ellos no tendrán ya únicamente que respetar –como expresa la legislación vigente– diversos valores, cuyo catálogo se amplía, sino que quedarán obligados a promoverlos activamente, lo que constituye la imposición de una determinada agenda. Entre aquéllos está *el pluralismo, que es entendido ahora como ciertas realidades o tendencias en la vida ciudadana que se especifican, desestimándose así las restantes, lo que contradice la noción misma de pluralismo democrático, que solo debe reconocer los límites señalados en la ley*. [...] Este tipo de herramientas ha dado lugar a graves transgresiones a la libertad de expresión en otros países sudamericanos”. *La Tercera*, Libertad de expresión (editorial), 8 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2013/11/894-550689-9-libertad-de-expresion.shtml>. (Énfasis añadido). En otra editorial, *La Tercera* condena las facultades del Estado sobre la libertad editorial, sosteniendo que “[l]amentablemente, el proyecto –que fue presentado en 2008– con el tiempo fue objeto de un conjunto de indicaciones que *terminaron por entregarle al Estado prerrogativas que abren espacio para una desmesurada intervención en los contenidos editoriales de los canales*”, *La Tercera*, Oportunidad para corregir proyecto sobre TV digital (editorial), 8 de enero de 2014, disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2014/01/894-559691-9-oportunidad-para-corregir-proyecto-sobre-tv-digital.shtml>. (Énfasis añadido)

8 *El Mercurio*, Pluralismo y TV digital (editorial), 22 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/10/22/16301/Pluralismo-y-TV-digital.aspx> (Énfasis añadido)

en lo correcto al señalar que argumentan a favor de la libertad de expresión. Sin embargo, el diálogo se “trunca” al no reconocer la tradición detrás de la libertad que se defiende. En estas páginas propongo reflexionar respecto a las concepciones de libertad de expresión presentes en el debate, sea desde la tradición del *libre mercado de las ideas*, aludido por John Stuart Mill, o desde la del *debate público robusto*, referido por Owen Fiss.

La estructura de este comentario es la siguiente. Primero, se expondrán las posturas y los valores defendidos por los requirentes, por el Presidente de la República y por los intervinientes en la audiencia pública ante el Tribunal Constitucional, para mostrar la polarización del debate. Luego, se señalarán las principales características de la libertad de expresión tanto según la tradición del libre mercado de las ideas como según la del debate público robusto. Finalizaremos con la exposición de los argumentos sostenidos por los ministros del Tribunal Constitucional respecto al concepto de pluralismo en el marco del control de constitucionalidad del proyecto de ley de televisión digital, identificando que concepción de libertad de expresión respalda cada postura.

1. Posiciones expuestas en el control de constitucionalidad del proyecto de televisión digital

Luego de una lenta tramitación⁹, un grupo de diputados que corresponde a la cuarta parte de la Cámara presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional cuestionando la constitucionalidad de ciertos preceptos del proyecto de ley (Boletín 6190-9). Los incisos impugnados relevantes a este análisis son:

Se entenderá por correcto funcionamiento de estos servicios el permanente respeto, a través de su programación, de la democracia, la paz, el pluralismo, el desarrollo regional, el medio ambiente, la familia, la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Para efectos de esta ley, *se entenderá por pluralismo* el respeto a la diversi-

⁹ El proyecto ingresó al Congreso como mensaje el 6 de noviembre de 2008, mientras que el requerimiento fue presentado el 18 de octubre de 2013.

dad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, *promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos*¹⁰.

El Consejo Nacional de Televisión tiene por objetivo consagrado a nivel constitucional el velar por el *correcto funcionamiento* de la televisión. Precisa la ley que, para lograr este objetivo, el órgano, respecto de los servicios de televisión, ejercerá la “supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen, en conformidad con las normas de esta ley”¹¹. El proyecto de ley busca precisar mediante un concepto de pluralismo la orientación de la labor del Consejo Nacional de Televisión.

Para fundamentar el control de constitucionalidad, los requirentes argumentaron que el concepto de pluralismo propuesto vulnera la libertad de opinión y de expresión, puesto que la esencia de este derecho es la prohibición de la censura previa, lo cual permite “el libre flujo de ideas”¹², en circunstancias que esta regulación constituiría censura indirecta. Constatan, asimismo, “la larga tradición, tanto jurídica como política, que apunta a que la mejor manera de resguardar la efectiva libertad y un real pluralismo en la sociedad, pasa o dice relación más bien con un cierto reconocimiento de límites o márgenes, asociados a principios fundamentales del orden social y a la evitación de delitos o conductas semejantes, antes que a la intervención de la autoridad en contenidos específicos y conductas particulares a ser realizadas”¹³. Además, sostienen que la orden de promover el pluralismo y de excluir contenido contrario a él vulnera el principio de subsidiaridad, puesto que “el legislador tiene vedado establecer mecanismos (aun si operan de manera indirecta), que supongan una intromisión en la esfera de la debida autonomía propia de los medios de comunicación (incluida la televisión)”¹⁴. Ello porque esta medida

10 Incisos 1° y 2° del art. 1 N° 1 letra d) del Proyecto de Ley (Boletín 6190-9) que incorpora el inciso 5° nuevo del art. 1 de la Ley 18.838 que Crea el Consejo Nacional de Televisión. (Énfasis añadido).

11 Ley 18.838, art. 1 inciso 2°.

12 Requerimiento de varios diputados, presentado ante el Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 2013, p. 11.

13 *Ibíd.*, p. 20.

14 *Ibíd.*, p. 15.

vulneraría las facultades para determinar la línea editorial y para operar conforme a ella de los medios de comunicación¹⁵.

Por su parte, en las observaciones realizadas al requerimiento, el Presidente de la República argumentó a favor de la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados¹⁶. Reconoció la doble dimensión de la libertad de expresión –un derecho tanto individual como colectivo–¹⁷, además de su importancia en una sociedad democrática¹⁸. Aseguró que “cuando el Estado interfiere el libre flujo de la información y las opiniones, impide que la vida democrática produzca sus mejores efectos, socavando los cimientos mismos de que le dan sustento a la democracia”¹⁹. Concluyó que el concepto de pluralismo propuesto vulneraría la Constitución al no limitarse a declarar que este “consiste en el respeto a la diversidad, sino que, adicionalmente, establece qué tipo de diversidad debe ser respetada por una televisión pluralista”²⁰, lo que limitaría la libertad editorial a través de la imposición de una uniformidad pretendidamente pluralista.

En la audiencia pública, respecto al concepto de pluralismo propuesto, el Tribunal Constitucional escuchó a 15 actores. Para efectos de facilitar la identificación de las posturas de cada uno, se expondrá en dos bloques el razonamiento principal de cada uno en lo referente al concepto de pluralismo²¹.

Por una parte, están aquellos expositores que apoyaron el requerimiento y la inconstitucionalidad –en lo relevante al presente análisis– del concepto de pluralismo y su regulación:

15 *Ibíd.*, p. 21.

16 El proyecto de ley fue presentado por la presidenta Michelle Bachelet, mientras que las observaciones fueron elaboradas en el gobierno del presidente Sebastián Piñera. Asimismo, es pertinente recordar que la regulación del pluralismo es consecuencia de una indicación parlamentaria y que no se encontraba en el mensaje original.

17 Observaciones formuladas por el presidente de la República, presentado ante el Tribunal Constitucional el 4 de noviembre de 2013, punto 14.

18 *Ibíd.*, punto 18.

19 *Ibíd.*, punto 19.

20 *Ibíd.*, punto 24.

21 En esta audiencia pública también participaron representantes de DIRECT TV y de ARCATEL –asociación de canales regionales de señal abierta–, cuyos aportes no son incluidos en esta revisión de argumentos puesto que no se refirieron directamente al concepto de pluralismo.

- El centro de estudios Libertad y Desarrollo²² sostuvo que la definición de pluralismo es arbitraria, restringida y excluyente, y se opone a la concepción “mucho más robusta” de libertad de expresión –más que un derecho público subjetivo– como un pilar del sistema democrático. Reconoció que el pluralismo se debe promover a través de medios menos lesivos para los derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas –los medios de comunicación–, y con respeto a la autonomía de los grupos intermedios.
- La Fundación Jaime Guzmán²³ se propuso situar la discusión no en el concepto del mercado, refiriéndose más bien a los contenidos de la libertad de expresión tal como fue consagrada en la Constitución. Señaló que es contrario a la esencia de la libertad de expresión que, en nombre de “valores que pueden ser muy valiosos”, esta sea “atropellada” por la regulación propuesta sobre pluralismo.
- La Asociación Nacional de Televisión²⁴ consideró que la discusión no toca un tema político ni ideológico, sino uno constitucional, en cuanto no deben enumerarse los valores y principios del pluralismo –acotar su contenido mediante un concepto–, ya que este consiste, por esencia, en la diversidad ilimitada.
- La Asociación Nacional de la Prensa²⁵ proclamó que la regulación impugnada permite intervenir al Estado en el contenido presente en la televisión: el peligro de la definición consiste en que el legislador es quien estima qué elementos conforman la diversidad y cuáles son los contenidos que deben promoverse y excluirse.
- La Federación de Medios de Comunicación Social de Chile²⁶ formuló la pregunta: ¿cómo se puede imponer el pluralismo en los medios de comunicación? La definición del pluralismo se ha ex-

22 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 1/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=KNrDeWLrriU>, a partir del minuto 21.

23 *Ibíd.*, a partir del minuto 47.

24 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 2/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=6RrMQuHarmA>, a partir del segundo 20.

25 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 3/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WlB1IqhN4u8>, a partir del minuto 17.

26 *Ibíd.*, a partir del minuto 33.

tendido a lo largo del tiempo. La dificultad de acotar el pluralismo al concepto propuesto no permite determinar de manera clara las eventuales infracciones a este principio y sus omisiones. Ello crea incertidumbre.

- La Asociación Nacional de Radiodifusores de Chile²⁷ defendió que el concepto de pluralismo tiende a una unificación, cerrando el espacio para la diversidad, y que, mediante el ejercicio de las facultades del CNTV, se constituiría una especie de censura indirecta.
- La Asociación Internacional de Radiodifusión²⁸ consideró que la definición del pluralismo configura una situación de condicionamiento previo respecto a contenidos que están protegidos por la libertad de expresión. Sostuvo que todo intento de imponer controles a los contenidos contraviene la libertad de formular sus propios programas de los medios de comunicación, siendo el público y no la autoridad quien determina estos contenidos: la vigencia de la libertad de expresión se hace posible a través de la diversidad e independencia de los medios de comunicación.
- El Consejo Nacional de Televisión²⁹ consideró importante exponer algunos principios para analizar el requerimiento de constitucionalidad, destacando la naturaleza autónoma y contramayoritaria del órgano. La ley establece como piedra de tope la revisión de líneas programáticas de los medios de comunicación; se resuelve caso a caso, aplicando conceptos jurídicos indeterminados a los cuales dota de contenido en la resolución de cada situación (por ejemplo, orden público). Respecto al pluralismo, este concepto ha estado presente en las normas que regulan la televisión, siendo en la actual ley un eje central. La obligación de promover el pluralismo en el proyecto de ley, aunque dirigida a la industria, implicaría que el CNTV debería revisar la línea programática de los medios, lo cual es prácticamente imposible e ilegal, en opinión de los consejeros.
- La Corporación Comunidad y Justicia³⁰ consideró que la imposi-

27 *Ibíd.*, a partir del minuto 45.

28 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 4/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=OInJNY4TOuo>, a partir del segundo 20.

29 *Ibíd.*, a partir del minuto 11.

30 *Ibíd.*, a partir del minuto 43.

ción de transmitir ciertos contenidos es contrario a la libertad de expresión, ya que esta busca la protección de las personas ante la intervención estatal. Además, se vulnera el principio de autonomía de los grupos intermedios, con la sola existencia de los objetivos fijados por el proyecto de ley (promoción del pluralismo).

Al otro lado del espectro argumentativo, se encuentran aquellos que apoyan la regulación propuesta por el Legislador:

- El Colegio de Periodistas de Chile³¹ estimó relevante establecer un concepto de pluralismo, ya que garantiza que exista una posibilidad efectiva, en democracia, de protección de sectores que presentan ciertas condiciones de vulnerabilidad y que no tienen las herramientas suficientes para ejercer la libertad de expresión, además de contrarrestar el efecto negativo de la concentración de los medios de comunicación, concluyendo que el debate de fondo sería ideológico y político.
- El Observatorio de Medios FUCATEL³² señaló, en base a estudios propios, que las líneas editoriales no son de conocimiento público; el requerimiento buscaría proteger la libertad de determinar las líneas editoriales de los dueños de los medios de comunicación.
- La Mesa de Ciudadanía y TV Digital³³ proclamó que el concepto de pluralismo no coarta la libertad de expresión de los medios de comunicación, en especial, los de televisión como el medio más influyente en la opinión e información de la sociedad, sino que les recuerda a estos que, en cumplimiento de su rol público y social de educación de la ciudadanía, deben transmitir su contenido resguardando ciertos principios elementales de respeto.
- La Asociación Gremial de Productores Cinematográficos de Chile³⁴ hizo presente su preocupación por la ambigüedad contenida en el

31 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 1/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=KNrDeWLrriU>, a partir del minuto 9.

32 *Ibíd.*, a partir del minuto 35.

33 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 2/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=6RrMQuHaimA> a partir del minuto 17.

34 *Ibíd.*, a partir del minuto 31.

término pluralismo en el ordenamiento jurídico; la reformulación del concepto propuesto acorde a la diversidad cultural corregiría ese problema.

- La Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS)³⁵ se preguntó si el debate había sido visibilizado en la industria de la televisión. El Estado debe regular el mercado de servicios de televisión, ya que los medios de comunicación están altamente concentrados, dependiendo en sus líneas editoriales de los grupos económicos, y estando sujetos al veto de las cadenas de comercialización a través de las campañas comerciales.
- La Agrupación Reforma del Teatro Chileno³⁶ recordó que el mandato de correcto funcionamiento de la industria por el CNTV tiene relación con los contenidos y no con aspectos técnicos. Señaló, además, que el Estado es parte del Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales³⁷, donde se obliga a generar normas a promover la misma.

Como se puede apreciar, en el abanico de argumentos presentados ante el Tribunal Constitucional, existen posiciones polarizadas que se apoyan en la defensa o fortalecimiento de la libertad de expresión. ¿Cómo una regulación puede al mismo tiempo vulnerar y fomentar una misma libertad? La respuesta depende de la concepción de libertad de expresión que se asuma. En la siguiente sección se explicará que aquellos que sostienen que el concepto de pluralismo vulnera la libertad de expresión la conciben desde el *libre mercado de las ideas*, mientras que aquellos que consideran que es fomentada por este proyecto la comprenden desde el *debate público robusto*.

35 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 4/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=OInJNY4TOuo>, a partir del minuto 26.

36 Tribunal Constitucional, Audiencia pública sobre televisión digital, 6 de noviembre de 2013. *Youtube*, TVDigital, día 1, parte 5/5, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=P4ga6soQwIA>, a partir del segundo 10.

37 UNESCO, Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, 20 de octubre de 2005. Ratificada por Chile el 13 de marzo de 2007.

2. Dos tradiciones de libertad de expresión: El libre mercado de las ideas y el debate público robusto

En nuestro texto constitucional se reconoce la libertad de emitir opinión y la de informar (artículo 19 N° 12 de la Constitución Política)³⁸. Se ha identificado que esta garantía constitucional comprende tres aspectos³⁹: consiste en un derecho de toda persona a emitir opinión por cualquier medio, sin coerción; comprende la libertad de información haciendo partícipes a los demás de esa opinión; y contempla el derecho a recibir información⁴⁰.

La libertad de expresión es una garantía tanto individual como colectiva⁴¹. La primera dimensión consiste en la libertad de una persona, como manifestación de su autonomía, de emitir su opinión o cualquier información sin que sea sujeta a censura previa pero sí a las responsabilidades ulteriores que el ejercicio de esta pueda conllevar. La segunda proclama el derecho de las personas en una sociedad de recibir la información para conocer el pensamiento ajeno. La libertad de expresión tiene una gran importancia como piedra angular de la democracia⁴².

En lo que sigue se expondrán las principales características, relacionadas al debate sobre el pluralismo, de la libertad de expresión en la tradición del libre mercado de ideas y la del debate público robusto⁴³.

38 En cuanto al tratamiento de la libertad de expresión como garantía constitucional realizada por profesores y profesoras nacionales, ver Lovera, Domingo, “El mito de la libertad de expresión en la creación artística”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, 2010, pp. 159-161.

39 Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho constitucional*, Tomo I, (Editorial Jurídica de Chile), 1994, p. 261.

40 Respecto al reconocimiento de la dimensión colectiva de la libertad de expresión, se ha sostenido que “[a]un cuando no se consideró explícitamente el derecho a recibir información en la preceptiva constitucional, pensamos que aquél forma parte integrante de esta garantía, porque, de otro modo, de nada serviría que se asegurarán las ‘libertades de emitir opinión y la de informar’ si no se reconoce que los destinatarios –dentro de un régimen democrático– tienen mínimamente el legítimo derecho a una información oportuna, veraz y objetiva”. *Ibíd.*, p. 263.

41 Esta doble dimensión de la libertad de expresión ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos, comenzando con *La Última Tentación de Cristo*. Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y Otros contra Chile, sentencia de fecha 5 de febrero de 2001, párr. 64.

42 La Corte Interamericana ha reconocido que “*La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática*. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, párr. 70. (Énfasis añadido).

43 Para ello se seguirá a Gargarella, Roberto, “Libertad de expresión como ‘debate público robusto’”, en Restrepo, Esteban (comp.), *Libertad de expresión entre tradición y renovación: Ensayos en homenaje a*

2.1. La tradición del libre mercado de las ideas se inicia con los postulados de John Stuart Mill, defendidos en su famoso ensayo *Sobre la libertad*. Mill considera que suprimir una opinión nunca será bueno, ya sea porque es completamente verdadera –lo que hace imprescindible su divulgación–, porque es parcialmente verdadera –lo que hace necesario conocerla– o porque es falsa, “dado que criticarla nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir de meros prejuicios o la falta de cuestionamiento”⁴⁴. Esta tradición se construye a través de la incorporación de esta lógica en las decisiones de la Corte Suprema norteamericana⁴⁵.

Esta tradición considera al Estado como el gran enemigo de la libertad de expresión⁴⁶. Entre otros argumentos a favor de esta postura antiestatista, se encuentra el peligro del monopolio estatal: que los medios de comunicación tuvieran un solo dueño y, consecuentemente, una sola ideología. Para evitar esta situación y favorecer el pluralismo, los medios de comunicación deben regirse por las normas del libre mercado:

Dejando la comunicación en manos de la sociedad, además, se contribuye a que las diversas voces sociales sean escuchadas. Esto se vería facilitado por los mecanismos de mercado que aparecen, en el mejor sentido del término, como mecanismos no ideológicos⁴⁷.

Una falencia de este razonamiento es que asimila el pluralismo de medios con el *pluralismo de propietarios*⁴⁸. Se considera que la diversidad está asegu-

Owen Fiss, (Ediciones Uniandes) 2013. Este ensayo es una versión modificada de “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en Gargarella, (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional, Tomo II: Derechos*, (Abeledo Perrot), 2008.

44 *Ibíd.*, p. 84.

45 Gargarella reconoce que este juicio es recogido por la Corte Suprema norteamericana en la sentencia “Abrams vs. United States” por el juez Holmes al considerar que “el sistema de censura de opiniones debería ser reemplazado por otros opuestos, que permitieran que las distintas ideas se contrapusieran unas con otras: la idea triunfante sería, entonces, aquella capaz de salir airoso de esa competencia, y no la que fuera inmune a las críticas”. Estas ideas, en especial el test del peligro claro y actual, se convierten en opinión dominante en el caso *Brandenburg vs. Ohio*. *Ibíd.*, p. 85.

46 Gargarella explica los traumas históricos que apoyan esta idea, además de caracterizar este criterio según el cual “la mejor política en materia de libertad de expresión es la ausencia de política”. *Ibíd.*, p. 90.

47 *Íd.*

48 Concepto reconocido por profesores nacionales de derecho constitucional que, bajo la lógica de esta tradición, consideran que en la prohibición explícita al legislador de establecer un monopolio estatal en los medios de comunicación social se busca asegurar la pluralidad en su propiedad, “que aquéllos pertenezcan a diversos dueños, incluido entre estos al Estado, sus organismos o empresas; en suma,

rada existiendo dueños particulares de los medios de comunicación y que el Estado debe limitarse a participar como un privado más.

2.2. La libertad de expresión desde la óptica del debate público robusto reacciona a la falencia antes señalada postulando que, para que exista igualdad en el libre mercado de las ideas, todos los oradores debieran tener, sucesivamente o al mismo tiempo, un espacio infinito en los medios de comunicación. Sin embargo, la escasez de estos espacios es la regla y no la excepción, en cuanto “[s]on muchas las opiniones que quieren expresarse, y pocas las oportunidades de hacerlo a través de vías efectivas, en cuanto a que aseguren un alcance relativamente masivo a la opinión”⁴⁹.

Es posible que en el libre mercado de las ideas ciertas opiniones se encuentren sobrerrepresentadas o subrepresentadas, lo que puede “depender de la buena voluntad del propietario de medios, del dinero –y esto es más común– con el que se cuente –para comprar un medio o para comprar espacios de difusión en un determinado medio– o de la capacidad para seducir a aquellos que tienen dinero [...]”⁵⁰. Por ello, la escasez de espacios en los medios de comunicación produce, además, que aquellos que ostentan suficiente dinero, como medio de transacción dentro del libre mercado de las ideas, posean virtualmente un poder de veto sobre las opiniones que puedan resultar contrarias a su pensamiento o intereses⁵¹.

En este escenario se debe aceptar la regulación estatal para fortalecer el debate público y que la mayor cantidad de voces distintas puedan ser escuchadas. Ante la crítica de la carga ideológica del gobierno de turno que regulará los medios, aquellos que defienden el debate público robusto proclaman que “en la medida que existan agencias de control medianamente efectivas [...] no debería temerse cualquier política de ‘ensayo y error’. En ello debería consistir, de hecho, una buena política democrática”⁵².

evitar por esa vía el control o la dependencia informativa del órgano central”. Verdugo, Pfeffer y Nogueira, op. cit., p. 265.

49 Gargarella, op. cit., p. 91.

50 *Ibíd.*, p. 92.

51 *Ibíd.*, p. 93.

52 *Ibíd.*, p. 96.

3. Argumentos de la decisión de mayoría y de las de minoría, en atención a la tradición defendida

El Tribunal Constitucional dio a conocer su decisión respecto al debate del pluralismo en la sentencia Rol 2.541 del 18 de noviembre de 2013. Respecto al tema de análisis, la sentencia contiene un pronunciamiento en el voto de mayoría y varios argumentos diversos en los votos minoritarios.

En el voto de mayoría el Tribunal Constitucional no se refiere de forma directa al concepto de pluralismo⁵³. Al razonar respecto a este punto, se limita a otorgar un concepto de libertad de expresión, explicitar la prohibición de censura previa e ilustrar sobre su regulación en el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁴. El Tribunal se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la orden de excluir contenido que atente contra el pluralismo –entre otros principios– por constituir una forma de censura previa. Sostiene el Tribunal:

Que el deber asignado a los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión en orden a excluir de los contenidos entregados aquellos que atenten contra ciertos principios que define el legislador, importa una evidente mutilación al pleno ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar, representando una forma de censura previa. *Las ideas, juicios o noticias que el emisor desea difundir no quedan entregados a su libre albedrío, sino que son juzgados por un poder externo.*

53 Coincido con el diagnóstico del profesor García en cuanto a que el razonamiento del Tribunal Constitucional respecto del concepto de pluralismo constituye “un precedente extraordinariamente pobre”. Esta “pobreza” argumentativa se debe a la distintas posturas de los ministros ante el concepto de pluralismo y, sustancialmente, el concepto de libertad de expresión, lo cual se ve reflejado en la diversidad de posiciones en los votos particulares. Ver García, José Francisco, “Constitución, televisión y pluralismo”, en *El Mercurio Legal*, 25 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/11/25/Constitucion-television-y-pluralismo.aspx>.

54 El Tribunal sostiene que “la libertad de expresión, en sus dimensiones de emitir opinión y de informar, constituye una manifestación del derecho a la libertad personal y es el fundamento, en una sociedad democrática, del ejercicio de las demás libertades. Universalmente se entiende que la misma no puede estar condicionada o limitada previamente, en cualquier forma y por cualquier medio, y que solo la legislación común puede castigar los abusos y delitos que se cometan en su ejercicio. Así lo establece, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 13 asegura la libertad de expresión, declarando que el ejercicio de tal derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a derechos de terceros o la protección de ciertos valores de interés público. En el mismo sentido, el texto de nuestra Carta Fundamental es claro y perentorio, estableciendo la interdicción de la censura previa. El concepto de esta es amplio y comprensivo de cualquier acto o disposición que impida, intervenga, dificulte ostensiblemente o condicione la exteriorización de las ideas o la divulgación de las informaciones”. Tribunal Constitucional, Rol 2.541, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, Considerando 6.

El citado mandato afecta, pues, en su esencia, el derecho a que nos referimos, motivo por el cual debe ser suprimido del texto de la ley que en definitiva se expida⁵⁵.

Al señalar la mayoría que, ante la prohibición de emitir contenidos contrarios al pluralismo, la libertad de determinar los contenidos por el emisor no quedan a su voluntad sino que a la decisión del órgano estatal, está proclamando la versión de la libertad de expresión desde el libre mercado de las ideas, ya que considera la importancia de la autonomía del particular en desmedro del accionar regulatorio del Estado.

Las diversas posiciones de los ministros del tribunal se observan en la nutrida argumentación de los votos de minoría. Se expondrá cada postura en atención a aquellos que amparan la tradición del libre mercado de ideas y la del debate público robusto.

Primero, entre aquellos que defienden la libertad de expresión desde la tradición del libre mercado de las ideas –contra la regulación del pluralismo propuesto–, se encuentran los ministros Bertelsen y Aróstica y la ministra Brahm, quienes, en su prevención, se muestran conscientes de que, mediante esta regulación,

[l]a amenaza es esta: *coarta la libertad editorial el hecho que los medios televisivos no puedan seleccionar las noticias o asuntos a los que darán cobertura o descartarán, con entera independencia y conforme a sus propias pautas, al tener que promocionar determinados contenidos impuestos por el Estado, según una definición de pluralismo que, sin fundamento ni ponderación, se aplica únicamente a quienes prestan servicios de televisión digital*⁵⁶.

Asimismo, el ministro Romero Guzmán sostiene en su prevención:

Así, pues, bajo la óptica del pluralismo, esta interferencia reduce la intensidad de la deliberación. *En efecto, más que el respeto por el derecho de los canales de televisión de ser actores deliberantes, lo que se pretende es que cada emisora sea un espacio de deliberación (lo más neutro u objetivo posible). Sin embargo, lo relevante es que el sistema o mercado en su conjunto,*

55 *Ibíd.*, considerando 7. (Énfasis añadido).

56 *Ibíd.*, Prevención de ministros Bertelsen y Aróstica y ministra Brahm, punto 1. (Énfasis añadido).

y no cada emisor en particular, pueda verse como un espacio de deliberación plural. La alta intensidad de la interferencia regulatoria propuesta sobre los emisores televisivos constriñe la posibilidad de que estos privilegien en los contenidos que emiten sus ideas o puntos de vista. *Lo paradójico, tal como se indicó recién, es que la restricción a la libertad reducirá, previsiblemente, la intensidad de la deliberación plural en el sistema en su conjunto, al disminuirse la potencialidad deliberativa, incluso militante, de cada estación televisiva.* Esta no es, a nuestro entender, una manera armónica de proteger el derecho a la libertad de informar del cual gozan los emisores televisivos y, al mismo tiempo, de propender a que se proporcione información que contribuya a mejorar la posición de la ciudadanía para deliberar sobre asuntos de interés público⁵⁷.

Por otra parte, compartiendo una concepción de libertad de expresión que puede ser estimada de debate público robusto, se encuentran los magistrados Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Hernández, quienes en su prevención sostienen que

por lo que hace al deber de promoción de estos valores en las emisiones televisivas, que los actores consideran una interferencia indebida de la ley en la libertad editorial de los concesionarios y permisionarios, estos ministros tampoco comparten tal refutación, por cuanto *tanto normas de nuestro ordenamiento interno como del derecho internacional consagran el deber de respeto y promoción de los derechos fundamentales de las personas, mismo que empece no solo al Estado sino a cualquier persona, institución o grupo, y ninguna duda cabe acerca de que el respeto a la diversidad de los sujetos es precisamente uno de esos derechos, cautelado en nuestro país, entre otros cuerpos legales, por la Ley Antidiscriminación (N° 20.609)*⁵⁸.

Reforzando este punto, respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la obligación de exclusión de contenido contra el pluralismo y otros principios, los ministros Fernández y Carmona sostienen, entre otros argumentos, que esta obligación solo demanda que en los programas que emita un canal se respete y promueva la diversidad. Señalan los ministros:

57 *Ibíd.*, Prevención de ministro Romero, punto 7. (Énfasis añadido).

58 *Ibíd.*, Prevención de ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Hernández, punto 7. (Énfasis añadido).

Que si la norma establece el respeto y promoción de ciertos principios, el efecto negativo de esa regla es que no se pueda atentar contra ellos. Lo que atente contra ellos es lo que queda excluido.

*Los medios de comunicación social no son espectadores del pluralismo, son actores del mismo. Por lo mismo, tienen que excluir en los contenidos de sus programas todo aquello que atente contra la diversidad propia del pluralismo*⁵⁹.

Conclusiones

Este comentario busca crear conciencia del fondo del debate sobre la regulación del pluralismo en el proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre. La discusión pública se encuentra polarizada ya que ambas facciones defienden un bien invaluable para la democracia y su desarrollo: la libertad de expresión.

También se busca exponer y transparentar las posiciones en conflicto. Entender qué se encuentra tras este debate permite comprender mejor los argumentos e intereses defendidos en una polarización que impide el diálogo. Con esto no quiero señalar que una tradición prime sobre la otra, sino que debemos ser conscientes que ambas son importantes para el pleno goce de este derecho. El peligro del monopolio estatal y de la primacía de una ideología en el ágora ha sido el motor tradicional de la protección de la libertad de expresión y aún se mantiene vigente. Sin embargo, los tiempos han cambiado y el número de medios se ha incrementado –al igual que la concentración de su propiedad⁶⁰–, aumentando el peligro que una ideología prime (o que una sola opinión sea escuchada). El Estado no tiene las prerrogativas de antaño. En un mundo donde el dinero es el gran motor de las industrias (incluyendo los medios de comunicación), se debe considerar que los más poderosos en este contexto son unos pocos privados⁶¹.

59 *Ibíd.*, Voto en contra de ministros Vodanovic y Carmona, punto 5. (Énfasis añadido).

60 Al respecto, ver Sunkel, Guillermo y Geoffroy, Esteban, “Concentración económica de los medios de comunicación. Peculiaridades del caso chileno”, en *Comunicación y Medios*, 13, 2002, pp. 135-150.

61 En este sentido, señalan los autores mexicanos Salazar y Gutiérrez: “En síntesis, en materia del derecho a la libre expresión, el Estado debe, por una parte, respetar (no intervenir), por otra, proteger (impedir que particulares violen el derecho), pero también tiene la obligación de actuar para hacer efectivo (facilitar, promover, garantizar) el derecho”. Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo, “El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 7.

El objetivo del proyecto de ley en cuestión, en cuanto a la diversificación de contenidos mediante la obligación de promover el pluralismo, es no solo evitar los monopolios estatales (como ya establece el inciso segundo del artículo 19 N° 12 de la Constitución), sino también evitar que, mediante la concentración de medios, se imponga una ideología en desmedro de las distintas opiniones habidas en una sociedad democrática.

En este sentido, se abre una invitación a reflexionar en torno a que, como bien explica Owen Fiss, “quizás sea posible ver las regulaciones en cuestión como medidas que promueven la libertad de expresión, en lugar de restringirla”⁶². Se debe recordar y tener presente que la libertad de expresión no es una garantía absoluta⁶³. Por ello, el ejercicio de esta garantía puede ser restringida por la autoridad estatal respetando, en el lenguaje de nuestra Constitución, la esencia del mismo. Para determinar la esencia de la libertad de expresión, se debe clarificar qué tradición se busca proteger: bajo la óptica del libre mercado de las ideas, será la libertad editorial de los medios de comunicación, mientras que, para el debate público robusto, será la posibilidad de que la mayor diversidad de opiniones puedan ser canalizadas y recibidas por los miembros de la sociedad. Ambas tradiciones buscan proteger el rol de la libertad de expresión en el desarrollo de una sociedad democrática. La preferencia de una por sobre la otra dependerá de las características de la sociedad en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión: si existe concentración de opiniones en los medios de comunicación, se deberá buscar un debate público robusto, mientras que, si hay intervención estatal en el contenido de la información, se orientara a limitar la actuación del Estado.

El momento constitucional que se vive –sea que se produzca una nueva constitución o una reforma sustancial– es una buena instancia para tomar conciencia del fondo de este debate y dialogar respecto a qué tradición de libertad de expresión se busca proteger en atención al desarrollo de la sociedad. En la sociedad chilena actual se escuchan opiniones de poca variedad, lo que es fortalecido por la concentración de medios. Retomando la idea de Fiss, la regulación estatal de los servicios de televisión permitiría el flujo de

62 Fiss, op. cit., p. 27.

63 La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión reconoce que esta libertad no es absoluta, apoyando su postura en reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión libre e incluyente, 2009, párr. 13 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Radiodifusion%20y%20libertad%20de%20expresion%20FINAL%20PORTADA.pdf>.

diversas ideas en el debate público, con lo cual se estaría promoviendo –y no restringiendo– la libertad de expresión. En este sentido, el proyecto de ley es un avance para la protección del pluralismo.

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

EL NUEVO PARADIGMA DE JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA PLURIFORME E HIPERESPECIALIZADA: CRÓNICA DE UNA ESPERA, COMO LA DE GODOT

Alejandro Vergara Blanco¹

Vayámonos. / No podemos. / ¿Por qué? / Esperamos a Godot. (...)
No estamos atados, ¿verdad? / No entiendo nada. / Pregunto si estamos atados. / ¿Atados? / ¿Cómo atados? / De pies y manos. / Pero, ¿a quién? ¿Por quién? / A tu buen hombre. / ¿A Godot? ¿Atados a Godot? ¡Qué idea! ¡De ningún modo! Todavía no. / ¿Se llama Godot? / Creo que sí. (...)

[Coda]

¿Adónde iremos? / No muy lejos / ¡No, no, vayámonos lejos de aquí! / No podemos. / ¿Por qué? / Mañana debemos volver. / ¿Para qué? / Para esperar a Godot. / Es cierto. ¿No ha venido? / No. / Y ahora ya es demasiado tarde.

Samuel Beckett, *En attendant Godot* [*Esperando a Godot*] (París, Les Éditions de Minuit, 1952).

Ya muy pocos esperan a una jurisdicción administrativa única, como en la que pensaban los antiguos maestros de derecho administrativo chileno.

Chile es el único país de América Latina que no sigue el modelo francés de justicia administrativa (nunca ha creado un tribunal administrativo, similar al Consejo de Estado) y es un país único, en términos más generales, al carecer de una jurisdicción administrativa especial. Por el contrario, en los últimos años, la tendencia ha estado lejos del modelo francés –y de cualquier otro– y se ha orientado hacia un modelo mixto de justicia administrativa pluriforme e hiperespecializada. No existe, y seguramente nunca va a existir, un solo orden jurisdiccional administrativo o un solo modelo de tribunal administrativo.

Este nuevo modelo jurisdiccional administrativo, en cierto sentido, ha venido a complementar el modelo regulatorio económico implementado en Chile a partir de la Constitución de 1980, el cual redefinió los roles tradicionalmente asignados a la Administración y a los particulares en las actividades

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

económicas relevantes, principalmente en materia de servicios públicos y de recursos naturales.

Hoy no existe uno o varios tribunales especiales con competencia general para conocer todos los conflictos de naturaleza administrativa, paralelos a los otros tribunales especiales (civiles, penales y otros). La creación de una justicia administrativa especializada ya no está siquiera en los planes legislativos.

La tendencia legislativa actual es distinta: es posible observar un saludable fenómeno mixto, que puede describirse a grandes trazos así:

1°) Una desarrollada justicia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sujeta al proceso ordinario (con un largo juicio: primera instancia, apelación y eventual casación);

2°) Una mixta y pluriforme justicia del contencioso anulatorio (el recurso por *excés de pouvoir* chileno), que se manifiesta, al menos, de tres modos:

i) a través del recurso de protección, creado en la década de los ochenta, que en realidad es un sustituto incompleto de justicia administrativa;

ii) a través de múltiples acciones especiales (bajo la denominación de “recursos”) ante las Cortes de Apelaciones, creadas sobre todo a partir de la década de los noventa; y

iii) en la novísima tendencia, de la década de los 2000, de crear tribunales con competencia administrativa respecto de materias muy concretas, relativas a sectores económicos o ámbitos específicos; podríamos llamarlos tribunales administrativos especializadísimos.

Se trata de una tendencia evidente, que –según parece– terminará por sepultar el antiguo deseo de tener una sola jurisdicción administrativa especializada. Este fenómeno pluriforme indica una búsqueda de la súper especialización, con modelos muy distintos entre sí.

Es algo que lamenta la Corte Suprema, que ha propuesto la creación de tribunales administrativos únicos, con competencia que abarque toda la materia administrativa. La Corte Suprema en varias ocasiones ha manifestado una opinión contraria a la creación de acciones y tribunales especializadísimos. En los hechos, ha tenido oportunidad de emitir informes negativos ante proyectos de ley de creación de órganos jurisdiccionales especiales. Pero ha llegado tarde; parece que ya no llegó Godot.

En verdad, la creación de tribunales especiales, dentro o fuera del poder judicial, es una necesidad que poco a poco comienza a concretarse y ha ido tomando cada vez mayor fuerza en materias complejas y estratégicas para el

desarrollo del país: medio ambiente, recursos naturales y energía, entre otras temáticas. El caso exitoso del panel de expertos eléctricos, que ha pacificado prácticamente a una industria y ha evitado actitudes procesales meramente especulativas (en que los abogados usan y abusan con las demoras judiciales), es muy decidor.

La complejidad de las problemáticas que involucran estas áreas requiere conocimientos específicos, de los cuales carecen jueces y abogados en general; de ahí la integración pluridisciplinaria de estos nuevos tribunales. Además, se requieren procedimientos especiales, ya que muchas veces los actualmente existentes en el ordenamiento jurídico no se ajustan a las circunstancias particulares. Que los tribunales ordinarios de justicia han visto sobrepasada su capacidad material, personal y técnica ante estas situaciones es una realidad que ha comenzado a delatarse de variadas formas y desde hace bastante tiempo.

Se necesita en estas materias especialadísimas una nueva forma de hacer justicia, para lo cual –por ahora– no está preparado nuestro sistema procesal.

El presente ensayo² tiene por finalidad revisar la evolución y estado actual del contencioso administrativo chileno, y, en especial, la tendencia cada vez más extendida de crear tribunales y procedimientos jurisdiccionales hiperespecializados en materias o sectores económica y socialmente relevantes. Reviso, brevemente, estos casos y, a partir de ahí, describo cómo esta justicia administrativa *especialadísimas* ha venido a completar el más general, pero fraccionado, sistema de acciones y recursos administrativos ya existente, a cargo de los tribunales ordinarios de justicia.

Este modelo propiamente chileno (Chile, en esto, como en otras cosas, ¡es especial!, no sigue tendencias: ¡las crea!) parece una alternativa viable para lograr pronunciamientos con razonabilidad, que escapen de las acusaciones de deferencia o activismo judicial. La presente exposición finaliza con una breve reflexión sobre el rol que, en dicho marco, les corresponde a los jueces en el reparto de poderes en nuestra democracia.

2 Dada la naturaleza ensayística de este trabajo (en armonía con la publicación que lo acoge), he reducido al mínimo el aparato bibliográfico; de ahí que he debido prescindir de algunas citas de autores y obras relevantes.

Introducción

a) *La justicia administrativa en general.* La Administración en su actividad puede incurrir en violaciones al derecho objetivo, que lesionen los derechos subjetivos de los administrados. ¿Cómo proteger al administrado cuando la actividad ilegal de la Administración quebranta sus derechos subjetivos? El problema puede resumirse así: ¿en qué situación se encuentran los particulares cuyos derechos se han visto afectados por un acto ilegal de la Administración? Esta situación tiene que ver con el amparo o tutela judicial que el orden jurídico prevé para restablecer las posiciones jurídicas del administrado (subjetivas y objetivas) y hacer realmente efectivos los derechos públicos subjetivos de estos.

El contencioso administrativo, esto es, la *justicia administrativa*, corresponde a un control externo de juridicidad de la actividad administrativa, que puede realizarse de distintas formas: mediante tribunales especializados (modelo francés), mediante tribunales dependientes del poder judicial (modelo anglosajón/español) o a través de una mezcla de ambos modelos. Su establecimiento ha devenido en una doble garantía:

i) *Desde la perspectiva de los administrados*, el contencioso administrativo garantiza sus libertades, sus derechos e, incluso, sus simples intereses contra los abusos de la Administración. Ellos pueden obtener, a la vez, la anulación de los actos ilegales (a través del llamado «contencioso de anulación») y la reparación de los daños de que son víctimas («contencioso de indemnización» o «de plena jurisdicción»).

ii) *Desde la perspectiva de la Administración*, estas acciones permiten al juez ejercer un control sobre la Administración, esto es, le obligan a respetar la regla de derecho («contencioso de anulación») y a reparar el perjuicio causado («contencioso de indemnización»).

Por estas razones, existe un consenso bastante amplio en el sentido de que el contencioso administrativo es una pieza esencial del orden democrático y del Estado de derecho, en la medida en que resguarda adecuadamente el principio de legalidad y, en consecuencia, el principio democrático.

b) *El contencioso administrativo a nivel comparado.* Existen, básicamente, tres sistemas de justicia administrativa en el ámbito comparado:

1º *El sistema francés*, que consiste en someter a la vez el contencioso de la legalidad y el contencioso de la indemnización a un solo juez especializado, el juez administrativo, independiente del juez judicial de derecho

común. Tiene la ventaja de la independencia de la jurisdicción, así como su carácter especializado. Sin embargo, presenta el inconveniente de generar numerosos conflictos de competencia entre los dos órdenes jurisdiccionales.

2° *Los sistemas mixtos (Alemania, Italia, Países Bajos)*. Consisten en someter el contencioso de la legalidad al juez administrativo, mientras que los recursos de pleno contencioso en materia contractual y en materia cuasidelictual los conoce el juez judicial. La ventaja de este sistema es que la repartición de competencias entre los dos órdenes es más lógica: cuando la Administración actúa ejerciendo prerrogativas de potestad pública, es controlada por el juez administrativo; cuando actúa como un particular (ofreciendo servicios públicos o causando daños) es tratada como un particular y se debe recurrir al juez de derecho común. El inconveniente es que la repartición de competencias conlleva dificultades.

3° *El sistema anglosajón y español (Gran Bretaña, Estados Unidos y España)*. Consiste en confiar al juez judicial la integridad del contencioso administrativo. Pareciera ser el mejor sistema por su simplicidad, pero también presenta inconvenientes. Es ventajoso que los justiciables recurran al juez habitual, pero es un inconveniente que usualmente los jueces judiciales manifiesten cierta reserva para censurar a la Administración, la que por lo demás suelen conocer poco. En esto existen muchas variaciones y existe una cierta tendencia a crear múltiples instancias especializadas de litigios administrativos.

c) *El modelo chileno de justicia administrativa mixta e hiperespecializada*. En Chile, la idea de contar con tribunales contencioso administrativos se remonta al constituyente de 1833. No fue sino hasta el plebiscito de 1989 –instancia en que se modificó la Constitución de 1980– que se abandonó totalmente esa idea. En los últimos años se observa un cambio de paradigma en la justicia administrativa chilena, en que el legislador, separándose de prestigiosos sistemas de derecho comparado, comienza a gestar un *modelo propio*, en una suerte de respuesta legislativa –por lo demás adecuada– a la falta de un tribunal administrativo especializado en lo contencioso administrativo.

Para describir esta realidad, reviso en primer término 1) la evolución del contencioso administrativo chileno, que ha ido derivando en un modelo mixto de justicia administrativa; en seguida, presento 2) el panorama actual y, brevemente, los casos más destacados de justicia administrativa hiperespecializada; luego argumento que 3) el modelo de justicia administrativa *especializadísima* ha venido a completar el actual modelo regulatorio económico

chileno, en el cual encuentra plenamente su justificación, y explico el rol democrático que, en dicho marco, les corresponde a los jueces.

1. Evolución de la justicia administrativa y tendencia actual hacia un modelo mixto

I.I. Crónica de la ausencia de un contencioso especializado de general aplicación

Para los efectos de este trabajo me referiré brevemente a los hitos fundamentales de la ausencia de contencioso administrativo especializado en Chile.

I.I.I. Primer periodo (siglos XIX y XX): La denegación de justicia administrativa

a) *Siglo XIX*. En la Constitución de 1833, en un principio, se reconoció competencia en materias de esta naturaleza al Consejo de Estado, creyendo algunos autores de la época que con esto se adoptaba el sistema imperante en Francia, vale decir, la tendencia a encargar el conocimiento de contiendas de naturaleza administrativa a una jurisdicción especial. Esto, sin embargo, a poco andar fue modificado por una reforma constitucional que suprimió las competencias que el Consejo de Estado tenía en materias contencioso administrativas.

b) *Siglo XX*. La Constitución de 1925 consagró la separación e independencia de los poderes públicos, excluyendo la revisión del poder judicial sobre los actos de la Administración³. Su jurisdicción quedó limitada a las causas civiles y criminales. A raíz de aquello, la doctrina y la jurisprudencia judicial de la época mayoritariamente entendieron que, en virtud del principio de la separación de poderes, tales tribunales no tenían la competencia para conocer causas de la materia contenciosa administrativa.

A partir de su artículo 87, que se refería a los «tribunales administrativos», la Constitución de 1925 estableció que la plenitud de la jurisdicción contenciosa administrativa en Chile fuese radicada en esos tribunales, formados por miembros permanentes, facultados para resolver las reclamaciones que se

³ Arts. 4° y 80° de la Constitución de 1925 y art. 4° del Código Orgánico de Tribunales de la época. Dice el art. 80 que “la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”. El art. 4° del Código Orgánico de Tribunales indica que “es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de los otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”, esto es: conocer las causas civiles y criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado, intervenir en los actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención y ejercer las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que le confiere la ley. La consecuencia de la violación de estas normas es la nulidad del acto.

interpusieran contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades administrativas y cuyo conocimiento no estuviera entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Señaló la Constitución: “*su organización y atribuciones son materia de ley*”. Sin embargo, esa ley nunca se dictó.

En efecto, estos «tribunales administrativos» con jurisdicción general no fueron creados durante la vigencia de la Constitución de 1925, por lo que la situación en materia de justicia administrativa en este periodo pudo sintetizarse de la siguiente manera:

i) No existía ningún tribunal con plenitud de jurisdicción contenciosa administrativa⁴.

ii) La Constitución y otras leyes otorgaron competencia para conocer determinados asuntos contencioso administrativos al poder judicial o a otros tribunales, cuya jurisdicción administrativa, entonces, devino en especial y restringida a casos determinados.

iii) El poder judicial carecía, en general, de competencia contencioso administrativa, salvo la especial que le otorgara expresamente la ley para ciertas materias.

En virtud de lo expuesto, se entendía que existía un vacío legal y que, mientras el legislador no actuara, los tribunales ordinarios debían abstenerse de llevar a juicio a la Administración. Esto produjo una gran indefensión de los particulares en sus pretensiones frente a la Administración, en aquellos casos en que esta lesionaba sus derechos.

Y esta indefensión o denegación de justicia abarcaba, por parejo, a los dos tipos de contencioso administrativo: tanto la responsabilidad por daños (contencioso reparatorio) como la nulidad de los actos administrativos (contencioso anulatorio). Aunque, desde los años sesenta del siglo XX algunas esporádicas sentencias comenzaron a acoger acciones de responsabilidad administrativa⁵, tales acciones reparatorias se afincaron en los tribunales ordinarios, a través del procedimiento ordinario, y se mantienen hasta hoy en esa posición procesal⁶.

4 Si bien no existían tribunales contenciosos con competencia general, sí existían «tribunales administrativos especiales» con jurisdicción limitada a ciertas materias contencioso-administrativas, como, por ejemplo: a) Contraloría General de la República, en cuanto tribunal de cuentas fiscales, b) tribunales aduaneros, c) tribunales de avalúo de bienes raíces, d) tribunales de reclamos de patentes municipales, e) tribunales de reclamaciones, y otros similares.

5 Ver un franco y sintético relato histórico en Pierry, Pedro, “Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional* (Contraloría General de la República) 2002, pp. 258-265.

6 Véase un recuento de la jurisprudencia en Sanhueza, Ricardo, *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado administrador* (LexisNexis) 2005.

1.1.2. Segundo periodo (de 1980 a 1990): El recurso de protección como sustituto imperfecto del contencioso administrativo

a) *Ausencia de un sistema contencioso administrativo general.* En el texto original de la Constitución de 1980 se recogió el parecer de una buena parte de la doctrina nacional sobre esta materia, pero las normas constitucionales no fijaron explícitamente las bases de un sistema general del contencioso administrativo ni de la organización de una magistratura especial, llamada a pronunciarse sobre controversias de carácter administrativo, ni encargaron directamente a la ley que dictara normas sobre ambos aspectos.

En efecto, persistió el constituyente en la idea de la creación especializada de tribunales de lo contencioso administrativo. Así, en su artículo 38 inciso 2°, reiteró la necesidad de creación de los “tribunales contencioso administrativos que determine la ley”; y, en seguida, en el artículo 79 restringió la potestad del poder judicial solo a los “negocios de su competencia”, fórmula que excluía a la materia contenciosa administrativa. Todo parecía indicar que esta vez los tribunales especiales administrativos no quedarían solo en el texto desnudo de la Constitución, sino que serían creados. Pero ello no ocurrió así.

b) *Recurso de protección.* Para el caso de las garantías fundamentales de contenido patrimonial, se introdujo en la Constitución de 1980 esta acción especial y extraordinaria, en virtud de la cual “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” constitucionales (propiedad, libre empresa, igualdad y otras) puede concurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la que, según la Carta Fundamental, “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”⁷.

Sin embargo, no es posible considerar al recurso de protección *per se* en el orden jurisdiccional del contencioso administrativo especial, pues claramente tiene un origen y una función constitucional más amplia. No obstante, el recurso de protección ha devenido, en la práctica, en un sustituto del orden jurisdiccional administrativo, ante la ausencia de una adecuada regulación del orden administrativo especializado.

7 Constitución Política de la República, 1980, art. 20.

Así, si bien mantiene el objetivo primigenio que le fuera asignado en la Constitución (como amparo de garantías constitucionales de contenido patrimonial), la fuerte presión de los justiciables y la laxa interpretación que las Cortes han dado a algunas garantías constitucionales (por medio de la llamada *propietarización* de los derechos), han permitido que el recurso de protección sea también utilizado por los justiciables que se enfrentan a lesiones en sus derechos provenientes de actos de la Administración, quienes han convertido, con algún éxito, esta acción en un contencioso no solo cautelar sino también incluyendo sentencias claramente anulatorias.

1.1.3. Tercer periodo (1990-2000): Creación de múltiples recursos contencioso administrativos

a) *La reforma constitucional de 1989 y el cambio de la realidad del contencioso administrativo nacional.* Mediante plebiscito, la Constitución de 1980 fue modificada en variados aspectos; en la materia se incluyeron las dos siguientes modificaciones:

1°. Se suprimió la frase “contencioso administrativo” del artículo 38 inciso 2°, quedando la frase genérica, dirigida a los “tribunales que determine la ley”.

2°. Se eliminó del artículo 79 la referencia explícita a los tribunales contencioso administrativos.

De esta manera, y por defecto, al no crearse tales tribunales, toda acción administrativa debe ser conocida por los tribunales ordinarios⁸, a través de un conjunto de acciones especiales administrativas y recursos extraordinarios, como se verá a continuación.

b) *Multiplidad de recursos especiales contencioso administrativos.* En este periodo, el legislador fue prolífico en la creación de docenas de acciones especiales de reclamación, de ilegalidad, con diferentes denominaciones y procedimientos (todos de anulación)⁹. A consecuencia de ello, el control de los actos de la Administración se comenzó a realizar principalmente mediante un conjunto heterogéneo de acciones (“recursos”) especiales administrativos y recursos extraordinarios relativos a las garantías fundamentales, de conoci-

8 En particular, este último principio, también conocido como *principio de la unidad de la jurisdicción*, consagra el sometimiento a la revisión judicial, que lleva así a término el derecho a la acción. Luego, gracias a esta plenitud, es posible obtener la justiciabilidad de las acciones administrativas.

9 Ver Carmona, Carlos, “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003”, en Ferrada, Juan Carlos (coord.), *La justicia administrativa, Actas I Jornadas de Derecho Administrativo* (LexisNexis) 2005, pp. 183-240, quien ofrece una completa relación de esta prolífica creación de acciones especiales por el legislador chileno.

miento de los tribunales ordinarios que integran el poder judicial (en la gran mayoría de los casos, estos recursos se crean para ser conocidos por las Cortes de Apelaciones, siguiendo muy de cerca el modelo del recurso de protección: esto es, inexistencia de primera instancia a cargo de un juez del fondo y, derivativamente, un proceso muy breve, sin periodo probatorio y sin recurso de casación: solo apelación ante la Corte Suprema; en suma: *un estándar procesal muy bajo*).

1.1.4. Cuarto periodo (a partir del 2000): Creación de tribunales hiperespecializados

Es la época en que se consagra el modelo mixto, pluriforme o fraccionado de justicia administrativa y la marcada tendencia hacia una «justicia administrativa especializadísima».

En la primera década de este siglo, opera un cambio de paradigma y Chile, que se separa de los modelos de justicia en el derecho comparado y comienza a gestar un *modelo propio* de jurisdicción administrativa.

2. Situación actual del contencioso administrativo chileno: Un modelo pluriforme

Conforme a lo indicado, si bien la existencia de tribunales contencioso administrativos ha sido un anhelo, incluso plasmado positivamente desde la Constitución de 1925, hasta hoy no se han creado tales tribunales en Chile (al menos no bajo los sistemas tradicionales antes señalados). Esta situación, que tuvo perjudiciales consecuencias en materia de protección de derechos y garantías de los administrados frente a los actos de la Administración, ha derivado en la construcción de un modelo contencioso administrativo *sui generis* en Chile, que entrega todas estas materias, de un modo fraccionado:

i) a la «justicia ordinaria», que en definitiva conoce el contencioso indemnizatorio (o de responsabilidad del Estado Administrador) y una parte del contencioso anulatorio (a través de múltiples recursos);

ii) a tribunales o instancias hiperespecializadas, las que no forman parte de la justicia ordinaria.

En suma:

i) No existen en Chile tribunales administrativos especializados, con competencia general para conocer todos los conflictos de naturaleza administra-

tiva, similares a otros tribunales especiales que existen en el país: como los tribunales civiles, penales, laborales o de familia.

ii) Más aun, la creación de una justicia especializada para todo caso de naturaleza administrativa (esto es, para todas las acciones típicamente administrativas: nulidad y responsabilidad) parece ya no formar parte siquiera de los planes legislativos.

En la actualidad es posible observar un fenómeno pluriforme, que puede describirse, a grandes trazos, observando los sitios en que se manifiesta la justicia contencioso administrativa:

2.1. Contencioso de la responsabilidad del Estado Administrador

Se ejerce ante los mismos tribunales ordinarios y se persigue la responsabilidad de la Administración por actos de sus agentes. Es un proceso de estándar procesal normal, a través de dos instancias (juzgados y Cortes de Apelaciones) y eventual casación ante la Corte Suprema.

Se trata de contenciosos bastante generalizados, en que se ha impuesto una jurisprudencia muy sólida frente a la Administración, desde una época de acogimiento, al menos formal, de una teoría de la responsabilidad objetiva, con algún apoyo doctrinario, hasta la actual etapa de aceptación de una tesis de responsabilidad subjetiva, con un apoyo mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia¹⁰.

2.2. Multiplicidad de contenciosos anulatorios

Sin perjuicio de que cualquier tribunal ordinario puede conocer de la nulidad de un acto de la Administración (en base al artículo 7 de la Constitución)¹¹, las acciones que se enmarcan dentro de este tipo de contencioso son las siguientes:

i) La mantención del recurso de protección, como sustituto incompleto de la justicia administrativa, cuyo conocimiento está entregado a las Cortes de Apelaciones.

10 Ver Cordero, Luis, *La responsabilidad de la administración del Estado*, (LexisNexis), 2003; Ferrada, "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado de Chile: Una breve revisión al estado actual de la discusión", en Marín, Juan Carlos (compilador), *La responsabilidad patrimonial del Estado* (Editorial Porrúa) 2004, pp. 107-135; Sanhueza, Ricardo, *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado administrador* (LexisNexis) 2005; Vergara, Alejandro, "Prefacio", en Sanhueza, Ricardo, op. cit., pp. XVII-XXII.

11 Es el llamado juicio de "nulidad de derecho público", que se interpone para obtener una primera declaración anulatoria y luego indemnizatoria, mediante la cesación de los efectos del acto anulado. Se trata de una vía muy utilizada, y que ha sido objeto de algunos excesos, como lo es la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos de la Administración, que ha sido recientemente objeto de un cambio jurisprudencial. Ver un completo análisis en Jara, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Editorial Libromar) 2004.

ii) La creación de múltiples acciones (bajo la denominación de “recursos”) especiales, cuyo conocimiento, en casi todos los casos, corresponde igualmente a las Cortes de Apelaciones.

2.3. La justicia administrativa hiperespecializada. Constatación de una tendencia: Cinco casos destacados

Revisamos brevemente algunos de los ejemplos más importantes del contencioso administrativo «hiperespecial» o «especializadísimo»:

i) *En materia de contratación pública.* El Tribunal de la Contratación Pública, creado mediante la Ley 19.886 de 2003 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que cuenta con competencia para conocer de la acción de impugnación, ejercida mediante una demanda, contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos. La parte vencida puede apelar en segunda instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

ii) *En materia eléctrica.* En este ámbito opera el denominado “Panel de expertos”, creado mediante la Ley 19.940 de 2004, órgano que ejerce jurisdicción al resolver controversias que se suscitan entre las empresas eléctricas y la Administración. En este sentido, funcionalmente, ejerce una jurisdicción contenciosa administrativa, como un verdadero tribunal especial, ante el cual los interesados que entiendan lesionados sus derechos podrán hacer sus reclamos. Además, resuelve controversias entre empresas eléctricas, constituyéndose en un verdadero tribunal arbitral.

iii) *En materia de transparencia.* En este ámbito actúa el Consejo para la Transparencia, órgano encargado de velar por la observancia del principio de publicidad consagrado en el artículo 8 de la Carta Fundamental¹², así como de garantizar el derecho de acceso a la información pública recogido en la Ley 20.285 de 2008. Se trata de una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene la facultad de conocer las reclamaciones («amparos») que realicen los particulares ante denegaciones injustificadas de acceso a la información pública por parte de autoridades administrativas. Constituye una verdadera jurisdicción.

12 Dicha norma señala que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

iv) *En materia tributaria*. Los tribunales tributarios y aduaneros creados mediante la Ley 20.322 de 2009, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera competente; tribunales que tienen a su cargo tanto un procedimiento general de reclamaciones tributarias como numerosos procedimientos de reclamaciones especiales y cuyas resoluciones son recurribles también ante la Corte de Apelaciones respectiva.

v) *En materia ambiental*. Mediante la Ley 20.600 de 2012 se dispuso la creación de los tribunales ambientales, como órganos jurisdiccionales especializados –sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema–, cuya función es resolver las controversias medioambientales en los casos indicados en dicha ley.

La reforma ambiental significa, la consolidación del nuevo modelo regulatorio administrativo chileno: trae consigo no solo nuevas definiciones de fondo del sector regulado sino también un tribunal hiperespecializado, para asegurar así *una buena justicia*.

La Ley 20.417 de 2010 vino a modificar en gran parte la institucionalidad ambiental, dando origen al Ministerio del Medio Ambiente en reemplazo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA); al Servicio de Evaluación Ambiental, encargado de administrar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (reemplazando en este rol a las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, COREMAS); y a la Superintendencia de Medio Ambiente: un nuevo servicio independiente encargado de la fiscalización y sanción en el sector.

Con la entrada en vigencia de la nueva ley, las competencias en materia ambiental quedaron repartidas de la siguiente manera: i) *la ordenación*, a cargo del Ministerio del Medio Ambiente; ii) *la gestión*, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental; iii) *la fiscalización*, a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente.

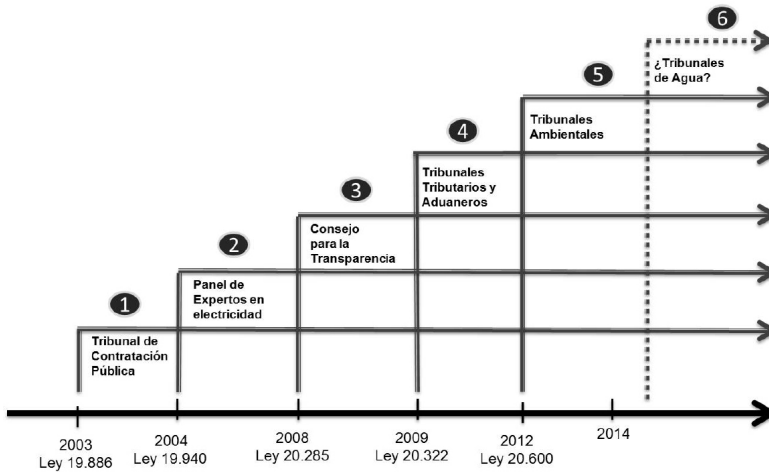
La regulación propuesta pudo haber llegado hasta aquí si es que no se hubiese abierto los ojos a una realidad que ya se estaba dando en otros sectores: la necesidad de contar con una justicia hiperespecializada. Por ello, mediante la Ley 20.600 de 2012, se dispuso la creación de los tribunales ambientales como órganos jurisdiccionales especializados.

2.4. Clara tendencia legislativa actual: Tribunales hiperespecializados

Todos estos tribunales especiales son el reflejo del cambio de paradigma en la justicia administrativa chilena desarrollado en los últimos años, el cual se puede apreciar claramente en la Figura N° 1.

Figura N° 1:

Evolución de la tendencia hacia una jurisdicción hiperespecializada



Esta evolución pone en clara evidencia la actual tendencia hacia una jurisdicción hiperespecializada; el legislador, en la conformación de los modelos de solución de controversias, especialmente respecto a actividades económicas relevantes, caracterizadas por su especificidad técnica y económica (como son los servicios públicos y los recursos naturales), ha optado por la creación de tribunales hiperespecializados en lugar de la tan ansiada justicia administrativa especializada dentro de la judicatura ordinaria.

No sabemos si el tribunal ambiental será el último tribunal especializado que se cree en Chile. Existen proyectos para crear órganos similares en materia en telecomunicaciones y de aguas (esta última planteada al gobierno por el Banco Mundial¹³ y que está siendo discutida a nivel aca-

¹³ Dirección General de Aguas: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, Informe del Banco Mundial (31 de marzo de 2011) Disponible en: <http://documentos.dga.cl/ADM5263.pdf>. Las conclusiones de este relevante informe han pasado desapercibidas, en especial aquellas relativas al catastro de derechos de aguas y a la búsqueda de una instancia especializada de resolución de conflictos.

démico¹⁴). Lo que sí parece evidente es que las grandes reformas regulatorias realizadas en Chile en materia de servicios públicos y recursos naturales han incorporado como elemento esencial la resolución especializada de conflictos, a fin de dotar de verdadera eficacia a los cambios regulatorios implementados y asegurar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por estos.

3. El rol de la nueva justicia administrativa «especializadísima» en el actual modelo regulatorio

3.1. El actual modelo regulatorio económico chileno

En el contexto actual somos testigos de un conjunto de regulaciones de sectores “especiales”, en que se ha ido produciendo una renovación del rol asignado tradicionalmente a la Administración del Estado y a los particulares, conformándose un nuevo escenario regulatorio: hoy son los particulares los que llevan adelante la prestación de los servicios públicos (como es el caso de los servicios sanitarios, de energía y telecomunicaciones). La Administración del Estado se enfrenta a un reposicionamiento de su rol, pues ya no recae sobre esta la responsabilidad de prestar directamente tales servicios, sino únicamente de ejercer un conjunto de nuevas potestades, esencialmente supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras, a fin de verificar que los particulares desarrollen las actividades de servicios públicos cumpliendo con el marco normativo vigente y con los estándares de universalidad, generalidad, seguridad y calidad dispuestos en la legislación.

Este nuevo escenario se ha ido configurando como consecuencia de una revolución regulatoria iniciada hace más de treinta años en Chile, caracterizada principalmente por un conjunto de liberalizaciones operadas con mucha intensidad, tanto sobre los servicios públicos como sobre dos recursos naturales muy relevantes para la economía del país: las aguas y las minas. Se han generado así nuevas reglas a través de las que se brindan importantes incentivos para que los particulares obtengan los títulos necesarios para

¹⁴ Por todos Vergara, “Aguas y energía: propuestas para su autogobierno y resolución especializada de conflictos”, en *Propuestas para Chile. Concurso Políticas Públicas 2013* (Centro de Políticas Públicas UC) 2013, pp. 241-270; y Vergara, *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Legal Publishing-Thomson Reuter), 2014. En estos trabajos, y con los fundamentos que ahí señalamos, proponemos la creación de tribunales de aguas.

la explotación de dichos recursos, con una muy baja discrecionalidad de la Administración del Estado para denegar su otorgamiento y casi ninguna posibilidad para caducarlos, así como una importante intangibilidad de los títulos obtenidos.

Sumado a ello, respecto a los bienes públicos, se ha producido la completa desaparición de la hipótesis jurídica del Estado como propietario de relevantes bienes y recursos, quedando este relegado a un rol de ordenador/administrador de tales bienes, que siempre o casi siempre son gestionados por los particulares o la sociedad organizada.

En este marco, se han ido consolidando ciertas exigencias que conforman lo que se puede denominar “buenas regulaciones”: estas deben diseñarse de tal modo que, por una parte, se descentralice la toma de decisiones y se otorgue certeza a los particulares, y, por otra, que la Administración del Estado lleve adecuadamente la labor de fiscalización, supervigilancia y sanción, pero sin superponerse o invadir la labor de los particulares, afectando las atribuciones y los derechos que la nueva configuración regulatoria les reconoce.

Hasta tiempos recientes la revolución regulatoria se habría basado casi en exclusividad en este reposicionamiento de los roles de la Administración del Estado y de los privados. Sin embargo, en algunos ámbitos, como la energía y las aguas, el reposicionamiento no solo ha puesto al individuo o a las empresas frente a la Administración del Estado, sino que también ha puesto a la comunidad organizada colectivamente, a través de sistemas de autogobierno, frente a la Administración (como ocurre con la administración de las aguas en Chile, cuya distribución, que implica una forma de administrar, es realizada por organismos “no estatales”: las juntas de vigilancia, conformadas por los particulares usuarios de las mismas). Ello no solo ha complejizado mucho más las interacciones en los sectores regulados sino también los conflictos que pueden surgir en estos.

Es por ello que la más reciente reforma regulatoria impulsada en Chile, la regulación del medio ambiente, ha venido a consolidar un nuevo modelo, arduamente criticado y que se pensaba olvidado: la resolución especializada de conflictos y su necesaria incorporación como elemento fundamental para el éxito de cualquier regulación.

3.2. El modelo de justicia administrativa «especializadísima» como elemento esencial del modelo regulatorio actual

La complejidad creciente de la regulación de los servicios públicos y recursos naturales en los últimos años ha dado lugar a un foco de conflicto entre la Administración y los particulares y empresas, sobre todo después de la privatización y la liberalización de esos servicios durante las décadas de los años setenta y ochenta del siglo anterior.

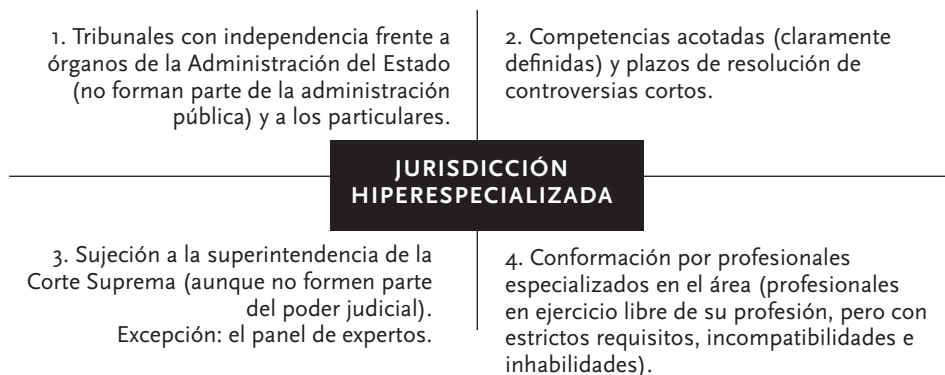
Por ello, la justicia administrativa «especializadísima», conformada por tribunales hiperespecializados, ha venido a completar el nuevo modelo regulatorio chileno, en el cual encuentra plenamente su justificación. Con su creación, ciertas lagunas e incoherencias de la competencia genérica de los tribunales ordinarios han sido superadas y se ha logrado enfrentar adecuadamente la especialidad, la rapidez, la tecnicidad y la complejidad que presenta y requiere la resolución de conflictos en esas áreas específicas.

Un mal sistema de resolución de conflictos puede echar a perder una muy buena regulación. Por ello, no solo es importante contar con tal sistema, sino definir cuáles deben ser sus características, en especial para los servicios públicos y los recursos naturales, áreas caracterizadas por la interdisciplinariedad, así como por un alto componente técnico y social, no exclusivamente jurídico.

Los diferentes ámbitos destacados de justicia administrativa hiperespecializada presentan algunos elementos comunes:

Figura N° 2:

Principales características comunes de la jurisdicción hiperespecializada chilena



De la experiencia ocurrida en Chile se deduce que un buen sistema de resolución de conflictos debe ser hiperespecializado, es decir, contar con tribunales altamente capacitados en la materia en conflicto; que sean heterogéneos en cuanto a su funcionamiento, a fin de abarcar todas las complejidades de dichas materias; cuyos integrantes sean profesionales con experiencia comprobada en las mismas; y que puedan garantizar su independencia y autonomía, tanto de la Administración del Estado como de los particulares, en la toma de decisiones.

La reciente experiencia en materia de medio ambiente en Chile es ilustrativa de esta realidad. El nuevo modelo regulatorio en dicho sector no consideraba en sus inicios la incorporación de justicia especializada –representada hoy en los tribunales ambientales– y únicamente se basaba en la redefinición del rol de la Administración de Estado.

Pero, atendiendo a la necesidad de dotar de eficiencia y eficacia a la regulación implementada, así como de garantizar los derechos de los regulados y de los ciudadanos en general, y tomando como referencia la tendencia a la hiperespecialización de los tribunales, se decidió incorporar, en el último momento, un nuevo tribunal hiperespecializado: los tribunales ambientales. Lo que podía parecer una tendencia terminada, debido a los grandes cuestionamientos en su contra, habría quedado reafirmada a consecuencia de la reforma medioambiental.

3.3. ¿Activismo judicial, deferencia o razonabilidad frente a la Administración?

La reforma implementada en el sector medioambiental plantea las siguientes preguntas: para una “buena regulación”, ¿es solo necesaria una redefinición de los roles asignados a la Administración y a los particulares? ¿O debe considerarse también –y de manera especial– un modelo de solución de conflictos adecuado para dicha regulación?

3.3.1. Tribunales hiperespecializados: ¿Mayor razonabilidad?

La justicia administrativa no es especializada, sino general. Lo más probable es que, bajo dichos parámetros, no se de una solución eficiente y adecuada de los conflictos que se originan en materia de servicios públicos y recursos naturales, atendiendo a sus especiales características; lo cual, considero, sí podría lograrse con un esquema de justicia hiperespecializada.

La consecuencia de no contar con más tribunales especializados que aquellos indicados más arriba es que los casos administrativos que no son

capturados dentro de las competencias que les han sido atribuidas a dichos tribunales quedan entregados a los tribunales ordinarios de justicia. Y los polos de opinión que en dicho ámbito se presentan son complejos e incluso contradictorios, generando una discusión sobre el rol de los tribunales que puede tener consecuencias muy peligrosas y dañinas para el actual modelo de justicia hiperespecializada.

En efecto, el debate actual se centra en torno a cuál debe ser la actuación de los tribunales frente a las reclamaciones o recursos judiciales presentados contra diversas resoluciones de la Administración del Estado, relacionadas con regulaciones especiales y a un vasto conjunto de decisiones “técnicas” o especializadas que adopta la Administración. La actuación de la jurisdicción ordinaria en estas materias está siendo arduamente criticada, dado que:

a) El marco normativo que regula la resolución de conflictos no ha evolucionado en paralelo con las actuales necesidades económicas, sociales y ambientales, quedando rezagado.

b) Los tribunales ordinarios de justicia no cuentan siempre con los conocimientos técnicos y especializados necesarios para resolver los más acuciantes conflictos en este nuevo escenario regulatorio, en especial aquellos de alta complejidad y especialización técnica (como el caso de los servicios públicos y recursos naturales).

3.3.2. ¿Remedio contra el activismo y deferencia?

Se aprecian dos graves acusaciones contra la actuación de los jueces ordinarios¹⁵:

i) *El activismo judicial*, es decir, cuando los jueces fallan basados en sus opiniones o sentimientos personales, colindando, en los casos más extremos, con la arbitrariedad.

ii) *La deferencia hacia la Administración*: los tribunales no ejercen en plenitud su potestad de revisar los actos de la Administración.

Sobre el particular, se dice que las decisiones “técnicas” de la Administración no pueden ni deben ser revisadas por los tribunales de justicia. Se califica esto de activismo y se propugna, por el contrario, que en estos asuntos debe ser la Administración (poder ejecutivo) quien ha de tener la última palabra.

¹⁵ La acusación sobre activismo en: García, José Francisco y Verdugo, Sergio, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, (Ediciones Libertad y Desarrollo), 2013; y la acusación sobre deferencia en: Vergara, Alejandro, “Potestades regulatorias de la Dirección General de Aguas: Deferencia judicial e indefensión de los administrados”, en *Actas de Derecho de Aguas*, N° I, 2011, pp. 253-264.

En efecto:

i) En algunos casos, los propios tribunales ordinarios opinan que esas son materias sobre las cuales debiera decidir la Administración del Estado, excusándose de emitir un pronunciamiento sobre el particular. En este sentido se ha manifestado en algunas oportunidades la Corte Suprema; no obstante, las cortes siguen pronunciándose sobre esas causas y dejando muchas veces sin efecto las resoluciones de la Administración.

ii) La propia Administración del Estado, desde el presidente de la República hasta ministros, han manifestado que las decisiones “técnicas” no pueden ni deben ser revisadas por los tribunales de justicia.

iii) Esta opinión ha sido reiterada también en el ámbito académico por algunos juristas, en el ámbito de la opinión pública y en la línea editorial de algunos de los periódicos más importantes del país.

Sin embargo, mal podría calificarse como activismo el solo hecho de considerar ilegal o arbitraria una resolución de la Administración, porque a ello precisamente están llamados los tribunales; tal es su competencia. No se puede desconocer que, de acuerdo con nuestra configuración jurídica, los jueces siguen teniendo la última palabra en los conflictos que se suscitan en la sociedad, no solo entre los particulares sino, muy especialmente, respecto de aquellos que surgen entre estos y la Administración del Estado. Los jueces tienen por canon constitucional el control total de la actividad administrativa, incluidos los *tecnicismos*, y no es posible postular la claudicación de ese control mediante la exportación del estándar de la “deferencia” (reverencia, más bien) o de un minimalismo del rol judicial.

3.3.3. Rol democrático de la jurisprudencia

Lo peligroso de estas opiniones es que sugieren que los tribunales no pueden revisar las decisiones técnicas de la Administración, lo que podría dejar en evidente desprotección a quienes se enfrentan a dichas decisiones, tanto a los individuos como los grupos intermedios organizados colectivamente, pues tal “activismo” resulta ser una necesidad social y democrática, en especial frente a situaciones no reguladas, de tal manera de equilibrar las garantías ciudadanas frente a los otros poderes¹⁶.

¹⁶ La democracia no solo está presente en la gestión legislativa y ejecutiva, por haber sido elegidos sus representantes. No se debe olvidar que la ciudadanía está cautiva de los partidos políticos en dichas elecciones y que los jueces cumplen el rol ineludible de mantener tal equilibrio. Los jueces no solo

Por tanto, ¿cómo debemos entender tal activismo? Se trata de una actuación jurisdiccional consciente de las reglas y los principios jurídicos –ese pulso de la conciencia jurídica popular o social, que late en medio de las lagunas del derecho– que rigen una actividad determinada, los que deben recoger los jueces en sus sentencias, con racionalidad. Y este es el *quid* del asunto y el desafío de la judicatura actual: no son los valores personales de cada juez los que se deben depositar en cada sentencia, de manera arbitraria, sino dichas reglas y principios jurídicos¹⁷.

3.3.4. Jurisprudencia hiperespecializada

Esta racionalidad parece ser más fácilmente alcanzable cuando los jueces cuentan con un conocimiento específico y detallado de los principios y reglas que regulan cada una de las actividades económicas relevantes.

En efecto, todos los tribunales especiales implementados recientemente – los ejemplos más emblemáticos son los tribunales especiales en electricidad y medio ambiente– se han creado con la finalidad de revisar decisiones técnicas o especializadas de la Administración del Estado que generan conflictos con los particulares.

Y, por lo tanto, si se siguiera la línea argumentativa mayoritaria en contra de la labor judicial de revisión de las actuaciones de la Administración del Estado, se podría concluir que solo sería aceptable la revisión de aquellas actuaciones cuando tal revisión sea realizada por un tribunal “especializado”, creado con la finalidad exclusiva de pronunciarse sobre materias técnicas y dotado de características, conocimientos y herramientas específicas para ello, mientras que tal revisión no sería aceptable de parte de un tribunal ordinario, no especializado.

Entonces, la acusación de *activismo* jurisdiccional tendría mayor resonancia respecto de los tribunales ordinarios de justicia que de los tribunales hiperespecializados, pues ello sería contrario a la labor expresamente encargada a este tipo de tribunales.

La discusión sobre el *activismo* de los órganos jurisdiccionales está estrechamente relacionada con el éxito de las regulaciones. Da la impresión que para que una actividad pueda funcionar resguardando el interés individual

contribuyen a la pacificación, sino también a mantener la democracia.

17 Una reflexión más detallada sobre el particular ofrezco en *El Mercurio*, Activismo judicial, pero con razonabilidad y principios, 23 de febrero de 2013, p. A2.

(mercado), el interés general (Estado) y al interés comunitario (autogobierno), no solo se deben tener en cuenta esos tres aspectos, sino que también se debe contar con un buen sistema de resolución de conflictos.

Y, para ser catalogado como tal, hoy en día, al menos en Chile, este sistema de resolución de conflictos debiera ser *hiperespecializado*, pues solo así puede estar exento de la acusación de activismo. Precisamente por su especialización, contará con las características estructurales, criterios técnicos mínimos y herramientas necesarios para enfrentar de manera adecuada las decisiones de la Administración y resolver de manera objetiva, independiente e informada, con razonabilidad.

Así, frente a las acusaciones de activismo o deferencia, la respuesta se encuentra en la razonabilidad: dotar a la jurisdicción de herramientas necesarias para enfrentarse a conflictos altamente técnicos y especializados con criterios objetivos y un adecuado conocimiento de las reglas y lógica imperante en las actividades reguladas. Ante la ausencia de un contencioso administrativo especializado de general aplicación, la hiperespecialización permitirá salvar la discusión entre *activismo* y *deferencia*, y alcanzar esta razonabilidad.

Conclusiones

1°. En el sistema chileno parecen aplicarse plenamente dos ideas: por una parte, el valor de la especialización, y aun de la hiperespecialización, según el cual el derecho administrativo hay que *construirlo* y *reconstruirlo* desde el derecho especial; y, por otra, un canon metodológico según el cual *la naturaleza de la materia hace al método* (no al revés) –salvo un estructuralismo ciego–, que determina la naturaleza especial y aun especialísima de las materias administrativas de la vida moderna ha derivado en un procedimiento hiperespecializado.

Así, hoy no existen uno o varios tribunales especiales con competencia general para conocer todos los conflictos de naturaleza administrativa, paralelos a los demás tribunales especiales (civiles, penales y otros). La creación de una justicia administrativa especializada parece ya no estar siquiera en los planes del legislador chileno, siendo posible observar un interesante fenómeno pluriforme.

2°. El modelo de tribunales hiperespecializados es una tendencia ya consolidada y que parece haber terminado por sepultar el antiguo deseo de tener

una sola jurisdicción administrativa especializada. Este fenómeno pluriforme indica una búsqueda de la súper especialización, con modelos muy distintos entre sí. A pesar que la Corte Suprema chilena, en varias ocasiones, ha manifestado una opinión contraria respecto a la creación de tribunales súper especializados y heterogéneos en cuanto a su funcionamiento, el establecimiento de estos, dentro o fuera del poder judicial, es una necesidad que ha comenzado a concretarse y tomar cada vez mayor fuerza en materias complejas y estratégicas para el desarrollo del país: medio ambiente, contratación pública, derecho tributario y aduanero, recursos naturales y energía, entre otras temáticas.

3°. Que los tribunales ordinarios de justicia han visto sobrepasada su capacidad material, personal y técnica ante estas situaciones es una realidad que ha comenzado a delatarse de variadas formas y desde hace bastante tiempo. Dicha situación se agrava con las recientes críticas en torno a la posición que están adoptando los jueces al enfrentarse a las controversias entre la Administración y los particulares, especialmente respecto de las actividades económicas de más importancia en la actualidad: la prestación de servicios públicos y la gestión de los recursos naturales. En algunos casos se les acusa de una no siempre bien justificada deferencia hacia la Administración (reverencia, más bien) o de un minimalismo del rol judicial, mientras que, en otros, de un excesivo activismo judicial.

4°. Se hace evidente la necesidad, en estas materias especialadísimas, de contar con una *nueva forma de hacer justicia* que sea efectiva frente a la especialidad, la velocidad, la tecnicidad y la complejidad que presenta y requiere la resolución de conflictos en estas áreas, y para lo cual –por ahora– no está preparado nuestro sistema procesal.

5°. La justicia administrativa *hiperespecializada* debe ser valorada como una respuesta legislativa adecuada a la tradicional ausencia de una jurisdicción administrativa especializada en Chile y a las críticas de deferencia o activismo judicial. La creación de tribunales hiperespecializados –como en el caso de energía, medio ambiente y compras públicas, entre otros– ha permitido que ciertas lagunas e incoherencias de la competencia genérica de los tribunales ordinarios sean superadas, y ha hecho progresar la especialidad, la rapidez, la tecnicidad y la complejidad que requiere la resolución de conflictos en estas áreas específicas, dotando de racionalidad a las soluciones de dichos conflictos.

6°. Los lamentos de la doctrina *ius* administrativista (esto es, de los profesores del ramo) han sido recurrentes: cada vez que la oportunidad lo permite,

una porción de tales profesores (ya no todos) claman públicamente por la instauración de tal judicatura especializada. Pero hoy, según he argumentado, es como si hubiésemos estado todos estos años *esperando a Godot* (como en la conocida obra de Samuel Beckett): pareciera que nunca llegarán esos tribunales de la manera en que se los ha esperado, como un solo orden jurisdiccional con competencia amplia para conocer todo conflicto administrativo. Y quizás ya no hay que lamentarse más por esta espera, puesto que el legislador chileno eligió otro modelo: un modelo mixto, pluriforme, hisperespecializado, siguiendo el estilo y modo de la actividad administrativa.

7°. La tendencia del contencioso administrativo chileno es coherente con la regla metódica más básica: *es el método el que debe ajustarse a la materia y no la materia (en una especie de apriorismo) al método*. En nuestro país el modelo de proceso administrativo se ha venido silenciosamente acomodando a la realidad de la materia administrativa; al estilo y modo de la actividad administrativa: a la mixtura de la escena administrativa, al fraccionamiento de la Administración; en fin, a la pluriformidad y complejidad de los temas administrativos.

Es el objeto (la materia administrativa) la que ha creado el modelo de proceso administrativo; en ningún caso debe ocurrir a la inversa, que el método (el proceso) cree el objeto.

LAS CORTES Y LOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES: ¿QUO VADIS PODER JUDICIAL?¹

Francisca Reyes Mendy²

Resumen

Este artículo busca poner en perspectiva el rol que las cortes han históricamente jugado en el manejo y solución de conflictos socioambientales en Chile, analizando la totalidad de los recursos de protección ingresados desde 1985 a la fecha en temas de relevancia ambiental.

Con ese objetivo en mente, este trabajo discute las características principales de estos recursos, deteniéndose en los roles que, a lo largo del tiempo, los litigantes le han pedido a las cortes jugar, para luego reflexionar sobre el papel que estas han efectivamente desempeñado en el manejo y eventual solución de los conflictos socioambientales en Chile.

El artículo finaliza constatando la paradoja existente entre el aumento de demandas y la progresiva disminución del éxito en corte de las mismas, y propone como explicación el éxito social que ellas obtienen (visibilidad, el aumento de la jerarquía del tema, legitimación y articulación de participación de grupos sociales marginados), abriendo la reflexión a las consecuencias políticas y sociales de esta nueva situación.

1 Quiero agradecer a Alejandra Donoso, abogada de la Universidad de Chile, y a Natalia Jara, científica política de la Pontificia Universidad Católica (PUC), por el gran trabajo realizado en la construcción de la base de datos original que sustenta este trabajo. Mis agradecimientos también por la generosa colaboración de Ximena Insunza (Centro de Derecho Ambiental) y por los comentarios de Valentina Durán a este manuscrito. Asimismo, quiero agradecer a Daniel Brinks por haberme iniciado en este tema de investigación a través de su invitación a presentar una versión previa de este trabajo en la reunión anual (2012) de la Law and Society Association, y al Instituto de Ciencia Política de la PUC por su apoyo en el desarrollo de esta investigación.

2 Ph.D. Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, Master of Arts in Law and Diplomacy de la misma universidad. Cientista Política de la PUC; también tiene estudios de pregrado en el Instituto de Estudios Políticos de París, Sc. Po (Certificado Estudios Políticos). Desde 2004, es profesora asistente en el Instituto de Ciencia Política de la PUC y coordinadora del proyecto votaciones ambientales (www.votacionesambientales.uc.cl).

Introducción

2013 fue un año de mucha expectativa respecto al rol que el poder judicial puede jugar en el manejo y eventual solución de conflictos socioambientales. La puesta en marcha del Segundo Tribunal Ambiental (Santiago) y la persistencia de complejos conflictos socioambientales (como Bocamina y Punta Alcalde, entre otros), sumaron tensión a un escenario que ha sido cada vez más cuestionado y solo incipientemente comprendido.

Este artículo busca poner en perspectiva el rol que las cortes han históricamente jugado en el manejo y solución de conflictos socioambientales en Chile, analizando la totalidad de los recursos de protección ingresados al sistema judicial desde 1985 a la fecha, en temas de relevancia ambiental, los que invocan, en general, el amparo de las garantías contenidas en artículo 19 numerales 1, 2, 8, 21 y 24 de la Constitución Política³.

Con este objetivo en mente, la primera parte de este artículo discutirá las características principales de estos recursos, deteniéndose en los roles que, a lo largo del tiempo, los litigantes le han pedido a las cortes jugar. En una segunda parte, reflexionaremos sobre el papel que las cortes han efectivamente desempeñado en el manejo y eventual solución de los conflictos socioambientales en Chile durante las décadas pasadas. El artículo finaliza con conclusiones personales sobre el futuro rol del poder judicial en los conflictos socioambientales.

1. Los conflictos socioambientales: Chile... tenemos un problema

En la última década se ha producido un aumento en el número y visibilidad de conflictos socioambientales, los que han destacado por la gran diversidad de actores y elementos –ambientales, sociales, económicos, culturales, políticos e institucionales– involucrados. Entendemos por conflictos socioambientales aquellos procesos de interacción entre actores públicos (órganos de la

³ La base de datos original que sustenta este trabajo incluye la totalidad de los recursos de protección ingresados al sistema judicial desde 1985 hasta 2013 en temas de relevancia ambiental, así como las acciones de Daño ambiental, Reclamación, Amparo económico, Ilegalidad, Interdicto posesorio, Declaración de inconstitucionalidad, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Nulidad y Tala ilegal, en temas de relevancia ambiental, los que han sido catalogados en 12 categorías. La búsqueda se realizó a través de los buscadores de jurisprudencia Legal Publishing y MicroJuris, mediante las palabras claves: Medio Ambiente Libre de Contaminación, Recurso de Protección Ambiental, Responsabilidad por daño ambiental, Indemnización Ambiental y Contaminación ambiental. Se excluyeron de esta base de datos los casos que involucran temas de derechos de agua por considerarse que el espíritu de dichos casos excedía la definición de conflictividad socioambiental aquí propuesta.

Administración del Estado, sean estos de administración general, regional o local, y órgano legislador) y/o privados (personas naturales, asociaciones civiles –locales y no gubernamentales– y empresas) que se caracterizan por una dinámica de oposición y controversia fundada en la incompatibilidad o en la percepción de incompatibilidad en torno al uso, acceso y/o preservación del medio ambiente y sus recursos⁴.

La complejidad y características de estos conflictos –generalmente asociados a proyectos de inversión que involucran la explotación o utilización de recursos naturales, surgidos en las etapas de planificación, aprobación, implementación o cierre de proyectos y que pueden involucrar tanto a personas naturales como a empresas, instituciones públicas y/o agrupaciones locales o de la sociedad civil– han provocado que en muchos países se abogue por la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos para su manejo y eventual solución. Sin desestimar las enormes ventajas de este tipo de mecanismos, discutidos en detalle en un trabajo anterior⁵, lo cierto es que en Chile ellos no están previstos en la institucionalidad para conflictos socioambientales, salvo en forma indirecta, general e insuficiente, en el artículo 13 bis de la Ley 19.300⁶, no siendo, además, vinculantes⁷, lo que ha generado una intensa demanda al sistema judicial.

1.1. Sus causas

En cuanto a las causas, y reconociendo que los conflictos socioambientales responden a diferencias de intereses en conflicto, valores, visiones de mundo y a la incertidumbre que rodea diversos cursos de acción⁸, hemos identificado

4 Reyes, Francisca; Frontaura, Carlos y Leturia, F. Javier, “Propuesta de mecanismo de resolución colaborativa de conflictos ambientales”, Cap. II, en *Camino al Bicentenario, propuestas para Chile: Concurso políticas públicas 2011* (Ediciones UC).

5 En él, los autores sostienen que “estos mecanismos tienen la ventaja de que, de ser exitosos, logran acuerdos aceptables y perdurables para todas las partes evitando una adjudicación o decisión externa, que generalmente será rígida (ajustada a los criterios de la ley) y con una lógica de suma cero, por lo que generan soluciones más creativas y eficientes, mejoran la convivencia y, además, pueden ahorrar costos y tiempo en relación a un proceso judicial”. *Id.*

6 El citado artículo ordena que, en la presentación de un proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, “Los proponentes deberán informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, estos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad”.

7 A diferencia de la normativa ambiental, mecanismos alternativos vinculantes sí se han incorporado en otras materias, como es en la justicia familiar y en conflictos laborales. Además, se está iniciando su utilización a nivel local para disputas vecinales.

8 Por todos, Emerson, 2003, p. 5, en Reyes, Frontaura y Leturia, *op. cit.*

en trabajos previos ciertos argumentos y motivaciones que se repiten y que finalmente se constituyen en causas comunes a este tipo de conflictos, entre las que destacan⁹:

a) *La superposición de derechos*. Esta causa está presente en casos donde normativas nacionales o internacionales abordan un mismo problema, sin existir claridad sobre la jerarquía entre ellas. Este es el caso, por ejemplo, de proyectos productivos que se desarrollan en terrenos con un alto valor patrimonial y arqueológico (como el tranque de relave de Minera Los Pelambres –autorizado por el Sistema de Evaluación Ambiental–, construido en terrenos protegidos por la Ley de Monumentos Nacionales)¹⁰ o en Áreas Silvestres Protegidas (aprobación de las mini centrales hidroeléctricas de Pasada Palmar-Correntoso de la empresa Hidroaustral en el Parque Nacional Puyehue)¹¹.

b) *Problemas de procedimiento en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)*. Reconociendo que la Ley 20.417 (26 de enero de 2010) introduce modificaciones a la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente que se hacen cargo de gran parte de estos problemas, mencionaremos aquí las principales dificultades que estuvieron presentes en los recursos de protección presentados desde 1994 en adelante. Entre las dificultades más relevantes es posible mencionar: a) la insuficiente participación ciudadana (instancias limitadas de participación, no vinculante y sin “respuesta” de la autoridad)¹² en un sistema deslegitimado a los ojos de la ciudadanía y los gru-

9 Reyes, Francisca, y Larraín, Sara, “20 Years of Water Conflicts in Chile: Where Do We Go from Here?”, trabajo presentado en la reunión anual de la Law and Society Association, San Francisco, California, 30 de mayo de 2011; Reyes, “Institutional and Policies Effects of Twenty Years of Environmental Litigation: Chile 1990-2010”, trabajo presentado en la reunión anual de la Law and Society Association, Honolulu, Hawaii, 3 de junio de 2012; y Reyes, Frontaura y Leturia, op. cit.

10 Ver ficha del “Proyecto Integral de Desarrollo Minera Los Pelambres” en el Registro del Servicio de Evaluación Ambiental, disponible en <http://seia.sea.gob.cl/busqueda/buscarProyecto.php>.

11 El conflicto se desató en cuanto la Corporación Nacional Forestal, y luego algunos parlamentarios que recogieron su informe, consideró que la realización del proyecto contravenía el objeto de conservación del parque nacional y el Convenio de Washington del que Chile es parte, en tanto que la ley de Bases del Medio Ambiente permite la realización de proyectos en Áreas Protegidas, con ciertos resguardos: en las normas que regulan el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en relación con las tipologías de ingreso o con los efectos, características o circunstancias del artículo 11 (razones para ingresar por estudio). Por esto último, la Corte Suprema rechazó el recurso de protección presentado contra el proyecto, aunque se evidencia en el voto en minoría que no existe una única interpretación respecto a la intervención de las Áreas Protegidas, debido a la existencia de normas contrapuestas. Ver Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 170-2008, sentencia de fecha 3 de octubre de 2008, y Corte Suprema, Rol 6.397-2008, sentencia de fecha 8 de enero de 2009.

12 Con la modificación incluida en la Ley 20.417 que crea el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, se estableció la obligación de responder a todas las observaciones presentadas y se incluyó además la posibilidad de participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental.

pos ambientalistas (como en el caso *Cerro Casale*¹³, presentado ante la Corte de Apelaciones de Copiapó por no considerarse las observaciones de la ciudadanía en la aprobación de la minera); b) el deficiente funcionamiento del rol coordinador de la autoridad ambiental, específicamente de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMAS) y la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), que no fueron capaces de articular las observaciones realizadas por los organismos públicos a los proyectos evaluados (es el caso de la mina a cielo abierto de la minera Otway en la Región de Magallanes, donde se desestimaron las observaciones de otros servicios respecto de los efectos adversos que tendría el proyecto Mina Invierno); c) la discrecionalidad por parte del titular del proyecto para decidir el ingreso al SEIA a través de una Declaración (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), como ocurrió en el caso *Plan de Cierre Cerro Minero*, en un recurso presentado por diputados¹⁴; y d) el dividir proyectos para presentarlos en estudios independientes, como el caso del *Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo*¹⁵, en el que la línea de transmisión no formaba parte del Estudio de Impacto Ambiental.

c) *El efecto Not in My Back Yard (NIMBY)*¹⁶. Este efecto da cuenta de conflictos que se generan cuando los afectados no se oponen al desarrollo de un tipo de proyecto en particular, sino que rechazan, por diversos motivos, su ubicación. En la mayoría de los casos, la oposición a estos proyectos se genera por preocupaciones relacionadas con la salud, cambios en los estilos de vida e incluso con la eventual devaluación de la propiedad (por la construcción de vertederos, cementerios o antenas, entre otros proyectos). En general, esta preocupación por el problema ambiental cesa cuando desaparece el proyecto, lo que refuerza la idea de que el conflicto no radica siempre en los aspectos ambientales del mismo¹⁷.

d) *Ausencia de normas específicas*. Un cuarto foco de conflicto tiene su origen en los vacíos de legislación que aún subsisten en el país. Este es el caso

13 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 26-2013, sentencia de fecha 30 de abril de 2013.

14 Corte de Apelaciones de Rancagua Rol 378-2009, sentencia de fecha 22 de octubre de 2007.

15 Corte de Apelaciones de Santiago Rol 851-2010, sentencia de fecha 12 de julio de 2010.

16 Término anglosajón para “no en mi patio trasero”.

17 Por ejemplo, el caso sobre ruidos molestos que provocaba una discoteque hasta la madrugada y que molestaba a los vecinos del establecimiento (Corte de Apelaciones de Arica, Rol 3.306-1993, sentencia de fecha 5 de marzo de 1993) o aquel sobre la construcción de un vertedero en un predio vecino (Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 117-1996, sentencia de fecha 2 de agosto de 1996).

de los relaves mineros tras el cierre de las faenas productivas¹⁸, materia que solo en 2011 se logró regular mediante la publicación de la Ley 20.511 que rige el cierre de faenas e instalaciones mineras; o el caso de las antenas¹⁹, que se reguló recién en julio de 2012 con la dictación de la Ley 20.599 sobre la instalación de antenas emisoras y transmisoras de servicios de telecomunicaciones. A esto se suman las normas de calidad y emisión que no se han dictado en algunas materias²⁰ y los instrumentos de planificación territorial que se encuentran aún en discusión²¹.

Esta breve reseña de las principales causas de los conflictos socioambientales judicializados en Chile da cuenta de una compleja mezcla de limitaciones institucionales, políticas y sociales para su manejo y prevención, lo que explica, al menos en parte, la creciente presión que este tipo de conflictos han ejercido sobre el sistema judicial.

Así las cosas, en Chile, las cortes se han transformado en un actor relevante en un escenario de creciente conflictividad socioambiental, lo que ha generado un interesante debate sobre el rol de los tribunales de justicia en asuntos relacionados con la protección de los derechos ambientales, así como sobre la efectividad de su papel como moderadores de los conflictos socioambientales.

1.2. La judicialización de la política y el rol de las cortes

Parte de este debate se ha enmarcado en la discusión sobre el activismo judicial y la llamada judicialización de la política²², la que, según Sieder, Schjolden

18 Ver Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 587-1992.

19 Ver Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3.841-2006, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006.

20 Ver Lavín, Julio, "El SEIA: Visión crítica a 10 años de su vigencia", en Serie en Foco, N° 95, (Expansiva), 2006.

21 Hemos destacado la necesidad de contar con un ordenamiento territorial estratégico y zonificación que genere mayor certeza respecto a los usos permitidos para los suelos, acotando focos de conflicto. Así, urge la implementación de políticas públicas que definan los criterios a través de los cuales se identificará, planificará y gestionará los elementos del territorio y las actividades que pueden desarrollarse en determinadas fracciones de este, a partir de criterios jurídicos y legales de aplicación general. Entre ellas el proyecto de administración del borde costero y concesiones marítimas (Boletín 8467-12). Ver Reyes, Frontaura y Leturia, op. cit.

22 Esto también se ha visto expresado en una variedad de estudios sobre el poder judicial, los que constatan que las instituciones judiciales son fundamentales para proteger los derechos individuales, promover la *accountability* horizontal, velar por el cumplimiento de políticas y reglamentos, y resolver las disputas entre actores políticos claves. Ver Gargarella, Roberto, Gløppen, Siri y Skaar, Elin, *Democratization and the Judiciary*, (Taylor & Francis), 2004; Sieder, Rachel, Schjolden, Line y Angell, Alan, *The Judicialization of Politics in Latin America*, (Palgrave MacMillan), 2005; Castagnola, Andrea y Pérez-Liñán, Aníbal, "Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-Term View (1904-2006)", en *Journal of Politics in Latin America*, N° 2, 2009, pp. 87-114; y Helmke, Gretche y Ríos-Figueroa, Julio (eds.), *Courts in Latin America*, (Cambridge University Press), 2011.

y Angell, puede ser definida de manera amplia, incluyendo “la presencia cada vez mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social, y la creciente resolución en los tribunales de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad. Esto, a su vez, está ligado a un proceso mediante el cual una gama diversa de actores políticos y sociales percibe cada vez más la ventaja de invocar estrategias legales y recurrir a los tribunales para hacer valer sus intereses”²³⁻²⁴.

En este contexto, autores como Epp²⁵; Tate y Vallinder²⁶; Cepeda²⁷; Taylor²⁸, Stein y otros²⁹; Kapiszewski³⁰; Scribner³¹; Gauri y Brinks³²; Smulovitz³³; Glop-

23 Sieder, Schojolden y Angell, op. cit., p. 15.

24 La literatura identifica una larga lista de factores que contribuyen a la judicialización de la política, muchos de los cuales están presentes en el caso de Chile. Entre ellos podemos mencionar la existencia de un sistema democrático, con plena separación de poderes, condición que en el caso de Chile se cumple a cabalidad; que exista lo que autores como Tate y Vallinder llaman “una cultura de derecho”, refiriéndose a la aceptación social del principio de que los individuos tienen derechos, estén estos anclados o no en una declaración formal, y que son obligatorios, incluso contra la voluntad de la mayoría. Lo interesante es que esta cultura influye en la labor de las cortes, que se transforman así en actores clave del proceso (Tate, Neal y Vallinder, Torbjörn, “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”, en Tate y Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, (New York University Press), 1995, pp. 29-30; Couso, Javier, “Consolidación democrática y poder judicial: Los riesgos de la judicialización de la política”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol 24. 2004, p. 40); partidos políticos débiles o coaliciones de gobierno frágiles que produzcan atochamiento en las elaboración de las políticas; delegación a las cortes de autoridad para tomar decisiones en ciertas áreas de políticas públicas; la existencia de un sistema judicial razonablemente accesible y funcional (Gauri, Varun y Brinks, Daniel, *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, (Cambridge University Press), 2008, p. 17; Kapiszewski, Diana y Taylor, Matthew, “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”, en *Perspectives on Politics*, 6, 2008, p. 744).

25 Epp, Charles, *The Rights Revolution*, (The University of Chicago Press), 1998.

26 Tate y Vallinder, op. cit.

27 Cepeda Espinosa, Manuel José, “The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New”, en Gargarella, Gloppe y Skaar, op. cit..

28 Taylor, “Beyond Judicial Reform: Courts as Political Actors in Latin America”, en *Latin American Research Review*, 41.2, 2006, pp. 269-280.

29 Por todos Stein, Ernesto, (coord.), *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*. (Inter-American Development Bank), 2006.

30 Kapiszewski, “Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector?”, en *Courts in Latin America*, 2011, p. 154.

31 Scribner, Druscilla, “The Judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile”, en *Journal of Politics in Latin America*, 2, 3, 2010, pp. 71-97.

32 Gauri y Brinks, op. cit.

33 Smulovitz, Catalina, “Judicialización y accountability social en Argentina”, Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association, 2001. Disponible en <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/SmulovitzCatalina.pdf>; y Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, en *Desarrollo Económico*, Vol. 48, N° 190, 2008, pp. 287-305.

pen³⁴, Helmke y Ríos-Figueroa³⁵; y Sieder, Schojolden y Angell³⁶; han identificado distintas manifestaciones de la judicialización. De ellas se desprenden cinco roles principales que las cortes pueden jugar, los que detallamos a continuación³⁷.

a) *Actor de política pública*. El tribunal oficia como actor de política pública cuando se involucra en la generación, modificación o implementación de políticas públicas a través de sus sentencias. Esto sucede cuando, por medio de la acción legal interpuesta, se busca reducir las brechas y armonizar las leyes y políticas en consonancia con los derechos garantizados en la Constitución³⁸ o alguna normativa legal (*policy gaps*)³⁹, y/o cuando se identifican discrepancias entre la política o el derecho declarado y su implementación debido a la ausencia de normativa o la deficiente implementación de la misma (*implementation gaps*⁴⁰). Este rol también está presente en los casos en que se solicita al tribunal modificar o crear institucionalidad que permita el ejercicio de dichos derechos⁴¹. Un ejemplo claro de este rol se puede apreciar en los casos rela-

34 Gloppen, "Litigation as a Strategy to Hold Governments Accountable for Implementing the Right to Health", en *Health and Human Rights*, Vol. 10, N° 2, 2008, pp. 21-36.

35 Helmke y Ríos-Figueroa, op. cit.

36 Sieder, Schojolden y Angell, op. cit.

37 Esta literatura es rica en matices ya que está fuertemente influenciada por los casos de estudio que la inspiran, sean estos temáticos (las cortes como mecanismos de *accountability* del derecho a la salud, en el caso de Siri Gloppen) o regionales, como es el caso emblemático de Catalina Smulovitz y el rol de las cortes en la Argentina.

38 Siri Gloppen distingue entre *policy gaps* e *implementation gaps*. *Policy gaps*: son discrepancias entre las obligaciones de los estados jurídicos en virtud del derecho internacional y las constituciones nacionales, y las leyes que sirven para respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud de sus poblaciones (en medio ambiente, sería algo como la brecha entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre y las leyes que existen para resguardarlo). La litigación puede desempeñar un papel en la reducción de estas brechas y armonizar las leyes y políticas en consonancia con las obligaciones de los derechos de salud creados por las normas de derechos humanos nacionales de salud. *Implementation gaps*: son discrepancias entre la política declarada y la política implementada. La litigación de los derechos de salud puede servir para que los gobiernos rindan cuentas de sus leyes y políticas y ayudar en la ejecución mediante el empoderamiento de los individuos y grupos para hacer cumplir las leyes de manera más directa. Gloppen, op. cit., p. 24.

39 Íd.

40 Íd.

41 En un tono ligeramente distinto, Stein y otros discuten el rol de *policy player*, señalando que, cuando los tribunales revisan las leyes para determinar su intención legislativa, o cuando dan nuevas interpretaciones a la legislación sobre la base de sus opiniones, están imponiendo sus propias preferencias sobre los resultados de las políticas que se adoptan. Entre los aspectos institucionales que favorecen este tipo de función cabe mencionar los que permiten a los tribunales emitir un fallo en ausencia de un caso concreto, incluso antes de que se adopte una determinada ley, y cuando los fallos de los tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes son aplicables de manera general y no solo a un caso específico. Por todos Stein, op. cit.

cionados con contaminación electromagnética y radiación (antenas), donde la ausencia de normativa explica en gran parte la judicialización de dicho conflicto socioambiental. Por ejemplo, en un caso ante la Corte de Apelaciones de Chillán⁴², los recurrentes enfatizaron la falta de normativa como uno de los problemas en la instalación de antenas y buscaron que se regularizara la situación mediante evaluación de impacto ambiental⁴³.

b) *Actor de veto*. Los tribunales cumplen este rol cuando vetan leyes, decisiones y/o resoluciones de otro órgano del Estado como medida de control constitucional o de legalidad. Este tipo de casos siempre involucra a un órgano de Administración del Estado y, en general –en el caso de Chile–, refleja la motivación de los recurrentes de revocar o modificar los permisos ambientales sectoriales o la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), apelando, por ejemplo, a su arbitrariedad, ya sea porque la autoridad administrativa la dio o la negó. Un ejemplo de lo anterior es la causa seguida en la Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁴ por una concesión de acuicultura donde los recurrentes alegaron un problema de procedimiento al interior del SEIA⁴⁵.

c) *Protectores de derechos*. Este rol corresponde al ejercicio de la facultad conservadora⁴⁶ que el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales otorga a los tribunales. El recurso de protección es el ejemplo paradigmático de esta facultad, ya que el tribunal funciona como protector de derechos constitucionalmente garantizados, ante los abusos o imposiciones de otros o ausencia del rol del Estado, para el pleno ejercicio de ellos (por ejemplo, en el caso de

42 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 43-2006, sentencia de fecha 7 de agosto de 2006.

43 Este rol reconoce que, por esencia, las decisiones de la Administración son susceptibles de ser revisadas por el poder judicial, tal como lo garantiza el artículo 38 inciso segundo de la Constitución al señalar que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley [...]”.

44 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2.477-2004, sentencia de fecha 14 de septiembre de 2004.

45 Resulta interesante que la literatura asimismo recoja bajo este rol el actuar de las cortes en tanto el poder judicial veta leyes sobre la base de la Constitución y también en parte sobre la base de sus propias preferencias (por todos Stein, op. cit.), y en cuanto ejerce un rol de “control horizontal, donde los jueces resuelven conflictos entre las ramas del gobierno o intergubernamentales” (Helmke y Ríos-Figueroa, op. cit., p. 16). “Los jueces ejercen control horizontal cuando 1) están dispuestos a, y son capaces de, involucrarse en casos de conflictos intergubernamentales y 2) están dispuestos a, y son capaces de, decidir casos en contra del partido con mayor poder (ibíd., p. 14). Por ejemplo, en Brasil el SFT (Supremo Tribunal Federal) ha ganado reconocimiento por arbitrar numerosos conflictos intergubernamentales, incluyendo el juicio de responsabilidad en contra del ex Presidente Collor y aquel sobre la constitucionalidad de los decretos presidenciales (ibíd., p. 20).

46 Facultad otorgada a nuestros tribunales por el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales.

inundación de relaves mineros en suelo agrícola⁴⁷). Este rol está fuertemente asociado con la capacidad de las cortes de realizar un control vertical donde “los jueces interpretan y defienden los derechos individuales o humanos”⁴⁸, rol que en esta materia se aprecia más claramente en la fundamentación de las sentencias de los fallos de tribunales.

d) *Representante de la sociedad*. En este rol el tribunal funciona como un canal alternativo de expresión y/o representación de grupos de la población que no encuentran respuesta a sus demandas en los canales regulares de representación. Un ejemplo son los casos presentados por no haberse realizado la consulta indígena previa en proyectos (*Parque Eólico de Chiloé*⁴⁹) o por grupos específicos de la población que buscan respuesta en tribunales (*Criadero de cerdos*⁵⁰). Catalina Smulovitz, en sus trabajos de 2001 y 2008, desarrolló la idea de que los procedimientos judiciales ordinarios son una vía de acción y petición para resolver demandas sociales y políticas⁵¹ e incluso pueden ser vistos como un instrumento de resistencia y demanda social⁵². En la misma línea, Stein y otros plantean que el poder judicial puede ser un canal de expresión para grupos marginados y un canal alternativo de representación de la sociedad⁵³.

e) *Juez imparcial*. Los tribunales velan por la aplicación efectiva de la ley, actuando como un agente externo o mediador entre las partes. Su función radica en el ejercicio de la jurisdicción, tal como lo establece el artículo 76 de nuestra Constitución Política. De acuerdo a Stein y otros⁵⁴, las cortes pueden velar por la aplicación efectiva de las políticas públicas actuando como un agente externo que hace cumplir los compromisos asumidos por otros actores (incluso los que están plasmados en la Constitución) y como mediador entre las partes contratantes. Las cortes desempeñan esta función cuando evitan que el poder ejecutivo se exceda en sus facultades, por ejemplo, legislando por

47 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 587-1992, sentencia de fecha 5 de septiembre de 1992.

48 Helmke y Ríos-Figueroa, op. cit., pp. 11-12.

49 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 239-2011, sentencia de fecha 11 de octubre de 2011.

50 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 527-1997, sentencia de fecha 25 de noviembre de 1997.

51 Smulovitz, “Judicialización y accountability social en Argentina”, op. cit.

52 Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, op. cit., p. 296.

53 Por todos Stein, op. cit., pp. 82-83.

54 Íd.

decreto sobre asuntos en los cuales no le corresponde hacerlo. El desempeño eficaz de la función de árbitro imparcial puede facilitar los acuerdos políticos necesarios para adoptar reformas de política y contribuir así a la puesta en práctica justa y eficiente de esas reformas. Un ejemplo de esta función puede observarse en el caso *Termoeléctrica Los Robles*⁵⁵ por vulneración del “espíritu y la letra de la propia Ley 19.300”, al permitir el desarrollo de una actividad evidentemente contaminante en la instalación de la termoeléctrica.

Esta breve revisión ilustra claramente que los miembros de la sociedad acuden a las cortes con diferentes fines y objetivos, y que, paradójicamente, solo algunas veces el “que se haga justicia” o “que se cumpla la ley” son algunos de ellos. Así, el analizar quiénes y por qué litigan, qué esperan obtener de las cortes, cómo puede contribuir la litigación a sus demandas, y cuáles son los riesgos de usar la vía judicial para obtenerlas⁵⁶, requiere necesariamente ampliar el concepto de éxito o fracaso de la vía judicial.

Autores como Gloppen⁵⁷, Wilson⁵⁸, Brinks y Gauri⁵⁹, han desarrollado distintas métricas de éxito y fracaso que resultan interesantes de incorporar al análisis. Siri Gloppen propone tres conceptos de éxito: éxito en la corte, éxito material y éxito social, reconociendo implícitamente que los objetivos de los recurrentes son diversos y de cierta forma congruentes con la diversidad de roles que se les pide a las cortes jugar⁶⁰. El concepto más básico corresponde al éxito en la corte, que se define por lograr que esta acoja el recurso de protección propuesto. Este concepto de éxito no significa *per se* protección o menoscabo de la situación ambiental del país, ya que existe una proporción menor (8,9% del total, equivalente a 32 de 357 casos estudiados) pero no insignificante de casos cuyas demandas han sido catalogadas como negativas al medio ambiente. En esos casos, el éxito en la corte sería catalogado como un retroceso en el cuidado del medio ambiente. Por éxito en el sentido mate-

55 Corte de Apelaciones de Talca, Rol 1.526-2008, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2009.

56 Esta última pregunta es quizás uno de las más interesantes desde el punto de vista de la politología, ya que incluye en su análisis la discusión sobre la legitimidad de los roles regulatorios de los jueces, su independencia y, por supuesto, la estabilidad del control democrático y fortaleza de las instituciones democráticas.

57 Gloppen, *op. cit.*, pp. 21-36.

58 Wilson, B. M., Brinks y Gloppen, “Litigating Environmental Rights: A Theoretical Framework”, trabajo presentado en la reunión anual de la Law and Society Association, Honolulu, Hawai, 3 de junio de 2012.

59 Gauri y Brinks, *op. cit.*

60 Gloppen, *op. cit.*, pp. 21-36.

rial se entiende cuando los litigios mejoran la situación objetiva inicial de los participantes. Este criterio de éxito necesita no solo de un fallo favorable a sus pretensiones sino que también de una adecuada implementación del mismo. En los casos aquí estudiados, éxito material significa que la corte acoja una demanda positiva al medio ambiente (o que rechace una demanda negativa) y que la sentencia sea ejecutada. Finalmente, éxito en el sentido social se logra cuando la litigación motiva cambios en las políticas públicas con efectos que exceden los beneficios obtenidos por los litigantes directos. Este último sentido del concepto “éxito” es particularmente interesante de analizar ya que considera un rol social para las cortes que no debe ser minimizado.

Con esta distinción en mente, la siguiente sección discutirá la totalidad de los recursos de protección presentados desde 1985 y hasta fines de 2013 en temas de relevancia ambiental.

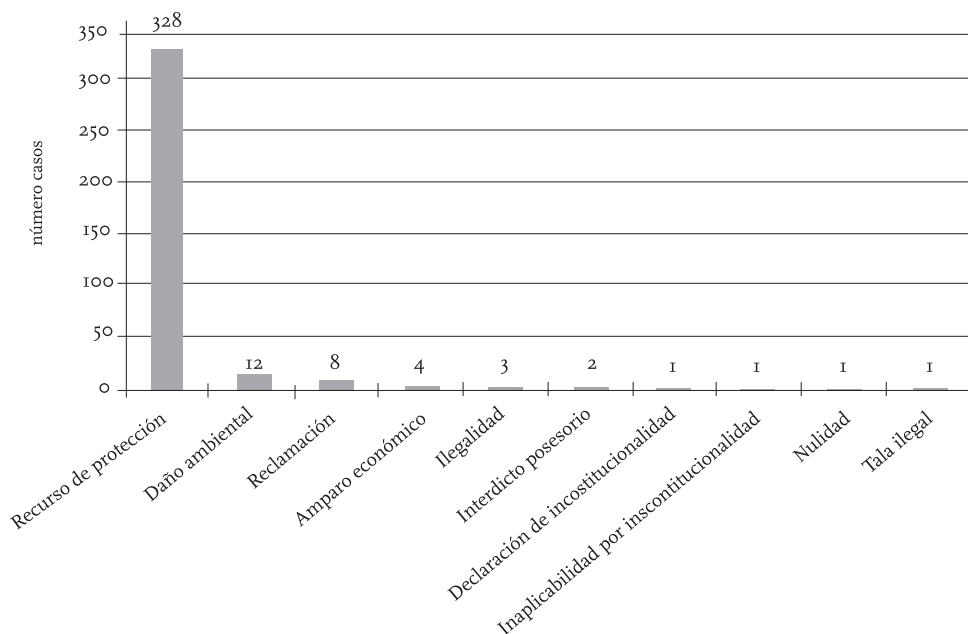
2. El Recurso de protección: ¿Éxito en la Corte, éxito material o éxito social?

El análisis de los datos de los litigios relacionados con temas identificados como de relevancia ambiental arroja que, desde 1985, cuando se presenta el primer recurso de protección aludiendo al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPR), a la fecha, este ha sido, por lejos, la vía judicial preferida por los litigantes.

En cifras, desde 1985 a 2012⁶¹, 90,9% del total de las acciones judiciales presentadas en temas de relevancia ambiental corresponden a recursos de protección (328 de 361 casos), lo que justifica concentrar el análisis en ellos.

⁶¹ El periodo a analizar referente a los recursos de protección en materia ambiental comienza en 1985, año en que se falla la primera acción de esta naturaleza, aun cuando la base de datos sobre la cual trabajamos considera las acciones judiciales a partir de 1980.

Gráfico I: Tipo de acción, 1985-2012

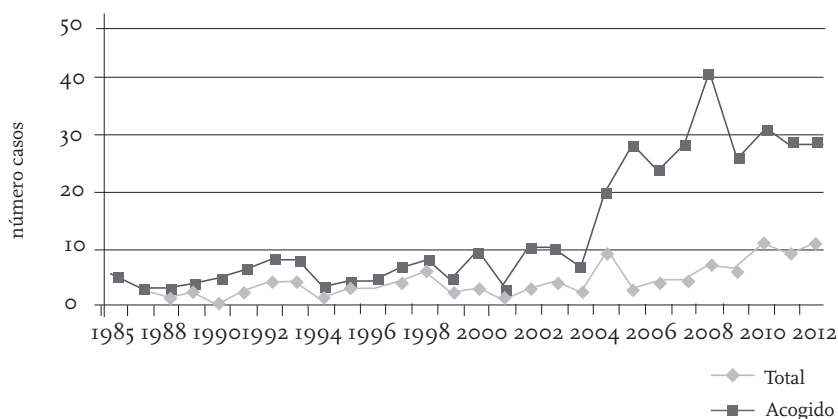


Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

Durante sus casi 35 años de existencia, el recurso de protección no siempre ha sido utilizado por el mismo tipo de recurrentes, en los mismos temas con el mismo éxito, sea este en cortes, material o social. Por ello, pretender sacar conclusiones únicas sobre un ciclo tan extenso es sin duda un error, siendo útil establecer periodos de tiempo.

Llama la atención que, durante un largo periodo inicial (1985-2004), el recurso de protección fue solo discretamente usado (un total de 104 casos entre 1985 y 2004, versus 253 entre 2005 y 2013), pese a acumular en el mismo periodo una relativamente alta proporción de éxito en cortes (50% promedio de recursos acogidos), que contrasta con un 25,3% de éxito en corte en el periodo 2005-2013.

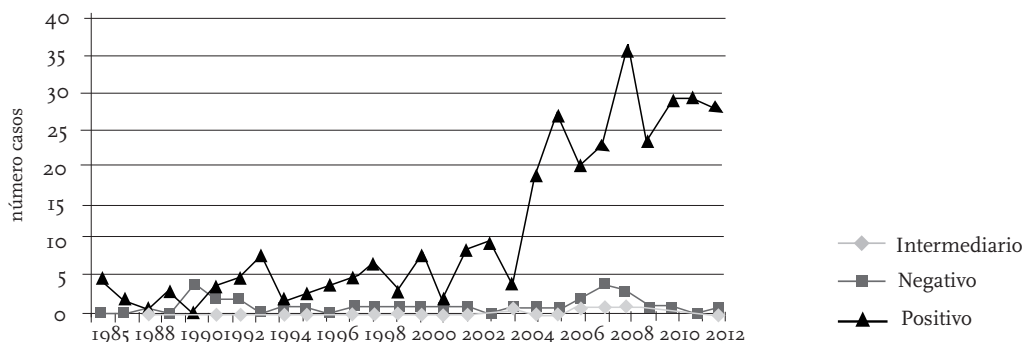
Gráfico 2: Recursos de protección presentados y acogidos, según año de ingreso



Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

También es interesante que el aumento explosivo en el uso del recurso de protección está sustentado en un incremento exponencial de las demandas de valoración ambiental positiva, ya que la litigación de valoración ambiental negativa se ha mantenido básicamente constante en el tiempo, pese a su muy escaso éxito en corte.

Gráfico 3: Recursos de Protección presentados según valoración ambiental de la demanda 1985-2013



Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

Lo anterior plantea la pregunta sobre por qué, pese al drástico descenso en el éxito en cortes, se masificó el uso del recurso de protección como una manera de solucionar conflictos socioambientales en *el sistema judicial*. Esta aparente paradoja se resuelve al considerar que los recurrentes buscan distintos objetivos y, por lo tanto, distintos tipos de éxito cuando acuden a las cortes. Para intentar dar una respuesta a esta pregunta procederemos a analizar las tres etapas en la historia del recurso de protección

2.1. El recurso de protección: Una historia en tres actos

Un primer periodo se inicia en 1985 con los primeros recursos de protección presentados en temas de relevancia ambiental y termina en 1994, año en que se instaura la institucionalidad ambiental. Este primer periodo se caracteriza por la ausencia –hasta marzo de 1990– e incipiente instalación de la democracia, por la inexistencia de una institucionalidad ambiental y por una exigua legislación ambiental dispersa, inorgánica y pobremente implementada⁶². Esta etapa también se caracteriza por un uso marginal de los tribunales, habiendo solo 40 recursos presentados en el periodo, lo que es congruente con la ausencia de un sistema democrático, elemento fundamental para la judicialización de la política.

Un segundo periodo, 1995-2004, está profundamente marcado por la creación e implementación de la institucionalidad ambiental a través de la dictación de la Ley 19.300 (9 de marzo de 1994). En este tiempo, el sistema judicial se abrió a nuevos actores (distintos grupos de interés), nuevos tipos de acciones judiciales (*responsabilidad por daño ambiental*) y nuevos temas (*recursos de protección contra resolución de calificación ambiental*), lo que le infundió nuevos bríos a la litigación ambiental. Este periodo termina con la reforma constitucional de 2005 (Ley 20.050) que modifica el inciso segundo del artículo 20, reemplazando la expresión “acto arbitrario e ilegal” por “acto u omisión ilegal” como causa de la acción de protección, en la práctica bajando el umbral de dificultad para presentar un recurso de protección.

Un tercer periodo se inicia en 2005 y está caracterizado por una explosión en el uso del recurso de protección (249 casos, de un total de 357, se concentran en este lapso) y por una nueva relación entre las instituciones y los actores involucrados en la litigación ambiental. Esta tiene su punto cúlmine con la promulgación de la Ley 20.600 de 2012 que modifica la institucionalidad

62 CONAMA, Repertorio de la Legislación de Relevancia Ambiental Vigente en Chile, 1992.

ambiental, incorporando, por primera vez, tribunales ambientales especializados, trayendo consigo nuevas interrogantes, entre ellas, cuáles serán los efectos de la especialización de la litigación en los recurrentes, en los recurridos y en los temas a tratar. En este periodo también se transita hacia una creciente inclusión de recurrentes (doctrina de legitimación activa) y de roles (fin a la sacramentalización del concepto de deferencia técnica)⁶³.

2.1.1. ¿Quiénes y por qué litigan? ¿En qué temas?

Para realizar un análisis de quiénes han litigado en estos años y con qué objetivos es importante distinguir los casos según la valoración ambiental de las demandas realizadas. Llama la atención que casi el 90% de las demandas buscan proteger algún elemento del medio ambiente en el sentido de la letra ll) del artículo 2 de la Ley 19.300⁶⁴ y que menos de un 9% han sido catalogadas como negativas. Se categorizó el objetivo que persiguen los litigantes en relación al medio ambiente, catalogando como positiva una demanda cuando busca proteger un elemento de medio ambiente de su explotación o intervención, y negativa cuando se estima que lo que se le pide a tribunales tendrá un efecto ambiental esperado negativo.

Es interesante que los recurrentes cambian radicalmente según la valoración de la demanda. En el caso de las demandas catalogadas como negativas al medio ambiente, los recurrentes son en su mayoría empresas (casi 60% de los casos), gran parte de ellas relacionadas al medio ambiente (12 de 19) o personas naturales (10), con una tasa muy baja de éxito en cortes (8,9% de los casos presentados fueron acogidos, siendo el resto rechazados) (Ver tabla 1).

En cambio, los autores de las demandas consideradas positivas para el medio ambiente son mayoritariamente personas naturales, seguidos de asociaciones locales (asociaciones de vecinos, organismos no gubernamentales y comunidades indígenas), de representantes de órganos de la administración local (alcaldes y concejo municipal) y del órgano legislador (diputados).

63 En el caso Costa Laguna, la Corte Suprema sugiere que, post creación de los tribunales ambientales, dejaría de justificarse su revisión de la legalidad de las resoluciones de calificación ambiental. Corte Suprema, Rol 2.892-2013, sentencia de fecha 29 de abril de 2014.

64 El legislador define medio ambiente como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Tabla 1: Autores (participantes) de demandas en casos positivos

| Participantes (autores) | N° casos |
|------------------------------------|----------|
| Persona natural | 195 |
| Asociación vecinal | 57 |
| ONG temática, ambiental o nacional | 33 |
| Comunidad indígena | 29 |
| Alcalde | 27 |
| Diputado | 20 |
| Concejo Municipal | 16 |

Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

Asimismo, llama la atención que en general las comunidades indígenas actúan de manera autónoma y que solo en contadas ocasiones se unen con personas naturales y diputados (4 y 3 veces, respectivamente) para coordinar sus demandas.

En relación a los temas, las cifras agregadas entre 1985 y fines de 2013 muestran una concentración de recursos en algunos temas (ver tabla 2).

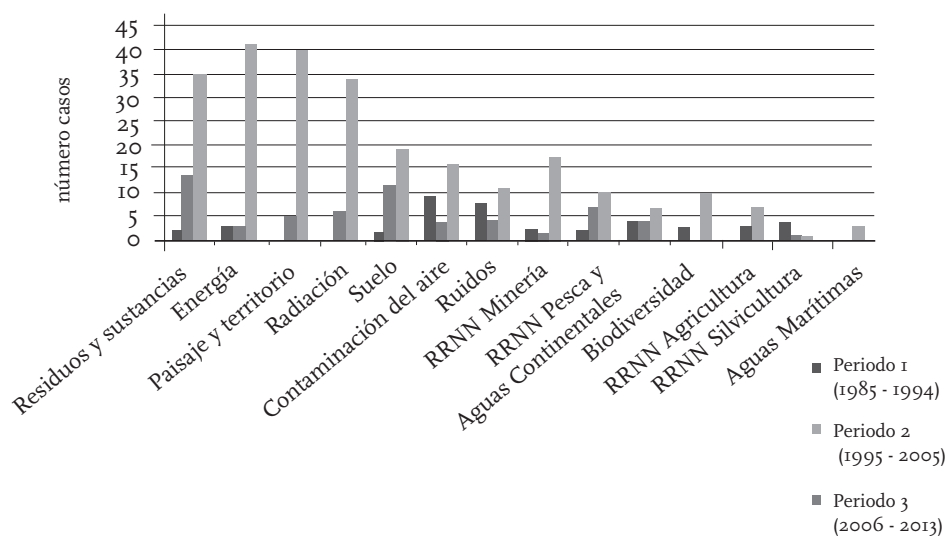
Tabla 2: Número de casos según tema principal de la demanda, 1985-2013

| Tema Principal | N° casos | % |
|---|------------|-------|
| Residuos y sustancias peligrosas | 50 | 14,0% |
| Energía | 47 | 13,2% |
| Paisaje y territorio | 45 | 12,6% |
| Radiación | 40 | 11,2% |
| Suelo | 33 | 9,2% |
| Contaminación del aire | 29 | 8,1% |
| Recursos naturales: Minería | 23 | 6,4% |
| Ruidos | 23 | 6,4% |
| Recursos naturales: Pesca y acuicultura | 19 | 5,3% |
| Aguas continentales | 15 | 4,2% |
| Biodiversidad | 13 | 3,6% |
| Recursos naturales: Agricultura | 10 | 2,8% |
| Recursos naturales: Silvicultura | 6 | 1,7% |
| Aguas marítimas | 3 | 0,8% |
| Otro | 1 | 0,3% |
| Total | 357 | |

Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

Si se desagregan estas cifras en los periodos aquí propuestos (1985-1994, 1995-2004 y 2005-2013), se observa un cambio importante en la composición temática de las demandas a través del tiempo. En el primer periodo, estaban concentradas en cuatro grandes temas: contaminación del aire (23% del total de las demandas), ruidos (20%), aguas continentales (10%) y silvicultura (10%). En el segundo periodo, post creación de la institucionalidad ambiental, surgen demandas en temas de residuos y sustancias peligrosas (20%), suelo (19%), pesca y acuicultura (11%) y radiación (9%); relegando a un segundo plano temas que históricamente tuvieron gran eco ciudadano, como la contaminación del aire (6%). En el último periodo, donde se encuentra el 70% del total de las demandas del ciclo estudiado, estas se concentran fuertemente en energía (16%), paisaje y territorio (16%), residuos y sustancias peligrosas (14%), y radiación (13%), manifestando un evidente cambio en las temáticas que concentran la conflictividad ambiental, las que evidencian fuertemente ausencia normativa y falta de políticas públicas en ordenamiento territorial, entre otras materias.

Gráfico 4: Composición temática total de casos por periodo



Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

Un ejemplo paradigmático del cambio de temas involucrados en recursos de protección a través del tiempo se observa al desagregar los casos asociados a la categoría “energía” en los periodos propuestos:

Tabla 3: Número de casos en Energía por periodo

| Tipo energía | Periodo 1 (1985- 1994) | % | Periodo 2 (1995- 2005) | % | Periodo 3 (2006- 2013) | % | Total |
|--|------------------------------|----|------------------------------|-----|------------------------------|----|-------|
| Energía | 1 | 33 | 0 | 0 | 4 | 10 | 5 |
| Energías renovables no convencionales (ERNC) | 0 | 0 | 0 | 0 | 9 | 22 | 9 |
| Energía hidroeléctrica | 2 | 67 | 0 | 0 | 7 | 17 | 9 |
| Energía termoeléctrica | 0 | 0 | 3 | 100 | 21 | 51 | 24 |
| Total | 3 | | 3 | | 41 | | |

Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

La Tabla 3 propuesta ilustra no solo el aumento en el total de casos sobre energía, sino también la aparición de nuevos temas (ERNC) y la exacerbación de otros (termoeléctrica).

En relación a los temas que concentran estas demandas, en aquellas consideradas de efecto ambiental negativo, llama la atención su concentración en pesca (32% del total de las demandas realizadas bajo esa categoría), paisaje y territorio (13% de su categoría), contaminación del aire (17% de su categoría), silvicultura (67% de su categoría) y residuos (8% de su categoría).

En las demandas catalogadas como positivas al medio ambiente, llama la atención la concentración de casos en la categoría de residuos y sustancias peligrosas (46 demandas de un total de 50 en dicha categoría), de energía (45 demandas de un total de 47 en esa categoría), de radiación (40 demandas, la totalidad de ellas) y de paisaje y territorio (38 de un total de 45). Ello que refleja los temas donde se concentra la preocupación socioambiental de la ciudadanía.

2.1.2. ¿Con qué objetivo?

De acuerdo a los roles propuestos en 1.2. (actor de política pública, actor de veto, representante de la sociedad, juez imparcial y protector de derechos), procedimos a evaluar qué roles le piden los litigantes, sean estos públicos o

privados, a las cortes, contrastándolos con el o los roles que ellas están dispuestas a desempeñar.

Para este análisis, nuevamente consideramos útil separar el universo entre casos positivos y negativos. En el universo total de casos negativos (ver Tabla 4), destaca que en 19 de los 32 casos los recurrentes solicitan a las cortes que actúen como actores de veto (en 9 ocasiones como rol único y en 6 de las 10 restantes actuando también como juez imparcial). Esto obedece a que, en la mayoría de los casos de origen negativo, los recurrentes son empresas que requieren a la Corte que intervenga sobre la decisión administrativa de algún órgano de la Administración del Estado (RCA). Esto es congruente con la fundamentación de estos casos, que mayoritariamente se basa en superposición de derechos. Por ejemplo, una empresa minera recurrente presenta un recurso de protección por la denegación de permiso para ingresar a un parque nacional a realizar estudios tendientes a la elaboración de la línea de base requerida para la presentación del EIA⁶⁵. También se basan en problemas de procedimiento sancionatorio (Rol 7676-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en que la empresa recurrente solicita, mediante un reclamo de ilegalidad, que se deje sin efecto la sanción de revocación de permiso de edificación⁶⁶) o del SEIA (por ejemplo, el caso de una empresa que solicita que se deje sin efecto la orden de ingresar al SEIA un proyecto de acuicultura que se encuentra dentro de un santuario de la naturaleza, por haberse declarado tal con posterioridad a la solicitud de concesión⁶⁷).

Tabla 4: Fundamento principal en demandas de origen negativo

| Fundamento principal | N° casos |
|--|----------|
| Superposición de derechos | 17 |
| Problemas de procedimiento sancionatorio | 5 |
| Problemas de procedimiento SEIA | 5 |
| Ausencia de normativa específica | 4 |
| Efecto NIMBY | 1 |
| Otro | 1 |

Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

65 Corte de Apelaciones de Arica, Rol 624-2004, sentencia de fecha 31 de diciembre de 2004.

66 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7.676-2008, sentencia de fecha 28 de octubre de 2008.

67 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2.477-2004, sentencia de fecha 14 de septiembre de 2004.

En los casos de origen positivo (ver Tabla 5), los recurrentes mayoritariamente le piden a las cortes ejercer su rol de protector de derechos, lo que es congruente con la característica principal del objetivo del recurso de protección. También se observa un importante porcentaje de casos (33%) que incluye el rol de actor de veto, que se da en la mayoría de los casos en que el recurrido es un órgano del Estado, lo que se explica en parte por el número de casos en que se busca la revocación de una RCA favorable o en que existe algún vicio en el procedimiento de evaluación ambiental. Por ejemplo, así ocurrió en la causa en que los recurrentes observaron una ilegalidad en la aprobación de la mini central de pasada Cayucupil en un Santuario de la Biodiversidad mediante DIA (sin consulta)⁶⁸. Sin embargo, lo más notable de esta caracterización es el número de casos en los que los recurrentes demandan de las cortes que ejerzan el rol de representantes de la sociedad (26% de los casos) y de actor de política pública (10% del total de casos), roles que son prácticamente inexistentes al evaluar las demandas de origen negativo.

Tabla 5: Rol que se pide a tribunales en demandas de origen positivo*

| Rol | N° casos que incluye | % casos que incluye |
|------------------------------|----------------------|---------------------|
| Actor de política pública | 32 | 10 |
| Actor de veto | 106 | 33 |
| Protector de derecho | 178 | 56 |
| Representante de la sociedad | 83 | 26 |
| Juez imparcial | 70 | 22 |
| Total demandas | 320 | 100 |

Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora.

* La tabla considera el número de recursos que contemplaban el rol. En algunos casos, los litigantes piden más de un rol. Por eso, el número total es mayor que las demandas (320).

2.1.3. ¿Con qué éxito?

Tal como enunciamos al inicio de esta sección, desde 2000, y lo que se ha acentuado fuertemente a partir de 2005, se ha producido un descenso consistente en el grado de éxito en corte de los recursos de protección interpuestos. En el caso de los recursos de protección de valoración negativa presentados,

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2010.

solo el 8,9% de ellos (4 de 32 casos) han sido acogidos en estos más de 3 años de existencia del TA, lo que contrasta fuertemente con el constante aumento del uso del recurso en el mismo periodo.

Tabla 6: Tasa éxito casos de valoración positiva de la demanda

| Año | Casos de origen positivo | Casos acogidos | % éxito |
|--------------|--------------------------|----------------|-----------|
| 1985 | 5 | 5 | 100 |
| 1987 | 2 | 2 | 100 |
| 1988 | 1 | 1 | 100 |
| 1989 | 3 | 2 | 67 |
| 1991 | 4 | 2 | 50 |
| 1992 | 6 | 4 | 67 |
| 1993 | 8 | 4 | 50 |
| 1994 | 2 | 1 | 50 |
| 1995 | 3 | 3 | 100 |
| 1996 | 4 | 4 | 100 |
| 1997 | 5 | 3 | 60 |
| 1998 | 7 | 6 | 86 |
| 1999 | 3 | 2 | 67 |
| 2000 | 8 | 3 | 38 |
| 2001 | 2 | 1 | 50 |
| 2002 | 9 | 3 | 33 |
| 2003 | 10 | 4 | 40 |
| 2004 | 4 | 1 | 25 |
| 2005 | 19 | 9 | 47 |
| 2006 | 27 | 3 | 11 |
| 2007 | 20 | 4 | 20 |
| 2008 | 23 | 3 | 13 |
| 2009 | 36 | 6 | 17 |
| 2010 | 23 | 6 | 26 |
| 2011 | 29 | 10 | 34 |
| 2012 | 29 | 9 | 31 |
| 2013 | 28 | 10 | 36 |
| Total | 320 | 111 | 35 |

Fuente: Elaboración propia en base de datos recopilados originalmente por la autora

3. Conclusiones: ¿Se puede resolver este “problema” en la corte?

En base a las características inherentes de los conflictos socioambientales, muchos autores se preguntan sobre la pertinencia de resolver este tipo de conflictos en las cortes.

Este trabajo permite dimensionar parte de las limitaciones y dificultades que experimentan las cortes para abordar problemas que, para resolverse, requieren de la deliberación y consenso de la sociedad, así como del perfeccionamiento de la institucionalidad y normativa ambiental. El estudio de los fundamentos de los recursos judiciales y de las sentencias arroja la sensación de que lo que buscan los litigantes no siempre está, o debiera estar, en manos de las cortes, y que tanto los litigantes como las cortes están conscientes de ello. Esto no sorprende si se reconoce que una porción relevante de las motivaciones de los recurrentes está radicada en la ausencia y, en el mejor de los casos, la falta de implementación de normativas específicas y de políticas públicas que orienten y resuelvan las demandas de la sociedad en estas materias. El ejemplo más paradigmático de esto son los conflictos judicializados por fallas o ausencias de normativa referente al ordenamiento territorial y planificación estratégica del territorio. Es por eso que, pese a la enorme presión ejercida al sistema judicial, los jueces han sido reacios a otorgar masivamente el éxito en cortes y también el éxito social que los litigantes demandan.

3.1. ¿Y dónde se resuelven entonces los conflictos socioambientales?

El activismo judicial, entendido como la explosión del uso de las cortes por la sociedad civil para obtener ciertos objetivos, necesita de ciertas condiciones para existir. La literatura comparada identifica distintos aspectos que reflejan (a) cambios en las condiciones para la acción judicial, incluyendo modificaciones de orden cultural, reconocimiento de nuevos derechos, disminución de los obstáculos de acceso en la estructura de oportunidades legales y transformaciones en las plataformas de apoyo de los actores que democratizan el acceso a las cortes, entre otros; y (b) cambios estructurales como el incremento en la pluralidad, heterogeneidad y poder de los actores, incluyendo grupos de identidad y asociaciones, y el debilitamiento del poder legislativo de ejercer *accountability* horizontal⁶⁹.

69 Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, op. cit., pp. 287-305.

Como hace notar Galanter, la ley no es solo un “conjunto operativo de controles sino también un sistema de significados culturales y simbólicos”, por lo que el aumento de la litigiosidad “debe observar en qué medida la ley se ha transformado en un instrumento para la obtención de objetivos estratégicos en la vida social”⁷⁰. A su vez, Smulovitz advierte que “la movilización legal puede, eventualmente, permitirle a estos actores obtener resultados de política sin la intervención de representantes”⁷¹. Así surge la pregunta: ¿por qué, pese a la débil tasa de éxito en corte que obtienen los litigantes desde 2000-2005, asistimos a una explosión del uso del recurso de protección como herramienta para resolver los conflictos socioambientales? Este artículo propone que las cortes han sido capaces de asegurar otros “éxitos” (visibilidad de las demandas, aumento de la jerarquía de los temas, legitimación de las demandas y articulación de participación de grupos sociales marginados) que explican el uso del recurso de protección aun en ausencia de éxito en corte.

Así, que los distintos grupos de la sociedad que apelan a la imparcialidad de las cortes no pretendan necesariamente que esta termine realizándose, y que más bien esperan otro tipo de resultados de ella, es una realidad compleja, y sin embargo, efectiva, que hace necesario reflexionar sobre el rol que quiénes acuden a los tribunales les piden que ejerzan, y especialmente, sobre las consecuencias políticas y sociales de ello.

70 Galanter, Marc, “The Radiating Effects of Courts”, en Boyum, Keith y Mather, Lynn (eds.), *Empirical Theories About Courts*, (Longman), 1983, p. 127.

71 Smulovitz, “Judicialización y accountability social en Argentina”, op. cit.

LA CONSULTA INDÍGENA EN EL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL: DESARROLLO REGLAMENTARIO Y CONFIGURACIÓN JUDICIAL

*Manuel Antonio Núñez Poblete*¹

Resumen

El presente ensayo pretende describir la reciente evolución del régimen de la consulta indígena en materia reglamentaria y en el campo de la jurisprudencia judicial. Para ello se hace una breve relación de las recientes modificaciones reglamentarias –en el juicio relativo a la competencia del reglamento ejecutivo– y el estado actual de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. El trabajo procura contrastar la diversa naturaleza y finalidad de los estándares judiciales propios de un exigente contencioso de anulación con el carácter más flexible de la apreciación administrativa. El texto termina con la identificación de algunos fenómenos que dificultan la eficacia de la consulta como herramienta de participación significativa en la toma de decisiones públicas.

1. Nueva reglamentación para la consulta indígena

El 12 de agosto de 2013 fue publicado en el Diario Oficial el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (en adelante, RSEA)². A diferencia de la normativa anterior (DS 30 de 1997 y DS 95 de 2001, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia), el nuevo RSEA contiene normas especiales dedicadas a la consulta indígena. Se trata, en particular, de las reglas con-

1 Doctor en Derecho. Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación N° 1130665, patrocinado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt) y del cual el autor es investigador principal.

2 Este cuerpo normativo entró en vigor noventa días después de su publicación en el Diario Oficial (art. 170) y no afectó la tramitación de los proyectos cuya calificación se encontraba pendiente a la fecha de su entrada en vigencia (art. 1° transitorio).

tenidas en los artículos 85 y 86, que complementan, en lo procedimental, la única referencia específica de la Ley 19.300 a los pueblos indígenas (artículo 4° inciso 2°, modificado por la Ley 20.417 de 2010)³. Este nuevo Reglamento viene a incardinarse en un entramado de normas internacionales, constitucionales, legales y reglamentarias que encuadran y ordenan el ejercicio del derecho a la consulta previa a que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El reglamento fue elaborado por el Servicio de Evaluación Ambiental y el Ministerio del Medio Ambiente, correspondiendo al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad su patrocinio para la aprobación presidencial⁴. La definición de su contenido resultó de un complejo proceso de consulta donde intervinieron, como variables de conflicto, la reforma del DS 124 del Ministerio de Planificación, el proceso de “Consulta sobre la Institucionalidad Indígena” que simultáneamente conducía el gobierno y las variaciones en la integración del Consejo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Estas variables generaron un ambiente de desconfianza de parte de las comunidades que, en definitiva, llevó a que el proceso de consulta se desarrollara principalmente por un cauce institucional estatal –vía Consejo de la CONADI– y no indígena propiamente tal⁵.

La propuesta reglamentaria fue objeto de diversas impugnaciones administrativas y judiciales. Las primeras consistieron en observaciones presentadas ante la Contraloría y que no fueron acogidas por el ente de control, tomándose razón del decreto reglamentario sin alcances de ningún tipo el 6 de agosto de 2013⁶. Entre las impugnaciones judiciales se cuenta un recurso

3 Establece la norma: “Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

4 Acuerdo 8/2012 del 28 de mayo de 2012.

5 Los detalles del proceso no pueden ser analizados en este trabajo. Ellos pueden consultarse en Ministerio del Medio Ambiente MMA/Servicio de Evaluación Ambiental SEA, Informe Final. Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guía de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios. Consúltese también el informe que, respecto de este proceso, aprobó el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, El deber de consulta previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, 13 de mayo de 2013.

6 Véanse Contraloría General de la República, Dictámenes 29.403 y 29.404, ambos del 13 de mayo de 2013.

de protección⁷ que no había sido fallado a la fecha de cierre de este trabajo y un requerimiento ante el Tribunal Constitucional. Si bien este último requerimiento fue declarado inadmisibile (con el voto en contra del ministro García Pino) por versar sobre vicios de legalidad (rango que tendría el Convenio 169 y otros tratados invocados), el Tribunal repitió la admonición contenida en el fallo sobre la Ley de Pesca:

Que, por lo mismo, reitera a los órganos colegisladores, una vez más, tal como lo hizo en la sentencia 2387/2013, la “necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta” a que se refiere el Convenio N° 169, “en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio de 2011 (Rol 1988)”. (STC 2387/2013).

Porque “solo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro” (STC 2387/2013).

Esta invocación al legislador no pareciera reconsiderar el carácter de autoejecutividad con que el Tribunal había calificado la consulta en sus primeros pronunciamientos. Tampoco pareciera alterar ni excluir la competencia del reglamento de ejecución para regular –con la consabida limitación de la regulación de detalle y la relevancia secundaria o adjetiva– derechos reservados al dominio de la ley: la exclusión se predicaría sustancialmente respecto de aquel reglamento (autónomo) que pretendiera modificar los términos normativos del instrumento internacional. El

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 19.995-2012, sentencia de fecha 30 de agosto de 2012.

obiter dictum, por el contrario, más bien parece ser un llamado de atención ante la inactividad legislativa para componer y armonizar la numerosa legislación interna que se vio afectada con la institución de la consulta. Efectivamente, a un quinquenio de la entrada en vigor del Convenio 169, y salvo algunos retoques marginales a la legislación ambiental (artículo 4° inciso 2°, modificado por la Ley 20.417), la legislación sectorial permanece prácticamente intacta⁸.

2. Consulta indígena y procedimiento de evaluación ambiental: Criterios de escrutinio judicial

El procedimiento de evaluación ambiental es uno de los varios procedimientos administrativos que ordenan el ejercicio de las potestades administrativas vinculadas al resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental. El objetivo de este procedimiento no es otro que la calificación de cumplimiento o incumplimiento, respecto de la normativa ambiental vigente, de una actividad o proyecto que ingresa al sistema –obligatoria o voluntariamente– con el fin de ser calificado por la autoridad a través de un acto administrativo. Más allá de las disputas que pudiere haber sobre la naturaleza de este último acto⁹, lo cierto es que él constituye una medida administrativa susceptible de afectar directamente los intereses de un pueblo indígena, en los términos del artículo 6° del Convenio 169, y el procedimiento que lo precede equivale a un “estudio” en los términos del artículo 7.3 del mismo instrumento internacional. En efecto, de acuerdo con la doctrina de los órganos internos de la OIT, la participación colaborativa a que se refiere el artículo 7.3 tiene por objeto

8 En materia de legislación sectorial relativa a recursos naturales, véase Hervé, Dominique y Pérez, Sergio, “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”, en Contesse, Jorge (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*, (UDP), 2012, pp. 15-101.

9 La naturaleza “permisiva” o de “autorización integrada de funcionamiento” de la resolución de calificación ambiental fue expresamente reconocida en el Mensaje presidencial de la Ley 20.417 (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.417*, s.l., 2010, p. 15) y lo ha sido también en el fallo de la Corte Suprema, *Celulosa Arauco y Constitución con COREMA X Región*, considerando 9 de la sentencia de reemplazo (“la resolución de calificación ambiental es un acto administrativo [...] que implica una autorización de funcionamiento”). Corte Suprema, Rol 10.045-2011, sentencia de fecha 18 de enero de 2013. En el mismo sentido, como acto complejo de naturaleza permisiva o “autorización previa de impacto”, se pronuncia la doctrina. Ver Jorquera, Eduardo, *Derecho ambiental chileno. Parte general*, 3ª ed., (Abeledo Perrot), 2012, p. 231.

“evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades de desarrollo”¹⁰.

Naturalmente, la eficacia de la consulta no se agota en el diseño normativo ambiental. Esto quiere decir que las medidas administrativas que versen sobre actividades o proyectos que no ingresan al sistema de evaluación ambiental siguen vinculadas por el Convenio (artículo 6°), que sirve de marco específico a la reglas generales de participación de la Ley 19.253 (artículo 34), la Ley 19.880 (artículo 39) y el nuevo Reglamento de consulta indígena (DS 66, D. Of. de 4 de marzo de 2014). Este modo de ver la institucionalidad ambiental responde a la crítica que sostiene que, dado que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) solo exige la evaluación de ciertos proyectos, allí podría haber “un obstáculo para la adecuada implementación de la consulta indígena contemplada en el Convenio 169”¹¹.

Dentro del procedimiento de evaluación ambiental la consulta opera como un instrumento calificado y autónomo de participación, cuyo fundamento y eficacia –dentro del contexto litigioso– ha sido progresivamente decantado por la jurisprudencia judicial ordinaria¹².

En brevísima síntesis, los principios desarrollados por la jurisprudencia judicial puede resumirse del modo que sigue:

El fundamento de la consulta. La consulta como derecho fundamental. Aunque en los primeros años de vigencia del Convenio la Corte Suprema fue reticente a elevar el status del derecho a la consulta, pareciera que hoy tiende a imponerse la opinión que el fundamento constitucional de la consulta indígena reside en el derecho a participar en igualdad de oportunidades a que se refiere el artículo 1° de la Constitución Política¹³. Ciertamente, esta no es la

10 CEACR, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 102ª Reunión, 2013, ILC 102/III (1A), p. 207.

11 Bermúdez, Jorge y Hervé, Dominique, “La jurisprudencia ambiental reciente: Tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas”, en Couso, Javier (ed.), *Anuario de derecho público 2013*, (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales), 2013, p. 248. En abono de la tesis de la compatibilidad, véase el reciente trabajo de Donoso, Sebastián, “Declaraciones de Impacto Ambiental y consulta indígena en el SEIA: Comentario a la tendencia de homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación directa”, en Fernandois, Arturo y García, José Francisco (eds.), *Sentencias destacadas 2013*, (Libertad y Desarrollo), 2014, pp. 77-82.

12 A juicio del suscrito, a casi un quinquenio de la entrada en vigencia del Convenio 169, la jurisprudencia tiende progresivamente a “aclarar” la relación de la consulta con el sistema de evaluación de impacto ambiental. Las dudas iniciales están bien descritas en el trabajo de Carrasco, Edesio, “Corte Suprema, consulta indígena y sistema de evaluación de impacto ambiental: Una relación que no termina de aclararse”, en Delaveau, Rodrigo (ed.), *Sentencias destacadas 2010*, (Libertad y Desarrollo), 2011, pp. 187-223.

13 Corte Suprema, Rol 4.078-2010, sentencia de fecha 10 de octubre de 2010, considerando 2. El Tribunal

única clave explicativa, dado que también se ha intentado justificar este derecho en la libre determinación, en el derecho al *government by consent* (como lo ha sostenido el Relator Anaya) y en el derecho a la igualdad de trato (como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional chileno).

Incardinación armónica con los instrumentos de participación ambiental. La consulta del Convenio 169 debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas y, por lo tanto, debe conciliarse con el principio de participación de la Ley 19.300¹⁴. La jurisprudencia ha procurado conciliar e integrar la consulta con los instrumentos de participación que, en materia ambiental, diseñaron la Ley 19.300 y sus reglamentos. Aunque siempre es posible argumentar la contradicción de las leyes nacionales con los estándares internacionales¹⁵, ciertamente el deber de la Administración es interpretar y aplicar la legislación de modo conforme con la Constitución y los tratados internacionales. Cumpliendo con este último deber se hace posible armonizar las exigencias de uno y otro cuerpo normativo y garantizar la eficacia de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Flexibilidad. El Convenio 169 se aplica con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, lo que “implica que para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de estos”¹⁶.

No discriminación. La consulta debe realizarse tomando en cuenta a todas las comunidades afectadas, sin exclusiones arbitrarias¹⁷. Fuera del contexto ambiental, se ha estimado que la afectación directa que fundamenta la consulta debe asociarse a la condición particular del indígena en cuanto tal y no

Constitucional indicó que la consulta no pugna con el derecho reconocido en el art. 1° de la Constitución, Rol 1.050-2008, 3 de abril de 2008, considerando 15.

14 Corte Suprema, Rol 4.078-2010, op. cit., considerando 7. En sentido similar Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.794-2010, 31 de enero de 2011, considerando 7; y Corte de Apelaciones de Arica, Rol 9-2011, sentencia de fecha 4 de marzo de 2011, considerandos 13 y 14, confirmada por la Corte Suprema, Rol 2.262-2011, sentencia de fecha 16 de junio de 2011.

15 Véase Moraga, Pilar, “Las razones de la conflictividad del sector eléctrico: El caso de la consulta indígena”, en Couso (ed.), *Anuario de derecho público 2012*, (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales), 2012, p. 389.

16 Corte Suprema, Comunidad indígena Villa Nahuel con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos, Rol 4.078-2010, op. cit., considerando 6.

17 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región de Atacama, El Morro I, Rol 618-2011, 17 de febrero de 2012, confirmada por la Corte Suprema, Rol 2.211-2012, 27 de abril de 2012.

en cuanto sujeto no diferenciado que se rige por las mismas leyes que el resto de los habitantes del territorio nacional¹⁸.

Proporcionalidad como estándar del juicio de apreciación. La Administración, sin abandonar el carácter preventivo que informa el sistema de evaluación ambiental¹⁹, debe evaluar la afectación de acuerdo con el principio de proporcionalidad: el juicio de apreciación de la afectación no debe ser desproporcionado²⁰. Este juicio no es extraño en la región y recuerda la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que también extiende el estándar de proporcionalidad al escrutinio de medidas administrativas impugnadas por incumplir el deber de consulta²¹. Ciertamente, la proporcionalidad se vincula con el estándar de flexibilidad: el examen de afectación directa que no se mide con la vara de la proporcionalidad conduce al absurdo y suprime la posibilidad de flexibilidad que expresamente concede el artículo 34 del Convenio.

Significación o relevancia de la afectación. El escrutinio del procedimiento administrativo que precede a la resolución de calificación ambiental (RCA) debe ponderar la relevancia de la evidencia que demuestra la alteración significativa de las condiciones de vida de los pueblos o comunidades interesados. Para que conste la significación o relevancia de la afectación, es necesaria

18 Corte de Apelaciones de Temuco, Molina Reinahuel y otros con Miguel Becker, Alcalde de Temuco Ordenanza Comercio Ambulante, Rol 166-2011, 30 de mayo de 2012, considerandos 7-9, confirmada por la Corte Suprema, Rol 5.159-2011, 1 de julio de 2011.

19 Sobre el principio preventivo, véase Corte Suprema, Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Servicio Evaluación Ambiental Región de Aysén, Proyecto Río Cuervo, Rol 2463-2012, 11 de mayo de 2012, considerando 6; Corte Suprema, González y otros con Reconsa, Dunas de Concón, Rol 2138-2012, 27 de julio de 2012, considerando 4; y Corte Suprema, Rocco y otros con Directora Regional (S) Servicio de Evaluación Ambiental de la Tercera Región de Atacama, Castilla II, Rol 173-2011, 28 de agosto de 2012, considerandos 28 y 33.

20 Corte Suprema, Asociación indígena Tragun Maupu Maile Allipen con Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía, Línea Melipeuco-Freire, Rol 1.602-2012, 8 de junio de 2012, considerando 9, revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 349-2011. Sobre la aplicación del estándar de proporcionalidad, véase el comentario de Carrasco, Edesio, "Razonabilidad y proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT", en Revista Chilena de Derecho, 40/1, 2013, p. 301 y ss.

21 "Con base en las consideraciones previas se puede concluir, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la *participación* de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: i) la *simple participación*, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; ii) la *consulta previa* frente a cualquier medida que los afecte directamente; y iii) el *consentimiento previo, libre e informado* cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr. 31. En sentido similar, véase la sentencia C-030/08, 23 de enero de 2008.

una *evidencia demostrable*²² que vaya más allá de la simple oposición o de los trabajos que se realizan en áreas ya intervenidas y/o próximas a comunidades indígenas. La sola oposición de terceros no demuestra por sí misma la existencia de una afectación, ni directa ni indirecta²³. El proyecto debe presentar signos o evidencias de generar efectos en el medio ambiente y, por lo tanto, la conveniencia o necesidad de realizar un estudio de evaluación ambiental (EIA) en sustitución de una declaración (DIA), todo lo cual ha de solicitarse fundadamente²⁴. Por lo tanto, si la oposición carece de un “mínimo de justificación” o no se explicita “en qué sentido ni en qué medida le afectaría el proyecto favorablemente calificado”, no es posible objetar la legalidad de una resolución favorable de la autoridad²⁵.

Así, por ejemplo, los trabajos en zonas ya intervenidas, particularmente si no son ocupadas por comunidades indígenas, no implican necesariamen-

22 Corte de Apelaciones de Temuco, Comunidad Indígena Hueche Huenulaf y otros con Empresa CIAI Ltda., Ruta Temuco-Labranza, Rol 1.155-2010, 27 de septiembre de 2010: “que tal como ya lo decidieron la COREMA y la Contraloría General de la República, según se dejó establecido en el considerando octavo, el proyecto vial al cual se opone la comunidad recurrente no presenta hasta ahora, en la etapa de desarrollo en que se encuentra, alguna consecuencia negativa para ella o para sus integrantes individualmente considerados, no se ha acreditado alguna afectación a sus derechos como pueblo indígena en sus tierras, sus vidas, creencias, instituciones y bienestar, y, por el contrario, la construcción de ese camino traerá, a no dudarlo, un mejor y mayor desarrollo económico, social, cultural y de acercamiento a los sistemas de salud y de conectividad con la ciudad capital regional. Que así, entonces, de los antecedentes aportados por las partes a este recurso, no se ha logrado establecer una afectación a la comunidad recurrida ni a ninguna otra que permita el trámite de la consulta” (considerandos 15 y 16). Fallo confirmado por la Corte Suprema, Rol 7.642-2010, reiterando lo resuelto por la misma Corte de Temuco, Rol 1.155-2010, 10 de marzo de 2011, considerandos 7-9. También puede citarse el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala con COREMA Región de la Araucanía, Línea Loncoche-Villarica, Rol 150-2011, 3 de mayo de 2011, considerando 14, confirmada por la Corte Suprema, Rol 4.289-2011, 16 de junio de 2011.

23 En un importante volumen recientemente publicado se señala que “la cuestión de la determinación de cuándo consultar no está en última instancia en manos del Estado. Por el contrario, la sola representación (de buena fe) por parte de una comunidad indígena de que un asunto puede afectarle directamente, debe gatillar el proceso de consulta”, Aylwin, José, Meza-Lopehandía, Matías y Yáñez, Nancy, *Los pueblos indígenas y el derecho*, (Lom), 2006, p. 398. Esta tesis maximalista merece un importante reparo, dado que sustituye el juicio objetivo de la afectación directa (que, como se sabe, remite a factores subjetivos pero no se agota en ellos) por uno enteramente subjetivo, que traslada la validez de las actuaciones administrativas ni más ni menos que a la “sola representación” del interesado.

24 Corte Suprema, Puelman y otros con COREMA de la Región de la Araucanía, Piscicultura Palguín, Rol 1.525-2010, 17 de mayo de 2010, considerandos 9 y 10. Revoca fallo de Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.705-2009, 21 de enero de 2010. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Arica, Olivares y otros con Comisión de Evaluación de la XV Región, Planta Cátodos Camarones, Rol 40-2012, 4 de septiembre de 2012, considerandos 10 y 11. Véase también Corte de Apelaciones de Temuco, Comunidad Juan de Dios Ancamil III y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, Central Panguí, Rol 1.377-2013, 16 de septiembre de 2013, confirmada por la Corte Suprema, Rol 8.616-2013, 21 de octubre de 2013.

25 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 150-2011, op. cit., confirmada por la Corte Suprema, Rol 4.289-2011, op. cit.

te afectación²⁶. En sentido similar, la proximidad a poblaciones no es *por sí misma* un criterio suficiente si no se justifica algún grado de afectación²⁷, del mismo modo en que la lejanía es un dato material que puede contribuir a descartarla²⁸.

En la reglamentación ambiental anterior al DS 40²⁹, la cercanía a población, recursos y áreas protegidas exigía la valoración de variables identificadas con el binomio “magnitud o duración”. En el nuevo RSEA³⁰, la valoración de la susceptibilidad de afectación también se remite a criterios complementarios como “extensión, magnitud o duración” dentro de un “área de influencia”. Sin perjuicio de lo anterior, este es un factor que “debe tener presente la autoridad administrativa al momento de evaluar cada caso en particular”, especialmente si existen reparos de otros servicios públicos³¹.

Por último, se ha resuelto también que no representan necesariamente afectación directa aquellas actividades que, encontrándose en etapa de desarrollo, podrían generar consecuencias positivas para las comunidades³². Este juicio, que también se advierte en litigios ajenos a disputas ambientales³³, no encuentra sin embargo correlato en el Convenio, que ciertamente no limita la consulta a las medidas administrativas favorables³⁴.

26 Corte Suprema, Rol 1.602-2012, op. cit. En sentido similar, véase Corte Suprema, Consejo de Pueblos Atacameños y otros con Comisión de Evaluación Ambiental II Región, Planta de Secado y Compactado SQM, Rol 1.097-2013, 22 de mayo de 2014, considerando 8.

27 Corte Suprema, Rol 1.602-2012, op. cit., considerando 5. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.155-2010, op. cit., considerando 15, confirmada por la Corte Suprema, Rol 2.642-2010, 29 de octubre de 2010; y Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.377-2013, op. cit., considerando II, confirmada por la Corte Suprema, Rol 8.616-2013, op. cit.

28 Recientemente, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Comunidad indígena San Francisco de Chiu Chiu con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta, Museo R. P. Le Paige, Rol 1.637-2013, 7 de diciembre de 2013, confirmada por la Corte Suprema, Rol 63-13, 17 de febrero de 2014. También, Corte Suprema, Comunidad Indígena Manuel Marillanca y Otro con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, Ruta 199-CH, Rol 12.457-2013, 16 de enero de 2014, confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 6.758-2013, 25 de octubre de 2013.

29 Art. 11 de la Ley 19.300, en relación con los arts. 8 y 9 del DS 30 (D. Of. 3 de abril de 1997, con varias modificaciones).

30 DS 40, arts. 2 letra a) y 8.

31 Corte Suprema, Marcelo Condore Vilca y otros con Directora SEA I Región de Tarapacá, Sondajes Paguanta, Rol 1.140-2011, 30 de marzo de 2012, considerando 7.

32 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.155-2010, op. cit., considerando 15.

33 Corte de Apelaciones de Santiago, Santos Santos con Consejo de Monumentos Nacionales, Rol 114.303-2013, 8 de abril de 2014 (sentencia no ejecutoriada a la fecha de preparación de este escrito).

34 Sobre la valoración de los efectos positivos ha mostrado preocupación el Relator Anaya: Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los

El estándar de buena fe es recíproco. Recientemente la Corte de Apelaciones de Copiapó extendió el deber de buena fe a las comunidades, declarando que el deber de la autoridad administrativa se enmarca dentro de esfuerzos “razonables” por lograr un diálogo constructivo³⁵. Para esta Corte, la exigencia de buena fe, de procedimientos apropiados y de búsqueda del consentimiento, “supone que el procedimiento de consulta no se agote en un mero trámite formal, sino que resulte en un verdadero instrumento de participación de las entidades consultadas, exigencia que a su vez supone: a) la apertura al diálogo activo; b) evitar dilaciones innecesarias; c) desarrollo de objeciones cuando realmente se tengan motivos fundados en ilegalidades o ausencia de información; d) no formulación de peticiones irrazonables; e) no considerar que se tenga derecho a veto ex ante; f) seguimiento de las etapas procesales sucesivas que se concatenan las unas con las otras, y g) intentar, de entre interpretaciones posibles de los actos de la contraparte, adoptar aquella que resulte más eficaz a la obtención de resultados, esto es, llegar a un acuerdo”³⁶.

Sanción por omisión de la consulta. De acreditarse, siguiendo las directrices anteriormente señaladas, que el proyecto afectará el ambiente importando riesgos para la población o una alteración para las condiciones de vida que ameritan un EIA, la resolución que aprobó una DIA debería invalidarse³⁷. Lo anterior supone que en el proceso obren antecedentes bastantes para el convencimiento judicial sobre la afectación directa³⁸. De igual modo, la RCA que aprueba un

pueblos indígenas, James Anaya, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo’”, Chile, noviembre de 2012, párr. 46.

35 Corte de Apelaciones de Copiapó, Comunidad indígena Yastai de Juntas de Valeriano y otros con Comisión de Evaluación Ambiental, El Morro IV, Rol 436-2013, 28 de abril de 2014, considerando 24. Fallo no ejecutoriado.

36 *Ibid.*, considerando 20.

37 Corte de Apelaciones de Valdivia, Manquepillan y otros con COREMA Región de Los Ríos, Estación Lanco-Panguipulli, Rol 243-2010, 4 de agosto de 2010, considerando 4, confirmada por la Corte Suprema, Rol 6.062-2010, 4 de enero de 2011. En el mismo sentido, Corte Suprema, Asociación indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio ambiente de la Región de Antofagasta, Plan Regulador San Pedro de Atacama, Rol 258-2011, 13 de julio de 2011; Corte Suprema, Comunidad Indígena Antulafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio ambiente de la Región de los Lagos, Parque Eólico Chiloé, Rol 10.090-2011, 22 de marzo de 2012.

38 Tratándose de la impugnación de aquellas RCA que aprueban una DIA, la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 40-2012, *op. cit.*, ha estimado: “[q]ue, atento lo anteriormente explicitado, estos sentenciadores no se han logrado formar la convicción de que el proyecto ‘Planta Catados Pampa Camarones’ se encuentre en alguna de las hipótesis a que refiere el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y, consecuentemente para la aprobación del mismo, no es menester la elaboración de un estudio de impacto ambiental como lo sostienen los recurrentes”, considerando 10, fallo confirmado por la Corte Suprema, Rol 7.079-2012, 30 de noviembre de 2012. En similar sentido, véanse Corte de Apelaciones de Temuco,

EIA que omita la consulta indígena cuando aquella es procedente es inválida, en sede de protección, por vulnerar el derecho a la igualdad que asegura el número 2 del artículo 19 constitucional, sin contar con que la RCA puede vulnerar los derechos garantizados en los números 1, 6 y 8 del mismo artículo³⁹.

Jurisdicción del contencioso: jurisdicción de protección o jurisdicción ambiental. A contar del 2014, pareciera advertirse cierta tendencia a deferir el escrutinio de legalidad hacia los tribunales ambientales creados por la Ley 20.600. Siguiendo el criterio anunciado en abril de 2014 para una disputa sobre un proyecto inmobiliario⁴⁰, la Tercera Sala de la Corte Suprema afirmó, durante mayo y en el contexto de un recurso de protección por supuestas ilegalidades vinculadas a la falta de una consulta indígena, que el foro natural de estas controversias deberían ser los tribunales ambientales⁴¹. El mismo criterio lo desliza la Corte de Copiapó en el último fallo de la saga del Proyecto El Morro⁴².

Comunidad indígena Mariano Marihual y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, Rol 5707-2013, 29 de enero de 2014, confirmada por la Corte Suprema, Piscicultura Caburga II, Rol 6.427-2014, 3 de abril de 2014; y Corte de Apelaciones de Temuco, Meliqueo Quiriban y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Araucanía, Recuperación Ex Pozo Áridos, Rol 325-2014, 6 de mayo de 2014.

- 39 Recientemente, Corte de Apelaciones de Arica, Vargas Pizarro con Servicio de Evaluación Ambiental, Manganeso Los Pumas, Rol 182-2013, 25 de noviembre de 2013 (no ejecutoriado).
- 40 Corte Suprema, Junta de Vecinos con Comisión de Evaluación Ambiental V Región, Costa Laguna, Rol 2892-2014, 29 de abril de 2014, considerando 6: “Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que estas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad –oportunidad en que evidentemente es procedente la acción de protección– no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que estos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado. Como se sabe, la ley que creó los Tribunales Ambientales no solo trasladó a estos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley N° 19.300, sino además aprobó una norma –artículo 17 N° 8– que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa. Es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe instarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental”.
- 41 Corte Suprema, Rol 1.097 2013, op. cit., considerando 2: “no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia, dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto–, 26 y 28 –normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final– y 30 bis de la Ley N° 19.300, disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental”.
- 42 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 436-2013, op. cit., considerando 33: “Lo anterior no es una cuestión baladí ni intrascendente, pues dentro del contexto de la nueva institucionalidad ambiental, el re-

Cabe advertir, en todo caso, que, aun cuando llegara a consolidarse este criterio, la vía proteccional seguiría siendo la idónea para amparar a aquellas comunidades y demás sujetos que carecen de legitimación activa frente a los tribunales ambientales⁴³. Por lo tanto, es de esperar que la más accesible puerta de la protección seguirá abierta.

Los criterios recién reseñados constituyen estándares propios del escrutinio judicial que es necesario para resolver una pretensión impugnatoria. En la medida en que ellos responden a la lógica del contencioso administrativo, deben considerar variables que no necesariamente concurrirán en procedimientos administrativos no invalidatorios. En efecto, además de la certeza de la evidencia, la valoración judicial propia de un contencioso administrativo exige la ponderación de otras variables positivas y no positivas. Entre las primeras, y dada la naturaleza procedimental de la consulta, debe ocupar un lugar especial una regla que todavía no registra aplicación en los procesos judiciales de impugnación por falta de consulta: la exigencia de perjuicio a que se refiere el artículo 15 inciso 2° de la Ley 19.880. Entre las no positivas, el tribunal (y, en su caso, la propia Administración, cuando ejercita la potestad administrativa invalidatoria) podría recurrir al principio de confianza legítima que también opera como estándar de invalidación.

La distinción entre estándares judiciales y administrativos es relevante pues los órganos promotores de la medida administrativa pueden aplicar, siempre dentro del estándar del Convenio, criterios más amplios de consulta con el objeto fortalecer la legitimidad política y, por lo tanto, la aceptación de sus decisiones. En otras palabras, sobre el mínimo exigible (y controlable judicialmente con los criterios arriba reseñados), la Administración –ambiental y no ambiental– tiene plena competencia para extender los procesos de participación.

curso de protección reviste una acción de *'ultima ratio'*, por cuanto el legislador implementó una serie de acciones administrativas y judiciales, con medidas cautelares incluidas, para evaluar técnicamente las resoluciones de las Comisiones Regionales de Evaluación y para sancionar la implementación posterior de los proyectos”.

43 Hay registro, en todo caso, de reclamaciones interpuestas por miembros de comunidades indígenas que no actuaron como parte en los procedimientos administrativos. Así por ejemplo, Segundo Tribunal Ambiental, María Castillo Patripán y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Piscicultura Río Calcurrupe, Causa R 16-2013, Res. Exenta 0725, 14 de agosto de 2013. La resolución que desecha el incidente de incompetencia es del 27 de noviembre de 2013 (“los argumentos señalados por el reclamado se fundamentan en la falta de legitimación activa del reclamante, alegación que no debe confundirse con la competencia absoluta, objeto de este incidente”).

3. Los criterios reglamentarios para el escrutinio administrativo dentro del proceso de evaluación ambiental

La legislación ambiental y el RSEA establecen criterios de valoración de la afectación directa. Sobre la base de los criterios cualitativos y cuantitativos que determinan que un proyecto o actividad debe ingresar imperativamente al sistema de evaluación de impacto ambiental, la ley establece tres hipótesis que reglamentariamente se han asociado al concepto de afectación directa. Se trata de las situaciones previstas en los artículos 7, 8 y 10 del RSEA y que corresponden a las letras c, d y f del artículo 11 de la Ley 19.300. Como se advirtió más arriba, todas estas referencias remiten a alguna forma de significación en el impacto. Esta significación no debe ser entendida como una restricción a la consulta. Por el contrario, la exigencia reglamentaria en términos de “duración” (artículos 7 y 8 del RSEA), “extensión” (artículo 8 del RSEA) o “magnitud” (artículos 7, 8 y 10 del RSEA) debe interpretarse como una exigencia objetiva necesaria para mantener el concepto de “afectación directa” dentro de márgenes que impidan vaciar su contenido. Lo anterior es consecuencia natural de las exigencias de proporcionalidad que impiden dos posibles sentidos absurdos del Convenio 169: que todo deba consultarse o que nada deba consultarse. Para evitar el primer extremo (que todo se consulte), estos criterios de significación permiten discernir situaciones irrelevantes en términos de percepción o impacto de aquellas que tiene una entidad suficiente para que razonablemente puedan afectar a un grupo humano. Por otra parte, para evitar el segundo extremo (que nada se consulte) es preciso que estos mínimos de objetivación se complementen con la ponderación de “modos [de afectación] no percibidos por la población del Estado” (“*ways not felt by others in society*”) como patrón para discernir la necesidad de la consulta:

[U]na interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: *es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*⁴⁴. (Énfasis añadido).

44 Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, “Promoción y protección de todos los derechos

Para el Relator Anaya, la afectación directa es una suerte de “incidencia diferenciada” que remite a la evaluación de los “intereses” y “condiciones” de los pueblos indígenas:

*Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas*⁴⁵. (Énfasis añadido).

Esta combinación de criterios objetivos y subjetivos, a partir de una lectura de la ley que es conforme con el derecho internacional, tiene la ventaja de no dejar toda la ponderación de las premisas de la consulta en manos del Estado (lo que, al permitir posibles restricciones o distorsiones, preocupa a los observadores internacionales)⁴⁶ ni las condiciones de validez de todas las medidas administrativas a merced de valoraciones puramente subjetivas (con la consecuente incerteza que se derivaría para todas las actividades susceptibles de ser objetadas en razón de los intereses de las comunidades). Por otra parte, en su aplicación práctica, concede a la Administración la flexibilidad necesaria para que, en caso de duda, pueda disponer siempre la apertura de un proceso de consulta. En este sentido, la regla del Convenio 169 puede ser interpretada como una norma habilitadora de una competencia administrativa que, si bien excluye la posibilidad de invalidar una medida que no afecta directamente a una comunidad, no prohíbe la consulta al margen de los casos de afectación directa o en los casos en que esta última no se pueda advertir con la claridad que exigen los procesos judiciales.

humanos, civiles, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

45 Íd., párr. 43.

46 Anaya, “Comentarios del Relator Especial...”, op. cit., párr. 46.

4. El procedimiento reglamentario de la consulta

El RSEA viene a enriquecer las posibilidades procedimentales de valoración de la afectación directa en los procedimientos de evaluación ambiental. Para ello, el artículo 86 establece una obligación nueva cual es la de socializar en las comunidades indígenas (que el RSEA llama “grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”) el ingreso de una DIA o de un EIA que no informa la generación de impactos a que se refieren los artículos 7, 8 y 10 del RSEA (que, a su turno, corresponden a las letras c, d y f del artículo 11 de la Ley 19.300). Bien aplicada, esta obligación puede hacer las veces de una preconsulta dirigida a descartar la existencia de una afectación directa y con ello confirmar preliminarmente la información aportada por el titular del proyecto⁴⁷. Tratándose de un EIA que se refiera a un proyecto o actividad que genere los impactos que la ley (letras c, d y f del artículo 11 de la Ley 19.300) asocia al concepto de afectación directa, el artículo 85 RSEA detalla el deber de consulta en los siguientes términos:

a) El Servicio deberá “diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental”.

b) El proceso debe diseñarse de modo participativo. Ello presupone una convocatoria inclusiva que no excluya arbitrariamente a ningún comunidad y que permita, a partir de la entrada en vigencia del DS 66, nuevo Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena (publicado en el Diario Oficial de 4 de marzo de 2014), el cumplimiento del mínimo de etapas que señala dicho reglamento (artículo 8°, que se

47 “En concordancia con el principio precautorio y el principio de no discriminación que guían a las normas de derechos humanos, los órganos del Estado antes de adoptar medidas administrativas o legislativas deben evaluar preliminarmente si la medida podría afectar derechos o intereses de los pueblos indígenas; en caso de duda, es recomendable dar curso a una preconsulta para determinar si la medida pudiese afectar tales derechos o intereses. Al respecto, el artículo 15 del Convenio 169 establece ‘[l]os gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras’ (énfasis añadido)”, *ibíd.*, párr. 44.

remite a las fases del artículo 16)⁴⁸. Las etapas son las siguientes:

(i) Planificación. De acuerdo con la Guía recientemente publicada por el Ministerio de Desarrollo Social⁴⁹, esta etapa tiene por objeto:

- Entregar información preliminar de la medida.
- Determinar los participantes preliminares de la consulta, definir sus roles y funciones.
- Definición de Metodología de consulta (plazos, forma de entrega de información en talleres, talleres internos, formalización de acuerdos, periodicidad de las reuniones, mecanismos de difusión y logística en general).

(ii) Entrega de información y difusión

(iii) Deliberación interna

(iv) Diálogo

(v) Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.

c) El Servicio debe también establecer los mecanismos para que las comunidades participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

d) Tratándose de un proyecto que genere alguno de los impactos señalados en los artículos 7, 8 y 10 del RSEA (artículo 11 letras c, d y f de la Ley 19.300) y que afecte a alguna comunidad indígena o que existan dudas respecto de esa afectación, el RSEA permite al futuro titular del proyecto consultar previamente al Director Regional o al Director Ejecutivo del SEIA sobre “los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de su proyecto o actividad y su eventual proceso de consulta” (artículo 27 RSEA). El Servicio ha llamado a este procedimiento “Análisis de ingreso por susceptibilidad

⁴⁸ A diferencia del RSEA, que no se aplicó retroactivamente a los procedimientos pendientes, el DS 66 afecta a los procedimientos en trámite. El artículo único transitorio de este reglamento señala que “[l]a substanciación y ritualidad de los procesos de consulta iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa, se regirán por las normas del presente reglamento una vez publicado. Para dicho efecto los procesos ya iniciados deberán homologar la etapa en que se encuentren a la etapa que corresponda definida en este reglamento, respetando todo lo obrado previamente y adoptando los cambios que sean necesarios desde la etapa que se encuentren en adelante”.

⁴⁹ Ministerio de Desarrollo Social, Guía operativa para la aplicación de los procedimientos de consulta establecidos en el DS 66 del Ministerio de Desarrollo Social, s.l., s.d., 2014.

de afectación directa a grupos humanos indígenas” y lo ha reglamentado internamente a través de un instructivo⁵⁰. Este instructivo también considera la participación indígena como trámite previo a la expedición del pronunciamiento que responde a la consulta del proponente. Sin embargo, para el Servicio este procedimiento no implica la dictación de una medida administrativa, ni para los efectos de la consulta ni para los de una eventual impugnación. En cuanto a lo primero, el instructivo señala que “la respuesta a la Solicitud de análisis de Ingreso por SAD [susceptibilidad de afectación directa] a los GHPPI [grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas] en ningún caso podrá concluir que el proyecto o actividad es susceptible de afectar directamente a GHPPI o no, por cuanto dicho análisis forma parte del proceso de evaluación del respectivo Estudio de Impacto Ambiental. En este sentido, y dado que la respuesta a la Solicitud de Análisis de Ingreso por SAD a los GHPPI es una simple declaración de juicio, ella no constituye medida administrativa en los términos señalados en el artículo 6.1 a) del Convenio 169 de la OIT”⁵¹. En cuanto a los recursos de impugnación, el instructivo señala que el pronunciamiento “simplemente consiste en la entrega de información al Proponente en relación a los requisitos jurídicos o técnicos que debe considerar para la presentación de su proyecto a [sic] actividad y su eventual proceso de consulta, y no implica una decisión por parte del Servicio (...) [D]icho pronunciamiento no constituye un acto resolutivo, sino un acto trámite el cual, además, no determina la posibilidad de continuar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ni produce indefensión”⁵².

5. Fenómenos que dificultan los procedimientos de consulta

Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, la consulta previa, junto con el derecho de participación que instituye el artículo 7° del Convenio 169, constituye “la piedra angular del

50 Ord. 140143/2014, 27 de enero de 2014.

51 *Ibíd.*, párr. 5.

52 *Ibíd.*, párr. 7.

Convenio núm. 169 y la base de todas sus disposiciones”⁵³. Pues bien, para que este trámite no frustre su finalidad, es preciso que se den algunas condiciones no legales que no siempre es posible observar en la práctica.

La observación de la realidad muestra, por el contrario, algunos fenómenos que conspiran contra las posibilidades que tiene la consulta de constituirse como un medio efectivo de influencia sobre las decisiones de la autoridad.

a) Convocatorias no inclusivas: convocatorias nominadas, innominadas y mixtas

Una primera tentación a la que puede ceder la autoridad ambiental es la interpretación estricta de la norma habilitante para llamar a la consulta. Como se ha dicho más arriba, sobre una misma base normativa existen dos estándares: el judicial, que es propio del escrutinio de legalidad, y el administrativo. Este último, en atención a la finalidad política de la consulta, admite (especialmente en los casos de duda) mayor flexibilidad en la valoración de la afectación directa.

La primera oportunidad para identificar a los sujetos reside en la dictación de la resolución exenta que llama a un proceso de consulta. Esta resolución admite tres modalidades: convocatoria nominada, convocatoria innominada y convocatoria mixta. La convocatoria nominada consiste en el llamamiento a los integrantes de una comunidad determinada, usualmente se encuentra ligada a consultas ordenadas por resoluciones judiciales⁵⁴ y tiene el riesgo de excluir a las comunidades no comprendidas en el llamamiento. La convocatoria innominada invoca genéricamente a los grupos humanos indígenas emplazados en el área de influencia del proyecto⁵⁵ y la mixta combina elementos del primer y segundo tipo⁵⁶.

53 CEA CR, Observación General Convenio 169, 100ª Reunión, 2011.

54 Véase, por ejemplo, CEA Región de Tarapacá, EIA Proyecto Sondajes de prospección Paguanta: “Comunidades, Grupos Humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas y/o con sus organizaciones representativas de Cultane”, Res. Exenta 148/2013, 6 de diciembre de 2013.

55 Véanse, por ejemplo: a) CEA Región de Los Ríos, EIA Proyecto Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullinque: Pueblos, “Comunidades y grupos humanos indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados por aquél”, Res. Exenta 003/2013, 7 de mayo de 2013; b) CEA Región de Antofagasta, EIA Proyecto RT Sulfuros: “Pueblo(s) cuyos miembros puedan ser objeto de afectación directa por el Proyecto”, Res. Exenta 0222/2013, 13 de agosto de 2013; c) EIA Pequeñas Centrales Hidroeléctricas de pasada Florín II y Florín III: “Grupos Humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados directamente por aquél”, Res. Exenta 027/2013, 25 de septiembre de 2013; d) CEA de la Región de la Araucanía, EIA Central Hidroeléctrica Añihuerraqui: “Grupos Humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados directamente por aquél”, Res. Exenta 262/2013, 29 de noviembre de 2013; y e) CEA Región de Arica y Parinacota, EIA Embalse Chironta: “Pueblos y/o comunidades indígenas susceptibles de ser afectados por el proyecto”, Res. Exenta 008/2014, 21 de febrero de 2014.

56 Véanse, por ejemplo: a) CEA Región de Atacama, EIA Proyecto El Morro: “Comunidad Agrícola Diaguita Los Huascoalinos” y sin perjuicio, “en caso de existir otras Comunidades Indígenas susceptibles

La segunda fase de identificación de los intervinientes es más precisa y se encuentra ordenada en la etapa de planificación del proceso de consulta que manda el DS 66 (artículo 16).

La resolución que convoca la consulta ha generado también disputas en sede de protección. Estos litigios han sido resueltos, en términos generales, previo análisis del perjuicio o vulneración de derechos que genera para la recurrente la resolución que llama a la consulta⁵⁷. La doctrina administrativa que ha respaldado estos fallos es la de la inimpugnabilidad de los actos trámite⁵⁸, la que debiera mantenerse en la medida en que la resolución que llama a la consulta no arroje como resultado la privación del derecho a participar. De configurarse esta última hipótesis, la resolución adolecería de un vicio de legalidad.

Cabe reseñar, por último, aquellos casos en que la propia Comisión de Evaluación ha calificado desfavorablemente un EIA con consulta nominada porque, entre otras razones, la propia Administración no consideró a todos los pueblos afectados⁵⁹.

b) Falta de instituciones representativas

Un segundo factor que puede conspirar contra la eficacia de la consulta es la fragmentación de las comunidades. Esta división se debe a diversos factores,

de ser afectadas por el Proyecto El Morro, estas deberán ser igualmente consultadas”, Res. exenta 069/2013, 13 de marzo de 2013; b) CEA Región de Tarapacá, EIA Proyecto Continuidad operacional Cerro Colorado: “Grupos Humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados directamente por aquél y especialmente con las Comunidades Indígenas de Quiipisca, Mamiña, Iquiuca y Parca”, Res. Exenta 153/2013, 19 de diciembre de 2013; y c) CEA Región de Tarapacá, EIA Pampa Solar: “grupos Humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados directamente por aquél y especialmente y especialmente con las Asociaciones Indígenas Urbanas de Pampa Verde, Flor del desierto y Sol Naciente; y Asociaciones Indígenas Urbanas de la localidad de Pozo Almonte, sin perjuicio que en el curso del proceso de evaluación se determinen impactos significativos a otros Grupos Humanos Indígenas, que hagan precedente su consulta”, Res. Exenta 42/2014, 28 de marzo de 2014.

57 Véase Corte de Apelaciones de Copiapó, Campusano Vilches con Comisión de Evaluación III Región de Atacama, El Morro III, Rol 151-2013, 5 de junio de 2013, confirmada por la Corte Suprema, Rol 4.013-2013, 27 de junio de 2013; y Corte de Apelaciones de Iquique, Ticona con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Tarapacá, Proyecto Cerro Colorado, Rol 27-2014, 18 de febrero de 2014, confirmada por la Corte Suprema, Rol 4.849-2014, 27 de marzo de 2014.

58 Véase, del mismo Proyecto El Morro, el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, Campusano Vilches con Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, El Morro II, Rol 250-2012, 29 de octubre de 2012; y Corte de Apelaciones de Valdivia, Comunidad Indígena Inalafken y otros con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Ríos, Proyecto Central Neltume, Rol 147-2014, 26 de mayo de 2014.

59 Véase Res. Exenta 37/2014, 27 de marzo de 2014, califica ambientalmente el Proyecto Sondajes de Prospección Paguanta, párr. 12.

algunos de ellos legales (como el carácter que tienen las comunidades en la Ley 19.253) y otros sociales (la falta o variedad de organizaciones, las diversas visiones respecto de los proyectos, la posible competencia por los liderazgos y hasta las diferentes estrategias judiciales elegidas por las defensas legales). Todo lo anterior, a la par que genera incerteza para el órgano promotor de la medida, dificulta todo el proceso de consulta e imposibilita en ciertos casos la correcta apreciación del consenso (favorable o desfavorable) sobre la medida a consultar. En este sentido, la más reciente jurisprudencia sobre el caso *El Morro* da buena muestra de divisiones internas donde las propias comunidades plantean tesis contradictorias sobre la representatividad, la afectación o el reconocimiento recíproco como comunidad indígena.

c) Participación fragmentada

La fragmentación admite al menos dos modalidades: una referida a los sujetos de la consulta y otra a las instancias de participación.

Aunque a veces la negociación separada es vista como una forma de “captura” de las comunidades⁶⁰, la experiencia muestra que en algunos casos – dada la inexistencia de formas unitarias de organización en una misma área territorial– la negociación de medidas de mitigación o compensación con una sola autoridad representativa es sencillamente imposible. De ello resulta inevitablemente una variedad multiforme de medidas y de convenios que no siempre es del gusto de quien o quienes no participan de ellas.

En cuanto a las instancias de participación, se observa en algunos casos la preferencia por la participación ciudadana frente a la consulta indígena. Esto implica que los personeros de las comunidades formulan sus observaciones en los procesos de participación ciudadana ordinarios y se restan de participar en la consulta indígena. Esta última decisión puede obedecer a diversos factores: simple falta de voluntad, desavenencias en el proceso de negociación de metodologías de intervinientes u otros, o se considera innecesario duplicar las instancias de comunicación. Naturalmente, la consulta es un proceso que contiene mayores garantías, por lo que no parece aconsejable el intercambio con la PAC. Con todo, en la medida en que se trate de un acto voluntario (las comunidades afectadas no pueden ser forzadas a participar en el proceso de consulta), no parecería razonable objetar la validez de procedimientos administrativos donde se ha optado por ser parte de un proceso de participación que ofrece menos

⁶⁰ Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, op. cit., p. 298.

garantías de pertinencia cultural e impacto sobre la medida final.

d) Participación no significativa

La participación significativa tiene el poder efectivo de influir hasta el extremo de justificar la denegación de la autorización implícita en la RCA. La participación que no logra generar un impacto en la RCA causa desazón en las comunidades, que cambian sus expectativas en los procesos de evaluación ambiental⁶¹ por los más inciertos y áridos litigios ambientales. Para favorecer la participación significativa es preciso reforzar y garantizar las posibilidades de llegar a acuerdos (particularmente con el titular del proyecto) que puedan ser depositados en la resolución de calificación ambiental y luego fiscalizados. Este paso, que recién se comienza a dar, es de enorme relevancia.

Conclusiones

La reforma reglamentaria, pese a todas las dificultades que atravesó su proceso de aprobación, indudablemente mejoró el estado de indefinición en que se encontraba los procesos administrativos medioambientales frente a la consulta indígena que se hizo exigible desde 2009. Naturalmente, ella no resolvió – porque ni legal ni constitucionalmente podía– todos los problemas asociados a la consulta.

Como se dijo más arriba, los procesos de evaluación de impacto ambiental no agotan todo el universo de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas. Tampoco su acto terminal puede resolver todos los problemas que las comunidades arrastran con el Estado o los inversionistas privados. Como se ha dicho en otro lugar, la conflictividad que emerge de los litigios medioambientales es una muestra de deficiencias regulatorias mayores o simplemente de políticas de organización del territorio que, asociadas al bajo costo relativo de los juicios, explican el alto nivel de judicialización⁶².

El énfasis en la consulta –propiciado por la propia OIT, que ha elevado esta herramienta al misterioso grado de “piedra angular”– ha probablemente

61 Grez, Felipe y González, Verónica, “Justicia ambiental y gran minería: La discriminación de las comunidades”, en Rowlands, Jorge y Aylwin (comps.), *Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy*, (Observatorio de derechos de los pueblos indígenas), 2012, pp. 248-250.

62 Cordero, Luis, “Derecho administrativo y Convenio 169: La procedimentalización de los conflictos como consecuencia de soluciones incompletas”, en Olea, Helena (ed.), *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*, (Centro de Derechos Humanos UDP), p. 84. Cordero, “Corte Suprema y medio ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en Couso (ed.), *Anuario de derecho público 2012*, (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales), 2012, pp. 359-375.

prospuesto la discusión sobre formas más complejas de participación asociadas a la administración o coadministración de la tierra⁶³. Por ello tienen razón quienes sostienen que las estrategias legales no siempre han contribuido al desarrollo de las comunidades indígenas⁶⁴.

63 Ver Richardson, Benjamin, "The Ties that Bind: Indigenous Peoples and Environmental Governance", en Richardson, Imai, Shin y McNeil, Kent (eds.), *Indigenous Peoples and the Law. Comparative Critical Perspectives*, (Hart), 2009, pp. 361-368.

64 Engle, Karen, *The Elusive Promise of Indigenous Development*, (Duke University Press), 2010.

PRECAUCIÓN Y RECURSO DE PROTECCIÓN. SOBRE LOS ALCANCES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO *CONSTRUCCIÓN TRANQUE EL MAURO* (2013) Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN DE DECISIONES AMBIENTALES

*Luis Cordero Vega*¹

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad, a consecuencia de la sentencia de la Corte Suprema de 2013 recaída en el caso del Tranque el Mauro, analizar los efectos que tiene la aplicación del principio de precaución sobre actos de la administración en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), especialmente cuando se utiliza el Recurso de protección para resolver cuestiones de lato conocimiento que en la mayoría de la ocasiones requiere de prueba.

En materia ambiental esta situación es especialmente compleja, sobre todo en el contexto del SEIA, porque el debate se refiere, en la mayoría de los casos, a cuestiones de carácter técnico o, al menos, a asuntos fácticos respecto de los cuales es necesario un término probatorio, lo que es problemático si se considera que se trata de un procedimiento administrativo integrado en el que participan distinto organismos con diversas atribuciones.

Antecedentes

El 4 de julio del 2013 la Corte Suprema², en votación dividida, decidió el caso asociado a la construcción del tranque El Mauro (en adelante, la sentencia), acogiendo el recurso de protección interpuesto por un grupo de habitantes del poblado de Caimanes, ubicado en la Cuarta Región de Coquimbo, en contra de la Compañía Minera Los Pelambres, aceptando la pretensión de los recurrentes en orden a que la obra se había construido subestimando los ries-

¹ Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

² Corte Suprema, Rol 19-2013, sentencia de fecha 4 de julio de 2013. La sala estuvo compuesta por los ministros Sergio Muñoz G., Héctor Carreño S., María Eugenia Sandoval G., Lamberto Cisternas R. y por el abogado integrante Emilio Pfeffer. La redacción estuvo a cargo del ministro Muñoz.

gos frente a eventos sísmicos, los que, de ocurrir, implicarían el colapso del tranque, generándose con ello una avalancha del material que se precipitaría sobre la localidad en que habitan³.

La tesis central de la mayoría de la Corte Suprema⁴ fue que los hechos planteados por los recurrentes constituían una amenaza a la integridad física y psíquica de los habitantes del poblado Caimanes, que dicha Corte debía proteger, por los siguientes argumentos:

Que el carácter cautelar de la acción que se plantea tiene por específico propósito adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, en cuanto pudiesen resultar perturbados o amenazados derechos o garantías constitucionales, que como en este caso pudiesen derivarse como consecuencia del colapso de una obra civil que contiene un enorme volumen de material de relave en su interior⁵.

La capacidad de resistencia sísmica de un tranque de relaves mineros de las características del tranque El Mauro deben ser siempre suficiente como para evitar que frente a movimientos sísmicos como los que pueden ocurrir en el país tales obras colapsen, con consecuencias impredecibles para los asentamientos humanos que existen en sus alrededores⁶.

3 En 2012 el tranque El Mauro ya había sido objeto de una impugnación con un propósito semejante (SCS, Rol 8.776-12, 16 de enero de 2013). En tal caso, un grupo de personas interpuso un recurso de protección contra la sociedad minera solicitando la suspensión de la construcción y funcionamiento del tranque de relaves El Mauro hasta que se garantizara de modo eficaz a los habitantes del pueblo de Caimanes la ausencia de riesgos para la vida y la salud humana y de contaminación ambiental derivados de tal obra. La Corte Suprema rechazó el recurso, confirmando el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, sosteniendo que el acto ilegal o arbitrario que se denunciaba en el recurso no existía, puesto que no se había constatado la concurrencia de factores relativos al tranque de relaves El Mauro que importaran poner en riesgo la vida y la salud de las personas o un atentado al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En ese caso, el voto de minoría estuvo a cargo del ministro Sergio Muñoz (la mayoría estuvo compuesta por los ministros Pedro Pierry y María Eugenia Sandoval, y por los abogados Jorge Baraona y Jorge Lagos), quien fue partidario de acoger el recurso de protección fundándose en el “principio preventivo”, afirmando que este debe inspirar las decisiones que adopte la autoridad respecto de las acciones que pueden impactar de manera negativa en el patrimonio ambiental del país, principio que solo requiere de un riesgo racional que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren. Así, afirmó, existiendo indicios de una amenaza a las garantías del art. 19 N°1 y 8 de la Carta Fundamental, el derecho a la vida e integridad física y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el recurso de protección debía ser acogido.

4 La mayoría la conformaron los ministros Muñoz (redactor), Carreño y Cisternas. El voto de minoría fue de la ministra Eugenia Sandoval y del abogado integrante Emilio Pfeffer, quienes fueron de la idea de confirmar el fallo de la Corte de Apelaciones respectiva, señalando que no se habría acreditado un actuar arbitrio e ilegal por parte de la minera y que, además, las autoridades con competencia sectorial fiscalizaban permanentemente la operación de la misma, en cumplimiento de sus obligaciones legales.

5 Corte Suprema, Rol 19-2013, op. cit., considerando 3.

6 *Ibid.*, considerando 4.

Que si bien Sernageomin entregó información técnica que daba cuenta que en la ejecución del tranque se consideraron factores de estabilidad sísmica más exigentes que los requeridos por la normativa vigente a la época en que fue aprobado su diseño y construcción, solo se tuvo presente terremotos de magnitud 8,3 y 7,5, movimientos telúricos de las características que en uno y otro caso precisa un determinado Memorándum⁷. Que si bien la opinión del ingeniero civil en minas del Departamento de Seguridad Minera del Sernageomin no representa oficialmente a dicho Servicio, esta se refiere a la necesidad de elevar los estándares para la construcción de los tranques y el emplazamiento en relación a zonas pobladas y no puede desconocerse por contener la conclusión de un especialista en el tema que se desempeña en esa repartición pública, por lo que no es razonable prescindir de sus observaciones, sobre todo en cuanto ellas apuntan precisamente a elevar las exigencias en la ejecución de este tipo de obras, lo que se traduce en considerar intensidades sísmicas mayores a las antes mencionadas⁸.

Por el hecho de estar en presencia de fenómenos cuyo potencial destructivo resulta a la fecha impredecible pareciera que lo razonable implica actuar dentro de los márgenes de seguridad más estrictos de que se disponga. Esto se corrobora por el hecho que los antecedentes técnicos del estudio se refieren a “probabilidades” de manera que no es posible descartar la ocurrencia de movimientos sísmicos de magnitud aun mayor a los que han tenido lugar en los últimos años. *Lo anterior obliga a adoptar las mayores medidas de seguridad posibles dando con ello aplicación al principio precautorio pues ante tal advertencia y la ocurrencia de un hecho de la naturaleza de grave magnitud no se podrá indicar que se estará ante un imprevisto que no es posible resistir*⁹.

La inexistencia de planes de evacuación más la información de la Oficina de Emergencia Nacional que precisa que en presencia de una catástrofe de gran magnitud están en riesgo las zonas de población aledañas, obligan a adoptar las medidas de resguardo que la prudencia exige y aconseja¹⁰.

7 Ibid., considerando 5.

8 Ibid., considerando 6.

9 Íd. Salvo que se indique lo contrario, todos los énfasis incluidos en este trabajo han sido agregados por su autor.

10 Ibid., considerando 7.

A consecuencia de esa decisión, la Corte estableció, como medida de amparo de derechos fundamentales, una serie de órdenes vinculadas a organismos administrativos, algunos de los cuales no fueron partes en el recurso de protección¹¹.

El razonamiento de la Corte Suprema contrasta con el sostenido por la Corte de Apelaciones de La Serena, que había rechazado el recurso de protección porque las condiciones de inseguridad que presentaría el tranque de relaves El Mauro, que a juicio de los recurrentes constituían una situación ilegal y arbitraria, no se encontraba acreditada, entre otros argumentos, porque Sernageomin otorgó el permiso para la construcción y autorización del tranque y el proyecto se sometió al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Ello daba cuenta que este fue revisado técnicamente, conforme con lo estipulado en el Reglamento de Construcción y Operación de Tranques de Relaves y en el Reglamento de Seguridad Minera, considerándose que cumplía con las precauciones necesarias para otorgar seguridad y estabilidad a las instalaciones, velando por la protección de los trabajadores y del medioambiente, motivo por el cual se había aprobado¹².

Como consecuencia de la sentencia de la Corte Suprema se han originado un conjunto de interrogantes asociadas no solo a la implementación de las medidas señaladas, sino que también a la manera en que la Corte resolvió el asunto de carácter técnico, sobre la base de un recurso de protección, en donde la prueba en este procedimiento jurisdiccional era esencial para verificar el estándar de riesgo reclamado¹³.

11 La Corte Suprema ordenó las siguientes medidas: 1) La minera deberá implementar un mecanismo de control y supervigilancia permanente del funcionamiento de las instalaciones del tranque con el fin de prever cualquier situación riesgosa para la población cercana a esas instalaciones. 2) La Oficina Nacional de Emergencia, a través del Director Comunal de Protección Civil y Emergencias, deberá supervisar y asesorar a la autoridad comunal de Los Vilos para la elaboración de planes de alerta temprana y de evacuación en la zona aledaña al tranque. 3) Sernageomin deberá mantener periódicamente una vigilancia sobre el tranque, supervigilando, en los términos que precisa el respectivo Reglamento, las condiciones de funcionamiento del tranque, cerciorándose de la manera más celosa a su disposición que aquél opera bajo los más estrictos márgenes de seguridad, sin perjuicio de que deberá elaborar de manera conjunta con la Oficina Nacional de Emergencias un plan para hacer frente a eventuales contingencias, de forma de minimizar dentro de lo posible las consecuencias que pudiere ello importar a los habitantes del poblado de que se trata. 4) La Dirección General de Aguas deberá mantener un permanente control y vigilancia respecto de la obra, de manera de advertir lo más tempranamente que sea posible cualquier filtración o mala operación o funcionamiento que se produzca en el tranque.

12 Corte Suprema, Rol 19-2013, op. cit., considerando 4.

13 Algunas de esas interrogantes, fueron argumentadas por los disidentes de la sentencia. Los ministros Sandoval y Pfeffer, sostuvieron que: 1) La acción de protección, para ser acogida, exige que se acredite la existencia de un acto u omisión arbitrario e ilegal imputable a una persona o autoridad determinada. En este caso, los reproches fueron en contra de la minera por operar un tranque construido en una zona sísmica con un diseño de resistencia inferior al debido, con deficiencias constructivas y que filtra,

El objeto del presente trabajo es analizar sus alcances y consecuencias.

1. El recurso de protección es una acción de cautela urgente de derechos fundamentales

1.1. Naturaleza del recurso de protección

Existe bastante consenso en la literatura y en la jurisprudencia acerca de que el recurso de protección (en adelante, RP) es una *acción de carácter cautelar* que tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho de quien sea privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de las garantías fundamentales protegidas expresamente en la Constitución Política de la República¹⁴, cuestión que implica la titularidad de derechos preexistentes, indubitados¹⁵ y no discutidos¹⁶.

lo que amenazaría la vida, integridad física, psíquica y salud de los habitantes del pueblo de Caimanes. 2) En el proceso no existe antecedente alguno que el tranque se hubiese construido con deficiencias constructivas y que filtraba, de modo que la impugnación se resume a la afirmación de que el tranque de relave no se ajustaría a la normativa técnica dictada para garantizar la seguridad sísmica frente a eventos telúricos de magnitud mayor. 3) Esa afirmación se fundó en lo sostenido por un ingeniero civil en minas del Departamento de Seguridad Minera del Sernageomin, que en términos generales y sin referencia específica al tranque El Mauro, considera que es necesario elevar los estándares para la construcción de los tranques y el emplazamiento en relación a zonas pobladas. 4) La tarea de los jueces debe limitarse a verificar si en el presente caso se está frente a una operación insegura del tranque de relave que pueda configurar una acción u omisión arbitraria o ilegal, se comparta o no la recién señalada opinión técnica. 5) No se encuentra controvertido que las autoridades con competencia sectorial autorizaron el emplazamiento y construcción del tranque ni la circunstancia que el mismo cumplió los estándares técnicos exigidos por la normativa que regía en esa época, otorgándosele al titular del proyecto todos los permisos de funcionamiento. 6) La operación del tranque se encuentra sujeta a periódicas fiscalizaciones, por lo que no se divisa cómo podría calificarse de arbitraria o ilegal la conducta de la minera, dado que no se ha probado su actuar antijurídico. 7) En suma, se accionó por la posibilidad que ocurra un caso fortuito o de fuerza mayor respecto de una persona que desarrolla su actividad económica con estricta sujeción a las normas legales y reglamentarias que la rigen y a la que las autoridades con competencia sectorial le otorgaron los permisos y fiscalizan regularmente.

14 Desde el trabajo de Soto, Eduardo, *Recurso de protección*, (Editorial Jurídica de Chile), 1992. En el mismo sentido, Soto, “El recurso de protección: Aspectos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, 11, 1984, p. 365. Del mismo modo, Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno, T. II*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2004, p. 643; Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho constitucional, T. I*, (Editorial Jurídica de Chile), 2005, p. 338.

15 Por ejemplo, la Corte Suprema, en el caso Palmar, sostuvo que el recurso de protección “constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes (...)”. Corte Suprema, Rol 6.397-2008, sentencia de fecha 8 de enero de 2009.

16 Mosquera, Mario y Maturana, Cristián, *Los recursos procesales*, (Editorial Jurídica de Chile), 2010, p. 405, lo definen “como la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Por tal motivo, se sostiene que la finalidad de esta acción es tutelar derechos frente a ciertos actos (u omisiones) que los lesionen (en el lenguaje constitucional: priven, perturben o amenacen). No se trata de una tutela abstracta de derechos ni de revisar el apego formal del funcionario o un privado a la legalidad. La clave de la protección es la tutela de un derecho fundamental lesionado en una dimensión subjetiva de este, vale decir, solo si la posición del individuo agraviado por la acción u omisión se encuentra amparada por un derecho fundamental. En la base de la acción de protección está la tutela de un derecho subjetivo, pero no de cualquiera sino de un derecho público subjetivo¹⁷.

Eso explica que la acción de protección sea un instrumento cautelar destinado a resguardar de modo urgente las garantías amagadas para restablecer el imperio del derecho, pero en modo alguno ha sido instituido como medio o sustituto jurisdiccional, de manera que por su intermedio *no se puedan declarar o constituir derechos*, y menos resolver cuestionamientos sobre puntos de interpretación jurídica¹⁸.

Por lo mismo, el RP no debiese sustituir los procesos judiciales y/o administrativos existentes¹⁹, sino erguirse como una acción rápida y eficaz de tutela de derechos fundamentales. En tal sentido, y conforme la misma Constitución lo dispone, la acción de protección no excluye el uso complementario o subsidiario de cualquier otro recurso o acción de que disponga el recurrente ante los *correspondientes* tribunales y autoridades.

Esto explica que, si el asunto ya se ha radicado en un tribunal ordinario

17 Gómez, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2005, pp. 19-20.

18 Como señala clásicamente Chioyenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, (Editorial Pedagógica América), 1995, pp. 77-99, en las acciones a favor del actor mediante conocimiento ordinario se distingue entre sentencias declarativas y constitutivas. Afirma que las sentencias estimatorias tienen naturaleza declarativa, en cuanto no crean sino que se limitan a declarar existente una voluntad concreta de la ley que garantiza un bien al actor, o sea, actúan el derecho preexistente. A su vez, la doctrina moderna le dio el nombre de sentencias declarativas a un grupo de sentencias positivas estimatorias, en las cuales esta eficacia constitutiva depende del mismo derecho que ellas declaran y que consiste en el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia del juez. De igual modo, Maturana, Cristián, *Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimientos*, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2006, pp. 25-26, afirma que son procedimientos meramente declarativos o de declaración de certeza aquellos que tienden a eliminar un estado de incertidumbre a través de un pronunciamiento que resuelva acerca de la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica o de un derecho, o sea, que se limita a reconocer una situación jurídica existente. Señala que son procedimientos constitutivos aquellos que procuran una sentencia que, además de declarar un derecho, produzca la génesis de un nuevo estado jurídico, al innovar sobre el preexistente, o sea, no se limitan a la mera declaración sino que crean, modifican o extinguen un estado jurídico.

19 Aldunate, Eduardo, "La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del Recurso de Protección", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX edición, 1999, p. 239.

o ha sido sometido a la decisión de un órgano administrativo, la acción de protección debiese resultar improcedente. La razón es sencilla: se encuentran amparados en otra sede y, por lo tanto, el RP no puede venir a sustituirla durante su conocimiento o a derogar *a posteriori* la ya reclamada competencia del órgano jurisdiccional²⁰.

Sin embargo, el RP se ha convertido en el mecanismo ordinario de impugnación de las actuaciones de la autoridad que afectan derechos fundamentales²¹. Esto se explica por varias razones.

Por una parte, ello se debe a la manera en cómo hemos concebido al derecho público en los últimos treinta años. Bajo la Constitución de 1980 se ha producido un fenómeno, conocido en el derecho comparado igualmente²², que explica el rol de los jueces en el debate jurisdiccional de políticas públicas. Se trata de la “subjetivización” del sistema institucional que ha obligado inevitablemente a construir el discurso legal desde la lógica de los derechos y en especial de los derechos fundamentales; el efecto más obvio de esto es que corresponde a los jueces –eso señala la Constitución– su protección y amparo, de manera que, si las decisiones públicas afectan esa “subjetividad”, entonces el rol de los jueces en ese espacio resulta inevitable, sobre todo a través de la “acción de urgencia”.

Por lo anterior, las garantías constitucionales de los particulares se han interpretado en forma amplia cuando se trata de defenderlas de la actuación de los órganos de la Administración del Estado, permitiéndose la protección de situaciones jurídicas que no se condecirían con la enumeración restrictiva que plantea el artículo 20 de la Constitución respecto del RP²³.

20 No es posible recurrir de protección una vez agotada la vía de impugnación ordinaria: la libertad recursiva que daría el art. 20 de la Constitución es solo relativa y mira a la actitud inicial del perjudicado recurrente. En tal sentido, ver Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol Ingreso 11-2007, sentencia de fecha 12 de junio de 2007.

21 Ferrada, Juan Carlos, “El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en *La justicia administrativa*, (Lexis Nexis), 2005, pp. 151 y 152. En tal sentido fue concebido por miembros de la Comisión Constituyente: Acta Oficial de la Sesión 215, celebrada con fecha 26 de mayo de 1976, p. 24.

22 Wahl, Rainer, *Cincuenta años de derecho público alemán*, (Marcial Pons), 2013.

23 Es lo que se ha llamado la *propietarización* o *desnaturalización* de los derechos fundamentales. Sobre la *propietarización*, la literatura sostiene que en materia de RP se ha producido una concentración de los recursos y los derechos invocados en dos garantías: propiedad e igualdad. En efecto, mediante la primera se ha propiciado un recurso por exceso de poder de carácter invalidatorio. Con la segunda, se ha discutido la juridicidad o legalidad y propiciado un recurso por exceso de poder de carácter anulatorio. Ver Vergara, Alejandro, “El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis”, en *Gaceta Jurídica*, N° 297, 2005, p. 14. En relación con la *desnaturalización*, ver Ferrada, op. cit., p. 143.

Por otra parte, como ha argumentado la literatura chilena, la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular ha llevado a que los jueces terminen utilizando el RP como medio de impugnación de los actos administrativos, especialmente como medio de cuestionar la validez de estos, llevando al juez de protección no solo a pronunciarse sobre las vías de hecho en vía administrativa sino también a declarar la nulidad del acto administrativo. De este modo, el procedimiento de protección es concebido como una instancia de revisión de legalidad de la actuación administrativa, generada a instancia de parte, ya sea en protección de sus derechos e intereses o de los intereses públicos en general²⁴.

De los diversos problemas que todo lo anterior genera, dos son los más serios: a) se ha terminado por fundamentalizar los conflictos entre los particulares y la Administración, porque para poder recurrir de protección es necesario utilizar un derecho constitucional protegido; b) la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto, pero, al provenir de un procedimiento cautelar que no tiene forma de juicio –porque está destinado a dar solución cautelar bajo condición de urgencia–, no genera el efecto de cosa juzgada material, sino que tan solo formal.

Por ejemplo, en materia de SEIA, en que la ley establece un mecanismo de reclamación administrativa²⁵ y luego jurisdiccional ante un juez con competencia contenciosa administrativa²⁶ especialmente regulado en el caso de las Resoluciones de Calificación Ambiental²⁷, la Corte admite a tramitación y resuelve los recursos de protección como si fueran verdaderas acciones de nulidad de actos administrativos, anulando actos intermedios²⁸ o finales²⁹, o bien sosteniendo que el no haber intervenido en la etapa de participación ciudadana implica que no existe legitimación para interponer el RP con posterioridad³⁰, superando de ese modo cualquiera idea de esta acción como cautelar y configurándola entonces como un tra-

24 *Ibíd.*, pp. 151-152.

25 Ley 19.300, art. 20.

26 *Íd.*

27 Tras la dictación de la Ley 20.600, ese contencioso administrativo especial es el Tribunal Ambiental.

28 Es la situación de los casos Castilla I y Río Cuervo.

29 Por ejemplo, los casos Castilla II y El Morro II.

30 Corte Suprema, Rol 8.644-2011, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2011, también conocido como El Morro I.

dicional contencioso de nulidad, que prescinde de las acciones ordinarias legalmente establecidas³¹.

Así las cosas, por medio del RP no solo se plantean pretensiones anulatorias, sino también suspensivas, declarativas o, incluso, reparatorias³².

No es extraño, entonces, que el RP sea hoy un mecanismo general de impugnación o de control de mera legalidad de los actos administrativos, que ha reemplazado en algunos casos la inexistencia de un contencioso administrativo ordinario general, y, todavía más, que se imponga o coexista hoy con otras acciones generales y especiales administrativas que consagra expresamente nuestro ordenamiento³³.

Esto explica que, sin fundamento jurídico expreso, y a pesar de su naturaleza cautelar y de su origen como procedimiento de emergencia, el RP haya pasado a ser una suerte de acción por exceso de poder, un mecanismo objetivo de control que cautela la juridicidad pública y que ejerce, incluso, una amplia potestad revocatoria de la administración^{34 35}.

31 Para un análisis de los efectos indefinidos del recurso de protección entre urgencia y seguridad jurídica, revisar Bordalí, Andrés, “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en Revista de Derecho, 19, (Universidad Austral de Chile), diciembre de 2006, pp. 205-228. Para la discusión sobre el problema del recurso de protección como sustituto jurisdiccional o tutela de derechos fundamentales, revisar Gómez, op. cit., p. 43.

32 Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, *El amparo constitucional contra los actos de la Administración del Estado en Iberoamérica: Un análisis comparado con el recurso de protección chileno*, en Revista Ius et Praxis, N°10-2, 2004, p. 9. La anulación de un acto que transgrede la esfera de competencias de la autoridad pública debiese ser objeto de competencia del Senado (a cargo de las contiendas de competencias (art. 53 N°3 de la Constitución) o del Tribunal Constitucional (art. 93 N°12 de la Constitución), a cargo de determinar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de preceptos legales).

33 Un ejemplo reciente es la decisión de la Corte Suprema en el caso denominado Municipalidad de Zapallar (Rol 2791-2012). En este, la Corte acogió un recurso de protección interpuesto por una municipalidad contra un dictamen de la Contraloría General de la República para resguardar la propiedad sobre “ingresos públicos”, anulando el dictamen precitado. La decisión en el caso Municipalidad de Zapallar excede todos los supuestos del recurso de protección, porque buscaba la nulidad de un acto administrativo en la cual intervenía un organismo de la Administración contra otro de igual entidad e invocando derechos fundamentales. Para un análisis detallado de los efectos de esta sentencia, ver Cordero, Luis, “Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del derecho administrativo. Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar”, en Revista de Derecho Administrativo, N° 7, (Thomson Reuters), 2012.

34 Cuestión respecto de la cual la Contraloría General de la República se ha pronunciado señalando que la injerencia de esta acción cautelar no puede significar alterar las prerrogativas legales de dicha entidad. Así, ha dictaminado que a ella “(...) le corresponde, entre otras funciones, ejercer de manera exclusiva y excluyente el control de la legalidad de los actos de la Administración, siendo el trámite de toma de razón el que persigue dicho objetivo, de manera que su mero ejercicio no puede ser atacado por la presente acción constitucional, por lo que a los Tribunales de Justicia les está vedado alterar dicha prerrogativa”. Dictamen 36.353 de 2011. En el mismo sentido, dictámenes 1.097 de 2011, 577 de 2011 y 24 de 2011.

35 El proceso de cautela constitucional y el procedimiento administrativo general o especial no son incompatibles (la norma procura señalarlo expresamente, de hecho). Tampoco resultan de aplicación contraria o, en su caso, subsidiaria. Solo tienen objetos distintos, que deben ser entendidos de forma correcta a la hora de propiciar su ejercicio y resolver las discusiones que se generen al amparo de uno

1.2. Una cuestión esencial: La lógica del procedimiento

Habiéndose el RP transformado, para los actos de la Administración, en un verdadero contencioso anulatorio, se plantea la pregunta relevante de si el procedimiento a cuyo conocimiento se somete la protección es compatible con este propósito.

El procedimiento al que se sujeta esta acción se caracteriza principalmente por su informalidad. En efecto, se trata de un procedimiento sumarísimo e informal creado como instrumento legal de reacción a la actividad política. Es una respuesta cautelar que, en su afán de agilidad jurisdiccional, obvia el derecho (también fundamental) a un debido proceso de los justiciables; en particular, de los recurridos, a quienes prácticamente llega a desconocerseles el derecho a defensa y el ejercicio del contradictorio, por una razón simple: si el RP es una acción cautelar de urgencia para un derecho indubitado, la acción de cautela es procedente.

Pero, si en el RP el debate se traduce en cuestiones sujetas a contradicción y prueba, entonces se trata de un asunto de lato conocimiento³⁶.

En efecto, una de las características del procedimiento del RP se refiere a la precariedad jurídica, la que se manifiesta en la inexistencia de un periodo de discusión (cuestión que implica una falta de formalización de los hechos controvertidos en esta suerte de *litis*) y de un término probatorio (lo que permite rendirla en cualquier momento, desde la presentación del recurso hasta su vista) o de norma estricta de ponderación de la prueba rendida por las partes³⁷.

Por tal motivo, la jurisprudencia ha sostenido que “(...) en estas circunstancias *no resulta posible resolver dentro del procedimiento del recurso de protección cuál es el derecho que debe prevalecer, ya que ello es propio de un juicio contradictorio (...) y si para ello deben cumplir los requisitos que establecen las normas técnicas*

y otro. En Ferrada, op. cit., pp. 161 y 162.

36 Curiosamente, en materia ambiental ese fue el criterio tradicional de la Corte. Así sucedió, por ejemplo, en los casos Cascada (Corte Suprema, Rol 3.067-1999), Cementos Melón (Corte Suprema, Rol 139-2003), Lago Atravesado (Corte Suprema, Rol 1.980-2003), Respaldo Eléctrico Colmito (Corte Suprema, Rol 4.093-2006), Palmar Correntoso (Corte Suprema, Rol 6.397-2008). Recientemente, repitió esa doctrina en el caso Pascua Lama (Corte Suprema, Rol 5.339-2013).

37 En relación con la ausencia de contradictorio y de bilateralidad, el Auto Acordado sobre “Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales”, dictado en 1992 y modificado por última vez en 2007, que regula la materia, sencillamente señala en su N°3 que “[a]cogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal”. A ello se agrega que “[r]ecibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente”.

*determinadas por la autoridad*³⁸.

La literatura ha destacado las especiales características del procedimiento al que se sujeta esta acción, señalando que “[t]iene una impronta autoritaria el recurso de protección porque el diálogo procesal fue desterrado casi absolutamente de él haciendo de las Cortes de Apelaciones un juez inquisidor con amplios poderes para llevar adelante el proceso y encontrar por sí toda la verdad”³⁹.

Esto explica que, dadas las particularidades a las cuales se sujeta este procedimiento, en relación con la inexistencia de un periodo de discusión, de un término probatorio y la forma en que ha de ponderarse la prueba, el RP esté diseñado para resolver cuestiones de complejidad técnica cuyo análisis y prueba requieren de un procedimiento más extenso.

1.3. Los efectos provisionales de la sentencia del RP y la cosa juzgada formal

Hemos señalado que la sentencia dictada en un RP no produce cosa juzgada material sino solo formal. Decir que en este caso solo se produce cosa juzgada formal, implica que la misma relación jurídica sustantiva se ha estimado susceptible de ser conocida por otro tribunal de forma posterior y con plena y exhaustiva cognición (y es que la verdad formal de un RP es esencialmente precaria y puede mutar cuando los hechos puedan ser acreditados de modo diverso ante legítimo contradictor, con los medios de prueba idóneos y en el contexto de un debido proceso).

La tutela de urgencia de naturaleza cautelar que envuelve el RP satisface los presupuestos que la justifican: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, cualquiera sea la garantía fundamental que se ve amagada o amenazada. En particular, se ha dicho, resulta necesaria la existencia de un efectivo *periculum in mora* o necesidad de urgencia⁴⁰.

Esta cuestión, sin embargo, ha hecho extensivo su ejercicio y fallo a discusiones propias de juicios de lato conocimiento y en los cuales no se vislumbra un perjuicio o afectación de valor público inminente que lo exijan⁴¹.

38 Corte Suprema, Rol 7.942-2010, sentencia de fecha 31 de diciembre de 2010, considerando 5.

39 Bordalí, op. cit., p. 211.

40 Ibid., p. 216.

41 Así lo ha resuelto de forma reciente la Corte Suprema en la sentencia de fecha 31 de enero de 2013 en los autos Rol de Ingreso 5.592-2012. La prevención del ministro Muñoz al respecto ratifica también tal circunstancia.

Para algunos, la variabilidad, incerteza e imprevisibilidad de sus resoluciones no resultarían coherentes con el cariz de proceso contencioso administrativo que ha alcanzado, puesto que el objetivo de este último es resolver de manera definitiva un conflicto entre la Administración del Estado y un administrado y no posponer para un procedimiento de lato conocimiento esta controversia⁴².

Para otros, ese es precisamente el inconveniente que envuelve la regulación de este recurso: pretender que una acción cautelar con todas las características ya dichas es la vía idónea para dotar de invariabilidad la decisión judicial. Ello significa institucionalizar un sistema que nació en un estado de necesidad de protección de *derechos humanos* ante vías de hecho y que no está concebido para resolver cuestiones de complejidad técnica en un régimen de estabilidad⁴³.

Mediante sentencias declarativas (y hasta constitutivas de derechos en sede de protección), los procedimientos de urgencia dan lugar en los hechos a medidas anticipativas que se consolidan en una sentencia que, aunque no da lugar al efecto de cosa juzgada material, sí suele operar en los hechos como una sentencia firme estimatoria⁴⁴.

Pero aquel no es su sentido ni alcance originarios. En realidad, el RP no busca –o no debiese buscar, al menos– cautelar la certeza jurídica ni declarar situaciones de contenido jurídico. El RP nació para dar respuesta perentoria a garantías constitucionales (originalmente, de carácter exclusivamente patrimonial) definidas en la Constitución, ante afectación de las mismas, dejando entregada la definición adjudicatoria y sustantiva de las mismas a los tribunales y autoridades competentes para decidir aquello.

Así lo ha reconocido la literatura nacional⁴⁵ y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia⁴⁶: su desestimación no afecta la responsabilidad civil, penal o administrativa en que haya podido incurrir el eventual recurrido o

42 Gómez, op. cit., p. 22.

43 En este sentido, ver Bordalí, op. cit., p. 223.

44 Marín, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, (Editorial Jurídica), 2004, pp. 212 y 213.

45 Pereira, Hugo, *La cosa juzgada en el proceso civil*, 2ª ed. actualizada, (Lexis Nexis), 2004, p. 107.

46 “La acción de protección no tiene por objeto determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una acción de lato conocimiento. Su única finalidad es restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al afectado (...) la sentencia de protección solo produce cosa juzgada formal en cuanto a la titularidad del derecho cuyo ejercicio ha sido conculcado, pero no cosa juzgada material”. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de fecha 10 de diciembre de 1996, en Gaceta Jurídica, dic. 1996, N° 198, p. 65 (énfasis en el original).

autor del agravio ni prejuzga sobre tales materias.

A pesar del general efecto relativo de las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales⁴⁷ y sin perjuicio del particular efecto de cosa juzgada formal que tiene el fallo de un RP, este goza de una eficiencia *erga omnes*.

En efecto, no puede concebirse una sanción de ineficacia que opere para algunos sujetos y no para otros: toda persona debe respetar y cumplir, si corresponde, lo ordenado por los tribunales al respecto. En este escenario, sí es posible afectar derechos de terceros que no intervinieron en el RP y que pueden verse afectados por las amplias medidas de protección: el acatamiento y efectividad del fallo no solo dependerá del ofensor, sino también de terceros ajenos al proceso⁴⁸.

Lo anterior se denomina como el *efecto reflejo de la sentencia*: lo resuelto en esta sede solo afecta los derechos subjetivos impetrados por las partes, pero su eficacia y exigibilidad se extiende también a terceros⁴⁹.

De este modo, no es trivial, que el Auto Acordado sobre “Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales”, que regula la materia, disponga que “[p]ara mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias”. Esto importa la posibilidad de que, con motivo del acogimiento de un recurso, se ordenen actuaciones u omisiones incluso de terceros que no han formado parte del mismo y que se ven compelidos a obrar en concordancia, en el ejercicio de sus competencias o en el respeto del derecho propio o ajeno.

A eso se refiere la literatura cuando apela al carácter público de las garantías instituidas en sede de protección y al llamado a no “(...) caer en la tentación de pensar que una decisión de protección (...) tenga solo alcance o valor individual para quien recurre”⁵⁰. Y respecto de quien se recurre, podríamos agregar.

47 Me refiero a aquel consagrado en el inciso 2° del art. 3° del Código Civil, que señala que “[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian”.

48 En Aninat, Luis Alberto, *Los terceros en el recurso de protección*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 81 y ss.

49 El art. 150 del Código de Procedimiento Civil, que aborda el desistimiento de la demanda, es una prueba concreta del llamado efecto reflejo de las sentencias. Esta norma indica que: “[l]a sentencia que acepte el desistimiento, haya o no habido oposición, extinguirá las acciones a que él se refiera, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que se pone fin”.

50 Gómez, op. cit., p. 21.

La circunstancia precedente, sin embargo, no puede inducir a sostener que mediante el RP pueden adoptarse cualquier tipo de medidas instructivas genéricas. Estas escaparían del objeto del RP y no redundarían en una tutela cierta de las personas en ese escenario de urgencia. Al efecto, la Corte Suprema ha precisado que:

(...) resulta necesario consignar que *por la vía de una acción constitucional como la de autos*, en la que se busca terminar con la vulneración de alguna de las garantías amparadas en el artículo 20 de la Carta Fundamental, *no es posible impartir órdenes de carácter general a Carabineros de Chile para que adecúe su conducta y proceder en eventos futuros en los que pueda verse afectado el orden público, de manera que el recurso de protección no puede contener declaraciones en esos términos*⁵¹.

Lo anterior implica que no es dable incluir en la sentencia de protección órdenes de carácter general, eventuales y futuras, respecto de entidades públicas. Tales declaraciones constituirían una extralimitación de aquello que se somete al conocimiento de los tribunales en esta acción. Ello explica que la Corte, en materia ambiental, hubiese afirmado que solo puede disponer de medidas frente a actos concretos y efectivos, y no en la suposición de impactos⁵².

En cualquier caso, lo cierto es que en múltiples supuestos la sentencia que recae sobre un RP opera como sentencia anticipatoria, herramienta de tutela que se basta a sí misma (no en vano es un proceso autónomo y principal)⁵³ y que, como mucho, podrá quedar supeditada a lo que se resuelva en el contexto de las demás acciones de lato conocimiento de que se disponga.

1.4. Las consecuencias de la sentencia

En mi opinión, la sentencia de la Corte en ese caso afecta las tres cuestiones esenciales sobre las cuales la acción de protección se encuentra construida.

51 Corte Suprema, Rol 4.143-2012, sentencia de fecha 17 de julio de 2012, considerando 6.

52 Corte Suprema, Rol 6.056-2009, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2009.

53 Esta cuestión no obsta a la posibilidad de que en el contexto del RP se concedan medidas cautelares, aunque las mismas puedan resultar inconducentes por la premura del fallo, con el cual probablemente podrán coincidir. El propio Auto Acordado que regula su tramitación permite al tribunal decretar orden de no innovar (N°3) y se permite por la práctica judicial la solicitud y concreción de una multiplicidad de otras medidas, aun innovativas (que, aunque no aseguren sus resultados, sí pasan a decidirlo *in limine*). En Marín, op. cit., p. 446 y ss.

En relación con la naturaleza de la acción, en la sentencia resulta evidente que se requirió por parte de los recurrentes un amplio control de juridicidad pública, compeliendo a la Corte Suprema a decidir respecto de cuestiones de *lege ferenda* y a pronunciar políticas públicas regulatorias en el contexto de procedimientos sometidos a normas establecidas y entregados al conocimiento de organismos técnicos especiales que habrían obrado en el ejercicio de sus atribuciones legales.

No habiendo necesidad de dar restablecimiento de derechos fundamentales (resulta a lo menos controvertible la afectación por amenaza que se construye en virtud de los riesgos potenciales de la actividad de la minera sin la acreditación de un umbral de amenaza más allá de la suposición), la Corte Suprema acoge el RP en ausencia de ilegalidad o arbitrariedad en la construcción y funcionamiento del tranque El Mauro; cuestiones que sin duda atentan contra la concepción que, según se ha señalado en el presente capítulo, ostenta la acción cautelar y el objeto de sus decisiones.

En relación con la cuestión procedimental, la Corte se ha abocado al conocimiento y fallo de cuestiones de complejidad técnica, de las cuales ya se habían pronunciado los órganos sectoriales competentes y que resultaban propias de juicios o procedimientos administrativos de lato conocimiento, al menos desde la perspectiva de los aspectos controvertidos asociados a la seguridad⁵⁴.

En tales condiciones, la sentencia ha resuelto el asunto en contravención a los estándares regulatorios y a la competencia pública de los organismos administrativos respectivos, planteando un estándar supralegal de exigencia preventiva para la actividad de la minera en base a una afirmación de principios, lo cual, como se explicará en el capítulo siguiente, no cumple con un estándar de justificación suficiente.

Finalmente, en relación con las medidas, la sentencia va más allá de la cautela de urgencia y ha declarado situaciones de contenido jurídico, adoptando definiciones sustantivas de conducta de parte de un particular y otras varias entidades públicas, sin constatar en sus conductas ilegalidad o la falta de ejercicio de atribuciones regulatorias.

Así, la Corte Suprema ha impartido órdenes de carácter general, maximalistas y de carácter prospectivo a las autoridades involucradas, lo que constituye una extralimitación de sus potestades de imperio y, además, no

54 Ver nota 36.

guarda relación con la situación de cautela de urgencia que se ha sometido a su conocimiento y respecto de la cual, históricamente, la Corte ha tratado de actuar con prudencia.

2. Aplicación del principio de precaución o precautorio

Un segundo problema planteado con motivo de lo resuelto en la sentencia dice relación con el uso determinante que la Corte Suprema realiza del principio de precaución, al plantear la *obligación* de adoptar, pese a la regulación sectorial y al pronunciamiento en contrario de la generalidad de los expertos, “las mayores medidas de seguridad factibles”.

En concreto, la Corte afirma que:

(...) aspecto que obliga a adoptar las mayores medidas de seguridad factibles dando con ello aplicación al *principio precautorio*, pues ante tal advertencia y la ocurrencia de un hecho de la naturaleza de grave magnitud no se podrá indicar que se estará ante un imprevisto que no es posible resistir⁵⁵.

Sin embargo, la Corte no justifica de dónde nace ese principio, cuál es la norma que permite su aplicación o sobre qué bases se construye. En síntesis, su argumentación en esta parte es exclusivamente de autoridad. Esto tiene importantes consecuencias para el caso y para la decisión de este tipo de asuntos.

Lo anterior es así porque el principio precautorio resulta de especial cuidado cuando se utiliza para inmiscuirse en el control de la discrecionalidad ambiental en vía jurisdiccional, como se verá, y, en especial, cuando se invoca en el contexto de una acción de urgencia como el RP, desformalizada y aparentemente inidónea para conocer vicios de ilegalidad en actos ambientales complejos.

El problema es de particular importancia porque, en este caso, el fundamento de la decisión de la Corte se basa exclusivamente en un principio (no justificado) y no en una norma. Se ha señalado que la resolución de casos en base a principios ayuda “a los jueces a encontrar siempre una justificación

55 Corte Suprema, Rol 19-2013, op. cit., considerando 6.

ex post para sus propias decisiones, pero parece no reducir, sino aumentar la indeterminación ex ante del derecho”⁵⁶.

Por tal motivo, existe algún acuerdo de que, cuando los jueces invocan principios, lo hacen para aplicar las reglas del derecho vigente con la finalidad de ajustar la decisión del asunto a los hechos del caso concreto. Por eso los principios se construyen desde el sistema normativo⁵⁷.

En tales condiciones, la utilización de esta herramienta en la decisión de los casos debe hacerse con extremo cuidado⁵⁸.

2.1. Delimitación conceptual⁵⁹

Por este principio debemos entender aquella regla de conducta (u obligación, en determinadas jurisdicciones) que recomienda (o demanda, en su caso) la regulación, suspensión o cancelación de actividades que amenacen el medio ambiente o a los seres humanos, aunque no existan pruebas científicas concluyentes ni suficientes que vinculen dichas actuaciones con la afectación o deterioro efectivo del mismo⁶⁰.

El principio de precaución es, así, la guía normativa que sujeta la decisión política al punto de restringir o impedir la realización de una obra o actividad con posibles o eventuales impactos negativos en el medio ambiente o las personas, en base únicamente a los indicios de tales virtuales daños, no obstante

56 Y ello por tres tipos de razones: “1) porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es la mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto esta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación ex ante; 2) porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación ex ante; 3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación ex ante del derecho”, Comanducci, Paolo (2005) “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, (Trotta), pp. 92-93.

57 Bermúdez, Jorge y Hervé, Dominique, “La jurisprudencia ambiental reciente: Tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas”, en *Anuario de derecho público*, (Universidad Diego Portales), 2013, pp. 238-240.

58 Ver en este sentido Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (eds.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, (Thomson Reuters), 2011.

59 Los dilemas del principio de precaución en el sistema chileno y los errores de la jurisprudencia en su aplicación se encuentran analizados en Cordero, Luis y Tapia, Javier, “El principio de precaución”, en *La Semana Jurídica*, N°s 74 y 75, suplemento tendencias jurisprudenciales, (Thomson Reuters), 2012.

60 Alonso, Enrique y Lozano, Blanca, *Diccionario de derecho ambiental*, (Iustel), 2006, p. 996 y ss. En el mismo sentido, Plater, Zygmunt; Abrams, Robert; Graham, Robert; Hall, Hoah; Heinzlerling, Lisa y Wirth, David, *Environmental Law and Policy. Nature, Law, and Society*, (Wolters Kluwer), 2010, p. 59.

adolezca tal decisión de certeza científica absoluta. Así lo ha corroborado de forma casi invariable la literatura:

La precaución requiere la toma de decisiones a niveles locales, nacionales e internacionales en pos de la cooperación entre todos ellos en un evento de incerteza o desacuerdo científico sobre las consecuencias de una actividad humana. Ellos deben, asimismo, cooperar con todos los demás actores interesados en la realización de evaluaciones de impacto ambiental y en la *implementación de medidas efectivas y eficientes para la prohibición temporal o permanente de las actividades pertinentes. Estas medidas deberán propender a una reducción o eliminación del daño potencial del medioambiente, de la salud pública y, aun más, de todo lo vinculado a la seguridad, integridad y sobrevivencia del ser humano*⁶¹.

La premisa que funda al principio en análisis es el control del riesgo, entendido en su más básica acepción: contingencia o proximidad de un daño⁶², respecto de las cuales la autoridad no puede excusarse de actuar. Su utilización solo se verifica bajo la premisa de un riesgo potencial (cierto, no meramente hipotético); esto es, la posibilidad de un riesgo, no obstante no pueda demostrarse por completo, no pueda registrarse su amplitud o no sea susceptible de determinarse sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos disponibles al momento de la evaluación, los cuales en caso alguno podrán estimarse como absolutos o inamovibles.

Sin embargo, el principio de precaución o de *cautela*⁶³, amparado en la incertidumbre científica que le sirve de fundamento, no puede legitimar en

61 Boisson de Chazournes, Laurence, "The Precautionary Principle", en *Precaution, from Rio to Johannesburg*, United Nations Environment Programme for the Geneva Environment Network, 2002, p. 10.

62 El principio de precaución tuvo su origen muy probablemente en *Vorsorge* alemán, o i) en una ley reguladora del aprovechamiento pacífico de la energía atómica y de la protección contra sus peligros (*Atomgesetz*), que data de 1959 y en la que se señala que la autorización para la construcción de una central nuclear solo podrá ser otorgada "(...) si se ha adoptado la precaución necesaria con arreglo al estado de la ciencia y la técnica frente a los daños que puedan causar la construcción y el funcionamiento de la instalación"; o ii) en la Ley Federal Alemana para la Protección contra las Inmisiones (*BImSchG*), que data de 1974. En el plano internacional, el principio de precaución se invocó por primera vez en el principio XI de la Carta Mundial de la Naturaleza, de 1982, en cuyos literales a) y b) se establece que "(...) se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza" y que "las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza, y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales".

63 Como también se le llama en el contexto de la Comunidad Europea, *Tratado de Maastrich*.

ningún caso una toma de decisión de naturaleza arbitraria ni mucho menos la inactividad de la autoridad⁶⁴.

Como se ha señalado, este principio cumple un rol de evaluación y ponderación de política pública. Se trata de uno más de los numerosos instrumentos que pretenden estabilizar y evitar la dispersión de criterios de las autoridades en torno a la compleja regulación y fiscalización del riesgo, aun en la ausencia de evidencia concluyente respecto del mismo.

Así lo ha concebido, en efecto, el juez Cañado Trindade, miembro de la Corte Internacional de Justicia, al emitir su opinión en el fallo que dirimió sobre la planta de celulosa emplazada en las cercanías de la frontera uruguayo-argentina y criticar la subestimación que dicho tribunal hizo del principio precautorio:

En lo que concierne al medioambiente, a la fecha, ese conocimiento [científico] ha conducido a la formulación de los principios de prevención –para evitar el daño medioambiental– y de *precaución, para tomar acciones con el fin de prever consecuencias dañosas al medio ambiente, probables e, incluso, de largo plazo, en medio de incertezas científicas*. Dada la recurrente prevalecencia de estas últimas, el significado epistemológico del principio precautivo está orientado a un deber de cuidado o un deber de diligencia. A pesar de la creencia que la ciencia puede reducir la incertidumbre mediante la realización de aun más investigación científica, *su premisa es invariablemente el apoyo de la conservación del medio ambiente y la protección de la salud pública, identificadas estas como bienes comunes*⁶⁵.

La literatura, por su parte, ha provisto dos versiones para el principio precautorio: una concepción *débil* o *minimalista* y una concepción *fuerte* o *maximalista* del mismo. La importancia de ello radica en una relevante disyuntiva para efectos de poder discriminar adecuadamente su uso: conforme se adopte una u otra, diversos serán los efectos y el balance costo beneficio para adoptar una decisión regulatoria⁶⁶.

64 En Moya, Francisca, *El principio de precaución*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012, p. 173 y ss.

65 Opinión personal del juez Cañado Trindade en caso relativo a plantas de celulosa en río Uruguay (Argentina contra Uruguay), I.C.J. Reports, 2010, párr. 83, p. 156 (166), traducción propia.

66 Al respecto, la literatura ha señalado que “[l]a versión ‘fuerte’ del principio precautorio (PP) tiene esta

En el contexto de su versión *débil*⁶⁷ la falta de evidencia científica de un daño ambiental serio e irreversible no es excusa para no regularlo. En efecto, esta concepción aborda dicha expectativa de riesgo vinculándolo con la relación de costo beneficio de la medida que se concibe para precaverlo (únicamente para el caso en que el costo de dicha acción no supere el gasto alcanzado por los trastornos que intenta atajar), recayendo en el incumbente –con una suerte de inversión de la carga de la prueba mediante⁶⁸– la justificación de una prueba de bajo o nulo riesgo.

En su versión *fuerte*, el principio de precaución exige regular el riesgo que enfrenta el medioambiente o la salud y seguridad de las personas, aun cuando se trate solo de una posibilidad meramente especulativa (basta que este supere el estándar mínimo –cultural o normativo– de plausibilidad científica). En este caso, habiendo peligro y habiendo operado la verdadera presunción de intervención que esta concepción demanda, el incumbente debe demostrar que su actividad es segura, sin necesidad de ponderar los costos y beneficios que implicaría llevarla a cabo (sino solo considerando la efectividad de las medidas adoptadas).

denominación porque privilegia la meta de mantención de ecosistemas sustentables sobre otras. La versión ‘débil’ sopesa las preocupaciones ambientales con la economía y otro tipo de factores sociales, asumiendo que la calidad ambiental puede ser legítimamente balanceada en contraposición a esos otros bienes (jurídicos). Creo que la categorización débil/fuerte resulta de alguna manera engañosa, porque un principio no es débil o fuerte en un sentido absoluto, sino solo en relación a preocupaciones específicas; en este caso, el medioambiente. La versión fuerte es tal vez demasiado dura respecto a dichos bienes, siendo los intereses claramente diversos y no limitados a la preservación de la biodiversidad”, Steele, Katie, *The Precautionary Principle: A New Approach to Public Decision-Making?*, en *Law, Probability and Risk*, N° 5, (Oxford University Press), 2006, p. 29 (traducción propia).

67 Proveniente del “criterio”, consagrado en el numeral 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

68 Al respecto, y conforme a lo ya señalado en este trabajo, es relevante señalar que lo que suele llamarse una inversión de la carga de la prueba no es tal. Sencillamente, se trata de una práctica jurisprudencial (basada en casos de responsabilidad estricta) mediante la cual se exige a los titulares de actividades riesgosas acreditar la adopción de medidas de control que aminoren o anulen los daños virtuales esperados. Así lo ha señalado la literatura: “[e]n las últimas décadas se está resaltando por la jurisprudencia la existencia de una imprecisamente llamada a veces inversión de la carga de la prueba y otras veces presunción y otras veces presunción en relación con la que se está denominando sociedad de riesgo (...). En el fondo no se trata obviamente ni de una inversión de la carga de la prueba, ni de una presunción; se trata más sencillamente de la creación jurisprudencial de una norma de carga de la prueba basada en la idea de que quien realiza una actividad que conlleva un riesgo fuera de lo normal y se aprovecha de los beneficios que genera esa actividad debe asumir las consecuencias perjudiciales que se deriven de la misma, salvo que pruebe que adoptó todas las medidas que la prudencia y la diligencia permiten exigir al titular de la misma”, Montero, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., (Thomson Reuters), 2012, pp. 137 y 138. También han reafirmado aquello los tribunales internacionales, como la CIJ, al señalar que: “(...) a pesar que una aproximación precautoria puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las normas del estatuto, de ello no se sigue que opera como una inversión de la carga de la prueba”. Caso relativo a plantas de celulosa en río Uruguay (Argentina contra Uruguay), I.C.J. Reports, 2010, párrs. 162 a 164, p. 61 (71), traducción propia.

2.2. El principio en nuestro ordenamiento jurídico

En nuestro país el principio precautorio no está reconocido expresamente en la legislación sectorial ambiental (como directriz evaluativa; mucho menos como base normativa decisional), pero se ha aplicado en el último tiempo por extensión y homologación del llamado principio preventivo –cuestión equívoca ya que se trata de dos principios distintos y de diferente envergadura–, el que sí ha sido referido en el mensaje de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, LBMA)⁶⁹:

V. Los Principios.

Detrás de los cuatro objetivos señalados, existe una serie de principios que permiten darle coherencia, y sin los cuales no se podrá entender plenamente su real alcance y pretensiones. Estos son los siguientes:

1) *El principio preventivo: mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos. Para ello, el proyecto de ley contempla una serie de instrumentos (...)*⁷⁰.

Entre tales instrumentos de materialización se indica al SEIA. De allí que se diga de forma habitual que el sistema de evaluación es de naturaleza esencialmente preventiva, construyéndose y justificándose sobre la base de este principio.

Sin embargo, la Corte Suprema en los últimos años ha utilizado de un modo recurrente, como elemento de decisión, la relación entre los principios de precaución y prevención, cometiendo errores en su identificación, así como en su justificación.

El elemento común en esos casos es que la Corte, frente a la ausencia de información sobre los impactos de un proyecto o actividad, ha decidido anular

69 Ley 19.300.

70 Historia de la Ley 19.300, pp. 14 y 15. Respecto a dichos instrumentos, el mensaje señala que se trata de: i) la educación ambiental (“la necesidad de educar a toda la población, pero principalmente a los niños y la juventud en relación a la problemática ambiental”); ii) el sistema de impacto ambiental (“En virtud de él, todo proyecto que tenga impacto ambiental deberá someterse a este sistema”); iii) los planes preventivos de contaminación (“en aquellas zonas que se encuentren próximas a sobrepasar las normas de calidad ambiental, la autoridad deberá crear o exigir un plan de prevención de la contaminación”); y, iv) las normas sobre responsabilidad (“no solo pretenden hacer efectivo el principio de reparación del daño causado, tanto en el patrimonio de cualquier particular, como en el denominado patrimonio ambiental, sino que también persiguen un objetivo de prevención general”).

los procedimientos de evaluación ambiental y, a continuación, someter al proyecto a mayores requerimientos informacionales. La tesis central de la Corte es que la precaución permitiría construir un estándar normativo específico de control de las decisiones de las autoridades públicas. Esto es especialmente evidente en los casos de 2012 *Río Cuervo*⁷¹, *Bocamina II*⁷², *Dunas de Concón*⁷³ y *Castilla II*⁷⁴. En todos ellos, la Corte fundó su decisión de anulación en, entre otros, dicho principio.

Ya en 2002, la Corte Suprema había lidiado con una cuestión similar, cuando revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el conocido caso *Itata*⁷⁵. Esta última, en un fallo redactado por el ministro Muñoz, había rechazado el proyecto, utilizando el principio de prevención del SEIA para obligar al organismo técnico y al proyecto, adoptando una serie de medidas de información y evaluación que le asistieran en la consideración de impactos futuros. La Corte Suprema sostuvo que, si los efectos de la actividad ocurren en el futuro, corresponde que sean evaluados jurídicamente cuando ello acontezca. En concreto afirmó que “[lo afirmado por el fallo] no es posible de constatación empírica, pues en cuanto se pronuncia sobre situaciones del futuro, será entonces el tiempo el que diga si hubo o no error”.

En el caso *Río Cuervo*, sobre un proyecto hidroeléctrico cuyos estudios de estabilidad de suelo habían quedado para un tiempo posterior, la Corte estrenó su tesis sobre el principio de prevención, que es en los hechos la aplicación de “precaución”, pero confundiendo la aplicación de los supuestos de uno y otro concepto. La tesis del fallo es que “el principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o

71 Corte Suprema, Rol 2.463-2012, sentencia de fecha 11 de mayo de 2012. Mayoría: Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval y Juan Escobar. Minoría: Pedro Pierry y Héctor Carreño. Redactor: Sergio Muñoz.

72 Corte Suprema, Rol 3.141-2012, sentencia de fecha 15 de junio de 2012. Integración: Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Sonia Araneda y Juan Escobar. Abogado Integrante: Guillermo Piedrabuena. Redactor: Sergio Muñoz.

73 Corte Suprema, Rol 2.138-2012, sentencia de fecha 27 de julio de 2012. Mayoría: Sergio Muñoz, Juan Araya y Sonia Araneda. Minoría: Emilio Pfeffer y Alfredo Prieto. Redactor: Sergio Muñoz.

74 Corte Suprema, Rol 1.960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto de 2012. Integración: Sergio Muñoz, Carlos Künsemüller, Guillermo Silva, Rosa Egnem y Juan Escobar. Redactor: Sergio Muñoz.

75 Corte Suprema, Rol 764-2002, sentencia de fecha 19 de junio de 2002.

el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que estos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”⁷⁶.

En el caso de *Bocamina II*, la Corte afirmó que si un proyecto aprobado por Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es modificado por una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), se produce un problema de información que no permite evaluar por completo los impactos de un proyecto o actividad. Concretamente, sostuvo que “[l]a necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que solo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que solo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento de someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente”⁷⁷. Es decir, solo un EIA permitiría, en opinión de la Corte, desplegar conocimientos técnicos suficientes que per-

⁷⁶ Corte Suprema, Rol 19-2013, op. cit., considerando 6. Por eso afirma luego que “[l]a ilegalidad del ICE materia de este recurso deriva del incumplimiento del Servicio de Evaluación Ambiental de la obligación de hacerse cargo en el mismo de las condiciones fijadas por el SERNAGEOMIN que condicionó el proyecto a la realización de una ‘Predicción y evaluación de impactos y situaciones de riesgo’, puesto que debido al fenómeno de flujos piroclásticos –gases volcánicos– y su potencial acceso al río, ‘se requiere que el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos (...); ello en el entorno inmediato del volcán’. Dicho estudio, señala el organismo estatal, debe ser ‘presentado previo al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberán proponer al plan de prevención correspondiente’. En estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental” (considerandos 8 y 9).

⁷⁷ *Ibid.*, considerando 6.

mitan dar aplicación al principio de prevención.

En *Dunas de Concón*, caso en el cual una persona deseaba cerrar el perímetro de un dunar de su propiedad que había sido calificado como “Santuario de la Naturaleza”, la Corte ordenó que dicho cierre se hiciera previo ingreso al SEIA. La Corte replicó su tesis sobre el principio preventivo ya expuesta en *Río Cuervo*. Así, reiteró que “(...) el principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que estos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados”⁷⁸.

En *Castilla II*, la Corte acogió los recursos de protección en contra de dos proyectos presentados separadamente, ambos por EIA, relativos a una central termoeléctrica y a un puerto multipropósito, ordenando que ingresaran conjuntamente porque no se habían evaluado los impactos de ambos y se desconocían sus efectos. En la sentencia la Corte afirmó que consideraba “(...) útil recalcar la importancia de los principios rectores de la Ley N° 19.300 cual es el principio preventivo, por el que se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. Así, en la historia de la Ley N° 19.300 páginas 14 y 15, se dice dentro de este contexto que para cumplir con este principio la ley contempla una serie de instrumentos, entre ellos, el sistema de impacto ambiental. Por ello, resulta prístino que lo que la ley busca es que un determinado proyecto se presente en todas sus variables a la evaluación de la autoridad ambiental, de tal suerte que todos los permisos ambientales que la actividad

78 *Ibíd.*, considerando 4.

requiera, deben obtenerse con antelación a la calificación y no después de ella”⁷⁹.

Como se desprende de estos casos, la Corte Suprema en materia medioambiental ha confundido la precaución con la prevención. Al hacerlo, ha puesto a la precaución en el centro del análisis, reabriendo el debate respecto de los alcances y límites de este principio.

2.3. El principio en la sentencia

La Corte Suprema ha concebido a este principio como una herramienta para construir un estándar específico de control de las decisiones de las autoridades públicas. Sin embargo, a diferencia de los casos citados en que la Corte justificó normativamente su aplicación a través del principio preventivo –aun cuando su utilización nos parezca discutible–, en este asunto la Corte no justificó bajo ninguna modalidad normativa cuál era la fuente de la aplicación del mismo.

En efecto, la sentencia acogió la apelación presentada en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de La Serena, que lo había rechazado en primera instancia, argumentando la imposibilidad de desconocer antecedentes que implicaban elevar las exigencias en la ejecución de este tipo de obras, redefiniendo el nivel de riesgo aceptable en virtud de una extensiva aplicación del principio precautorio y, en específico, considerando intensidades sísmicas solo probabilísticas (hipotéticas) i) mayores a aquellas observadas en la experiencia histórica, ii) superiores a las estimadas en la regulación sectorial, con las cuales se cumple a cabalidad, y iii) proyectadas para la zona en comento por la ciencia y técnica pertinente.

De ello da cuenta el considerando 6° de la sentencia, al razonar que, por el hecho de estar en presencia de fenómenos cuyo potencial destructivo resulta impredecible, pareciera que:

(...) lo razonable importa actuar dentro de los márgenes de seguridad más estrictos de que se disponga. Corrobora esta conclusión el hecho que los propios antecedentes técnicos del estudio previo hablan solo de “probabilidades”, como lo expresa el informe de peligro sísmico realizado por un profesional experto en la materia, acompañado por la recurrida, que señala que estos análisis tienen carácter probabilístico, de manera que

⁷⁹ *Ibíd.*, considerando 33.

forzoso resulta concluir que no es posible descartar la ocurrencia de movimientos sísmicos de magnitud aun mayor a los que han tenido lugar en los últimos años, aspecto que obliga a adoptar las mayores medidas de seguridad factibles dando con ello aplicación al principio precautorio, pues ante tal advertencia y la ocurrencia de un hecho de la naturaleza de grave magnitud no se podrá indicar que se estará ante un imprevisto que no es posible resisitir (sic).

De este modo, el voto de mayoría en la sentencia consideró que: a) existen instrumentos de prueba discrepantes en relación a las posibilidades de verificación de hechos naturales destructivos y las consecuencias dañosas que podrían producir los mismos; b) el estándar de predicción de riesgos que contempla un informe (de carácter no oficial, pero emitido por un experto en la materia) exige la adopción de una actuación *dentro de los márgenes de seguridad más estrictos* para regular una actividad; y c) la advertencia de un daño de carácter grave –aunque solo posible o eventual– importa la aplicación del principio precautorio cual herramienta de aminoración o erradicación de la irresponsabilidad ante eventos de fuerza mayor.

Ante ello, poco y nada podía decir la recurrida en contrario para efectos de defender su actuación y evitar la adopción de medidas en contra de un proyecto completamente legal y carente de arbitrariedad.

El razonamiento anterior es relevante puesto que pone a la magistratura –conociendo en el contexto de una acción cautelar y fundado en la “probabilística” (en palabras de nuestra Carta Fundamental, conforme a una “amenaza” de garantías fundamentales)– en posición de regular y verdaderamente restringir el desempeño de una actividad productiva que, según se ha reconocido, no importa ilegalidad o arbitrariedad algunas.

De allí que estimemos que, como mucho, el principio precautorio debe utilizarse como un principio de referencia (contingente) y recomendación no vinculante en la esfera jurídica, proveyendo de “declaraciones exhortivas” no obligatorias que contemplen un trabajo de interpretación y complementación de otras normas y principios⁸⁰⁻⁸¹.

80 Tal concepción de *soft law* o *soft norm* se encuentra presente en las obras de Dellis, G “L’Etat face au risque en tant que matière du Droit public européen. Un approche comparative”, en *European Review of Public Law*, 1 (15), 2003; Icard, P, “Le principe de précaution: exception à l’application du droit communautaire?”, en *Revue Trimestrielle de droit Européen*, 38 (3), 2002; y Cierco Seira, Cesar, “Principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, en *Revista de Administración Pública*, 163: 43, 2004.

81 Así, en efecto, se concibió su aplicación en el caso Pfizer (Pfizer Animal Health S.A. con Council,

Concordante con lo anterior, la literatura ha sostenido al respecto:

La pregunta (...) es si la precaución constituye, adicionalmente, un principio jurídico que debe influir en la interpretación y el desarrollo del derecho ambiental y al que habría que dar la máxima vigencia aun donde no hubiese sido establecido formalmente por el legislador o si, por el contrario, es una simple idea directriz que fundamenta y legitima determinadas regulaciones pero que no resulta directamente aplicable. *La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se decantan por esta última tesis. “Ni la Administración ni la Jurisdicción pueden recurrir inmediatamente a consideraciones de precaución para intervenir en la libertad de los ciudadanos [en supuestos no contemplados en la ley] o para declarar lícitas esas intervenciones”*⁸².

Con el criterio sostenido por la Corte Suprema en este caso, el principio precautorio pasa a constituir una herramienta que permite ir más allá de los supuestos en los cuales se consagró el RP, es decir, como de estricta cautela en eventos de urgencia (cuestión que evidentemente se contrapone al análisis futuro y solo eventual que se genera a su amparo) y que descansa sobre dos supuestos copulativos de procedencia: la ilegalidad y/o arbitrariedad del acto u omisión y la afectación de una garantía constitucional reconocida al efecto mediante su privación, perturbación o amenaza⁸³.

Ello queda de manifiesto en el considerando noveno de la sentencia, que señala:

Que los hechos que se han expuesto *importan una vulneración para los derechos garantidos*, en los términos que plantea el recurso, *en cuanto*

caso T.13/99), resuelto por el entonces Tribunal de Primera Instancia (hoy, Corte General) de la Unión Europea en 2002: no puede omitirse la adopción de medidas preventivas “cuando estas medidas aparecen como esenciales dado el nivel de riesgo a la salud humana que la autoridad ha estimado como inaceptable para la sociedad”.

82 Doménech, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, (Centro de estudios Políticos y Constitucionales), 2006, pp. 261 y 262.

83 La Corte de Apelaciones de La Serena ha señalado, conociendo y resolviendo un RP interpuesto en contra de la RCA que recayó sobre el proyecto de aumento de la producción minera de la misma mina, que “(...) son dos los elementos que deben concurrir copulativamente para la procedencia del recurso de protección intentado, siendo insuficiente la sola presencia de ilegalidad o arbitrariedad de un acto sin que haya desmedro de una garantía constitucional, como también lo será la vulneración de alguna de estas garantías, sin que exista ilegalidad o arbitrariedad del acto”. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 27.107-2002, confirmada por la Corte Suprema, Rol 3.026-2002, sentencia de fecha 26 de agosto de 2002.

la situación que ellos configuran constituyen una amenaza a la integridad física y psíquica de los habitantes de Caimanes, que esta Corte está llamada a proteger.

En ese contexto, hace del RP una herramienta supraordenadora de riesgos futuros sin consideración de cuestiones fácticas acreditadas o respecto de las cuales existen indicios, sino en base a consideraciones especulativas.

Pero esta decisión de la Corte no puede obviar que, si desea invocar el principio precautorio en un caso ambiental, este debe entenderse como una recomendación de acción⁸⁴ concebida como un principio que confiere estabilidad normativa y funcional, pero que no resulta jurídicamente idóneo como base de decisiones judiciales. Una de las razones de esto radica en las evidentes circunstancias anotadas en este informe: su uso excluyente y demasiado extensivo vulnera las reglas de valoración de las prueba previstas para el RP y, aun en mayor grado, para el conocimiento y resolución de los tribunales ordinarios y especiales de justicia.

Lo anterior se explica en la esencia misma de la regulación del riesgo: en vista que ella importa siempre la ponderación de diversos bienes jurídicos u objetivos en un escenario de costos alternativos (*trade-offs*), el principio de precaución no debiese proveer una guía práctica, y mucho menos preconcebida, acerca de cómo el regulador, el fiscalizador o la sociedad toda deben responder a la expectativa de riesgos de una actividad.

La utilidad del principio de precaución radica, entonces, en el estado de alerta que genera en la regulación de proyectos ante casos susceptibles de generar riesgos al medio ambiente o a la seguridad o integridad de las personas, a efectos de que sean consideradas la totalidad de las posibilidades de balance, ponderación, costos y efectos, y se adopten medidas de control útiles, necesarias, proporcionadas, coherentes, no discriminatorias, provisionales (en cuanto la evolución científica puede hacerlas desaconsejables en el futuro) y basadas en una evaluación real de riesgo.

84 Lo que el derecho anglosajón cataloga como *soft norm*.

3. El RP ambiental como acción ordinaria y el comportamiento de la Corte Suprema

3.1. Particularidades de los recursos de protección ambiental

El asunto planteado se enmarca en el contexto amplio de lo que hoy constituye una práctica jurisprudencial de utilización del RP ambiental como acción ordinaria de control extenso de la discrecionalidad técnica de los organismos sectoriales.

Como hemos señalado, el RP no resulta el instrumento apropiado para resolver con carácter definitivo las cuestiones de complejidad técnica que hoy se plantean mediante dicha acción para el conocimiento y fallo de los tribunales superiores de justicia. Esto es algo que la Corte tenía claro hace mucho tiempo⁸⁵ y es compartido en general por la literatura. Como se sabe, el RP ambiental nació como una herramienta limitada en su aplicación bajo la Constitución de 1980, en la medida que exigía copulativamente los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad. Esto implicaba que el estándar de acceso al recurso era alto, cuestión que fue corregida con la reforma constitucional de 2005⁸⁶.

Pero, aun bajo esas condiciones, la Corte, si bien acogía a tramitación una limitada cantidad de estos recursos⁸⁷, estableció criterios jurisprudenciales interesantes respecto de situaciones propias de inmisión.

Con la dictación de la LBMA y el establecimiento del SEIA, el RP ambiental adquirió nuevas características, esencialmente porque, utilizando la lógica de contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos (que fue su experiencia histórica, como se explicó), se desarrolló como el mecanismo de impugnación de resoluciones de calificación ambiental (RCA).

En efecto, el SEIA tiene el carácter de un procedimiento complejo que ostenta, *integrado* por una serie o conjunto de informes sectoriales –técnicos y meramente administrativos–, que sirven de base a la evaluación y que exponen a la calificación ambiental a una multiplicidad de reparos que en la actualidad han sobrepasado las consideraciones de derecho administrativo y se han inmiscuido en cuestiones propias del sector.

85 Ver nota 36.

86 En este sentido, ver Guzmán, Rodrigo, *La regulación constitucional del ambiente en Chile: Aspectos sustantivos y adjetivos: Historia, doctrina y jurisprudencia*, (Abeledo Perrot - Legal Publishing), 2010.

87 Gómez, op. cit., pp.19-20.

3.2. Evolución del tratamiento jurisprudencial del RP ambiental

Como ya he señalado en otra oportunidad⁸⁸, nuestro máximo tribunal ha transitado por tres momentos en los últimos años al juzgar en sede de protección los llamados *recursos ambientales* como consecuencia del SEIA. En el primer momento (1997-2009), la Corte afirmó que los conflictos ambientales en el SEIA son asuntos de lato conocimiento y cuyas decisiones eran competencia de autoridades técnicas; en el segundo (2009-2012), utilizando un estándar intenso de revisión de expediente, estableció un mecanismo de control de las decisiones de la evaluación ambiental sobre la base del cumplimiento de aspectos de procedimiento administrativo que constaran en el expediente de evaluación; y en el tercer momento (a partir de 2012), la Corte ha utilizado un criterio de control sustantivo respecto de decisiones de carácter ambiental.

Como se indicó, en una primera etapa, la Corte Suprema sostuvo que las impugnaciones de decisiones al interior del SEIA eran cuestiones de lato conocimiento que no podían ser resueltas a través del RP⁸⁹, correspondiendo a decisiones de contenido técnico de competencia exclusiva de la administración, por lo que era ella la que debía evaluar los presupuestos de sus competencias.

Conforme lo entendía la Corte, la Administración estaba en mejores condiciones para enfrentar problemas complejos de naturaleza técnica debido a su diseño institucional, al personal especializado con que contaba, a la experiencia derivada de su propia actividad, y a la flexibilidad y adecuación de sus procedimientos en la materia en cuestión, características que ni los tribunales de justicia ni los legisladores podían alcanzar.

Así, en el conocido caso *Itata*⁹⁰, la Corte señaló:

Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA Xª Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, *siendo del todo improce-*

⁸⁸ Cordero, Luis, “Corte Suprema y medio ambiente, ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, estudio preliminar en *Justicia ambiental, casos destacados, Tomo I*, (Thomson Reuters), 2012, p. 23.

⁸⁹ Ver nota 36.

⁹⁰ Corte Suprema, Rol 764-2002, op. cit.

dente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la Administración sino solo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo⁹¹.

La misma tesis la indicó que los casos *Procesan* (2002)⁹², *Central Candalaria* (2004)⁹³, *Celco Valdivia* (2005)⁹⁴, *La Cocinera* (2005)⁹⁵, *Central Nueva Ventana* (2007)⁹⁶, *Mono Rellenos de Lodos ESSAL* (2009)⁹⁷. Repitió esta tesis con posterioridad en pocos casos, entre ellos, *Central Patache* (2011)⁹⁸ e *HidroAysén* (2012)⁹⁹.

En la segunda etapa, los fallos de la Corte se pueden caracterizar como de control intenso de expediente, es decir, de análisis de legalidad de los presupuestos que permiten adoptar la decisión final, de modo que, si se advierten vicios en ellos, hay invalidez del acto administrativo.

Esta etapa corresponde a la que algunos denominan como de activismo judicial¹⁰⁰. Sin embargo, en mi opinión, es la consagración del procedimiento administrativo (no la cuestión sustantiva en medio ambiente) la que justifica el control judicial¹⁰¹. Este es el momento en que la Corte utiliza ampliamente el RP como un contencioso de nulidad de actos administrativos ambientales.

91 Corte Suprema, Rol 1.853-2005, sentencia de fecha 30 de mayo de 2005, considerando 10.

92 Corte Suprema, Rol 2.391-2002, sentencia de fecha 12 de agosto de 2002.

93 Corte Suprema, Rol 2.342-2004, sentencia de fecha 28 de septiembre de 2004.

94 Corte Suprema, Rol 1.853-2005, op. cit.

95 Corte Suprema, Rol 3.155-2005, sentencia de fecha 26 de julio de 2005.

96 Corte Suprema, Rol 6.506-2006, sentencia de fecha 4 de enero de 2007.

97 Corte Suprema, Rol 7.763-2009, sentencia de fecha 9 de octubre de 2009.

98 Corte Suprema, Rol 8.204-2011, sentencia de fecha 16 de agosto de 2011.

99 Corte Suprema, Rol 10.220-2011, sentencia de fecha 4 de abril de 2012.

100 García, José Francisco y Verdugo, Sergio, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, (Ediciones Libertad y Desarrollo), 2013, pp. 66 y 67.

101 Sobre el control procedimental de la RCA, ver mi trabajo aludido en nota 88.

La anormalidad no es que la Corte pudiese anular una RCA por vicios de procedimiento, porque eso es lo que hace un juez de competencia contenciosa administrativa; lo verdaderamente anormal es que lo hiciera a través del RP.

Esta etapa comienza, en mi opinión, con el caso *Campiche*, donde afirma:

Que previo al análisis de esta acción constitucional conviene dejar asentado que la *Resolución en que culmina el proceso de evaluación de impacto ambiental* de un proyecto de aquellos de que trata el artículo 11 de la Ley N° 19.300, como es el de autos, y que lo califica favorablemente, *resulta ser vinculante para todos los organismos del Estado, los que no podrán denegar las autorizaciones ambientales pertinentes*, según expresamente lo dispone el artículo 24 de la citada ley. En atención entonces a la trascendencia de sus decisiones en el ámbito administrativo, *la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad al pronunciarse sobre un determinado proyecto de impacto ambiental, como sucede si sus resoluciones no se ajustan a la ley o a la normativa reglamentaria que está obligada a respetar conforme lo dispone el artículo 13 de la ley, o se resuelve en forma arbitraria, esto es, al margen de lo razonable*¹⁰².

La tesis del control procedimental de la RCA se reiteró en *Pesquera San José* (2010)¹⁰³, *Castilla I* (2010)¹⁰⁴, *Estación de Transferencia de Lanco-Panguipulli* (2011)¹⁰⁵, *Expo-Pork* (2011)¹⁰⁶, *Plan Regulador de San Pedro de Atacama* (2011)¹⁰⁷, *Parque Eólico de Chiloé* (2012)¹⁰⁸, *Sondajes de Prospección de Patagua* (2012)¹⁰⁹, *El Morro II* (2012)¹¹⁰ y *Central Pirqueñas* (2012)¹¹¹.

102 Corte Suprema, Rol 1.219-2009, sentencia de fecha 22 de junio de 2009.

103 Corte Suprema, Rol 926-2010, sentencia de fecha 19 de abril de 2010.

104 Corte Suprema, Rol 7.167-2010, sentencia de fecha 15 de noviembre de 2010.

105 Corte Suprema, Rol 6.062-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011.

106 Corte Suprema, Rol 5.191-2010, sentencia de fecha 10 de enero de 2011.

107 Corte Suprema, Rol 258-2011, sentencia de fecha 13 de julio de 2011.

108 Corte Suprema, Rol 10.090-2011, sentencia de fecha 22 de marzo de 2012.

109 Corte Suprema, Rol 11.040-2011, sentencia de fecha 30 de marzo de 2012.

110 Corte Suprema, Rol 2.211-2011, sentencia de fecha 27 de abril de 2012.

111 Corte Suprema, Rol 7.071-2012, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2012.

La tercera etapa se puede denominar de aplicación de estándares de control sustantivo, que implican un desafío directo a la decisión ambiental. En ella la Corte, utilizando principios de derecho ambiental material como prevención/precaución, cuestiona las medidas de carácter técnico de la autoridad ambiental sobre la base de que está protegiendo derechos fundamentales.

Esa idea está muy bien representada en *Bocamina*¹¹²:

Que el asunto a dilucidar dice relación a si es suficiente que el proyecto que modifica la generadora “Optimización Central Termoeléctrica Segunda Unidad”, originalmente evaluado a partir de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, solo sea sometido en esta oportunidad a Declaración, todo ello a fin de determinar si dicho proceder se encuadra dentro de lo que puede constituir un error evidente, con el objeto de sustituir inmediatamente el procedimiento (...)

*Que si bien el acto recurrido constituye una decisión administrativa adoptada dentro del ámbito de la competencia del órgano respectivo, la declaración de suficiencia sin embargo envuelve una decisión carente de razonabilidad y por tanto arbitraria, pues no se entiende cómo una Declaración de Impacto Ambiental permite evaluar una cuestión técnica compleja, que dice relación con la modificación de un proyecto de generación de energía eléctrica cuya evaluación primitiva requirió precisamente de un Estudio. Desde el momento que el acto cuestionado no contiene fundamentos ni motivos que den cuenta de las razones consideradas por la autoridad para adoptar tal decisión, lo así resuelto deviene en arbitrario, (...) pues un proyecto que fue aprobado por Estudio de impacto ambiental y que ahora pretende modificaciones de la importancia y entidad que ya han sido referidos no puede ser sometido a una mera Declaración*¹¹³.

112 Corte Suprema, Rol 3.141-2012, op. cit.

113 *Ibid.*, considerandos 3 y 7.

A este momento corresponden las sentencias *Río Cuervo* (2012)¹¹⁴, *Dunas de Concón*¹¹⁵, *Castilla II* (2012)¹¹⁶ y *Minera Los Pelambres* (2013)¹¹⁷.

Si bien en esta tercera etapa también existe una actividad intrusiva, es distinta de la anterior porque en ella la Corte resolvía sobre criterios de procedimiento administrativo y control de expediente; en esta última delibera sobre la idoneidad de la medida del organismo administrativo en base a principios de contenido material.

Esta última etapa no es representativa de la jurisprudencia de la Corte, sino que de un tipo de integración de la tercera sala en particular. En efecto, el elemento común de esta tercera etapa es que la redacción de las sentencias está a cargo del ministro Sergio Muñoz, quien ha utilizado el principio de prevención-precaución como base de las decisiones judiciales en materia ambiental¹¹⁸.

Esto no es sorprendente. Con anterioridad, esa doctrina fue utilizada en la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso *Itata*, siendo también su redactor el ministro Muñoz¹¹⁹. Como se indicó con anterioridad, la Corte Suprema revocó esa decisión y fue partidaria de deferencia de experto frente a la Administración.

Esta cuestión es muy relevante para dimensionar adecuadamente los juicios en relación con las sentencias de la Corte. Es una tendencia habitual, según la jurisprudencia analizada, que para un sector importante las causas de la judicialización de proyectos sean: magnitud del proyecto, implementación

114 Corte Suprema, Rol 2.463-2012, op. cit.

115 Corte Suprema, Rol 2.138-2012, op. cit..

116 Corte Suprema, Rol.1.960-2012, op. cit.

117 Corte Suprema, Rol 19-2013, op. cit.

118 Esto es consistente con el voto de minoría de este ministro en el caso contra el Tranque El Mauro resuelto en enero de 2013 y analizado en nota 4.

119 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1066-2001, 29 de enero de 2002. Esta sentencia había acogido el RP y posteriormente fue revocada por la Corte Suprema, estableciendo la doctrina de la deferencia de experto en la evaluación ambiental (nota 76). La sala que decidió el asunto estuvo compuesta por los ministros Sergio Muñoz (redactor), Haroldo Brito y Jorge Dahm. De esa sentencia resulta relevante, en el contexto de este trabajo, la prevención del ministro Muñoz respecto de lo que él creía debían constituir las medidas adecuadas. Concretamente indica el fallo: "Se previene que el ministro señor Muñoz estuvo, además, por disponer que la titular del proyecto, entre las medidas que debe adoptar para minimizar, mitigar, compensar y/o reparar los posibles daños al medio ambiente que el Complejo Forestal e Industrial pueda ocasionar, estudie la posibilidad de crear una fundación, por todas las comunidades del valle, que tenga por objeto la promoción de la zona en todos sus aspectos, especialmente en cuanto al turismo, actividades recreacionales de la población, venta de los productos elaborados en la zona, como aquellos otros que se acuerden, con un aporte económico de todos los sectores interesados, cuya proporción se determinará por ellos y en el evento que no exista acuerdo lo señalará la autoridad".

del Convenio, mecanismos de participación ciudadana, inadecuada distribución de cargas ambientales, insuficiencia del SEIA en la estrategia energética nacional y delimitación de la línea de base.

En mi opinión, la mayoría de las razones expuestas se encuentra vinculada a la situación de que el SEIA es un procedimiento administrativo que internaliza el déficit de la política pública general, que por su diseño este jamás estará en condiciones de solucionar, lo que justifica la reforma a la institucionalidad ambiental¹²⁰.

Esto explica, en consecuencia, que casos complejos terminen en decisiones absurdas: se utiliza una acción de carácter cautelar y de urgencia para resolver asuntos de lato conocimiento, y se la emplea como contencioso administrativo para controlar la discrecionalidad administrativa. Sobre la base del sistema de derechos fundamentales, permite la utilización de principios con baja o nula referencia normativa, como ha sucedido en el caso de Minera Los Pelambres.

4. Conclusiones

La sentencia del *Tranque El Mauro* (2013) es un buen ejemplo de la distorsión que se ha instalado respecto del RP en las últimas décadas, en que se ha utilizado a esta acción como un mecanismo de resolución de controversias para asuntos de lato conocimiento, obviando de esa manera no solo la naturaleza de acción de urgencia y cautelar de su objeto, sino que además afectando reglas procedimentales básicas, especialmente las asociadas a cuestiones que requieren de prueba.

Esta cuestión es todavía más pronunciada en asuntos en donde está en juego la decisión de una autoridad administrativa, en los que el RP ha operado como verdadero contencioso administrativo de nulidad.

En materia ambiental esta situación es especialmente compleja, sobre todo en el contexto del SEIA, porque el debate se refiere, en la mayoría de los casos, a cuestiones de carácter técnico o, al menos, a asuntos fácticos respecto de los cuales es necesario un término probatorio, lo que es problemático si se considera que se trata de un procedimiento administrativo integrado en el que participan distintos organismos con diversas atribuciones.

¹²⁰ Ver Historia de la Ley 20.417, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 13 y 14.

Sin embargo, durante 2014, la Corte Suprema, con una integración parcialmente distinta, ha ido moderando este criterio, señalando que la regla general es que las competencias de discusiones de carácter técnico deberían plantearse ante los tribunales ambientales y no a través del RP, por su condición de acción de urgencia¹²¹.

Ello será parte de un comentario de lo que sucederá en 2014.

¹²¹ En este sentido SCS “Junta de Vecinos JJ.VV. Norte con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso”, Rol 2.892-2014, 29 de abril de 2014; SCS “Consejo de Pueblos Atacameños y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta”, Rol 16.817-2013, 22 de mayo de 2014.

PRINCIPALES DESAFÍOS DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE A UN AÑO DE SU ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO

*Paloma Infante M.*¹

Resumen

El presente artículo evalúa en términos generales el primer año de funcionamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, en relación con los principales desafíos a los que se enfrentará esta institución durante el inicio de sus funciones fiscalizadoras y sancionadoras. En particular, y sin pretender ahondar en diversos aspectos que aún no se encuentran del todo claros, este texto propone una serie de ejemplos que revelan una amplia gama de temas que, con el tiempo, y con la interacción entre el regulador y el regulado, por una parte, y los Tribunales Ambientales, por la otra, deberán ir siendo zanjados a medida que las competencias de la SMA se vayan definiendo.

Introducción

La Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) entró en pleno funcionamiento el 28 de diciembre de 2012, con la activación de sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras. A partir de entonces, muchos han sido los casos expuestos y debatidos, siendo el de mayor connotación pública el de Pascua Lama.

El presente artículo efectúa un análisis de gestión a partir del primer año de funcionamiento de la SMA, en base a los criterios adoptados por la institución fiscalizadora, tanto en relación con los procedimientos sancionatorios como en su relación con los demás organismos públicos con competencia

¹ Abogada de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Ambiental de la New York University. Actualmente se desempeña como jefa de la sección de análisis jurídico de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la Superintendencia del Medio Ambiente. El presente artículo ha sido escrito a título personal y no representa necesariamente la opinión de la Superintendencia del Medio Ambiente.

ambiental, dentro del marco de las atribuciones asignadas por ley y en el contexto de encontrarse la SMA en un periodo de “rodaje”. Para lo anterior, se describen de manera general las funciones de la Superintendencia en el ámbito de la nueva institucionalidad ambiental y los números alcanzados, en términos de procedimiento y fiscalización, en el primer año de funcionamiento de la institución.

Asimismo, el documento evalúa la gestión de la SMA en relación con el número de causas y las capacidades alcanzadas, en base al presupuesto y rango de atribuciones dadas por ley. En este sentido, se detallan parte de los criterios jurídicos relevantes adoptados en el marco del funcionamiento de la institución durante su primer año, incluyendo aspectos no resueltos en la Ley Orgánica de la Superintendencia, así como decisiones de gestión en torno a los principales objetivos planteados por la SMA.

1. Antecedentes generales

1.1. Nueva institucionalidad ambiental

Como es sabido, el 26 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.417 que, además de incluir una serie de modificaciones a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, estableció en su artículo segundo la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA).

Dichas modificaciones fueron implementadas luego de que la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) realizara una serie de recomendaciones a Chile para ser parte de dicha organización, entre las que se incluyeron modificaciones al sistema legal ambiental chileno que se hicieran cargo, por ejemplo, de contar con organismos especializados en el desarrollo de las distintas competencias requeridas para lograr un eficaz mecanismo de fiscalización, sanción y evaluación ambiental de los proyectos ejecutados en el país.

Además de la creación de la SMA, del Ministerio del Medio Ambiente, del Servicio de Evaluación Ambiental y del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, entre otros, la reforma a la nueva institucionalidad ambiental contempló la creación de tribunales especializados en materia ambiental, que sirvieran de contrapeso a las facultades sancionadoras y fiscalizadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En efecto, las referidas facultades sancionadoras y fiscalizadoras de la SMA comenzaron a regir el 28 de diciembre de 2012, fecha en que entró a su vez en funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental².

1.2. Atribuciones de la SMA

La Superintendencia del Medio Ambiente es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, y cuyos cargos directivos son provistos de acuerdo al sistema de Alta Dirección Pública.

La Superintendencia fue concebida como el órgano fiscalizador y sancionador en materias ambientales, con la competencia exclusiva y excluyente sobre los denominados instrumentos de gestión ambiental, esto es, las resoluciones de calificación ambiental (RCA), las medidas de los planes de prevención y/o descontaminación, el contenido de las normas de emisión y las normas de calidad, de los planes de manejo, y de todo otro instrumento de carácter ambiental que establezca la ley. Como analizaremos a continuación, uno de los temas que han suscitado dudas tiene que ver con el marco de competencias de la SMA, por ejemplo, en referencia a las resoluciones de calificación ambiental en relación con entender qué forma parte de dichas autorizaciones ambientales.

Es relevante destacar, como se abordará más adelante, que por ley la Superintendencia cuenta con la competencia exclusiva y excluyente sobre estas materias, lo que, por su parte, le restó competencias ambientales a diversos órganos de la Administración del Estado, trayendo una serie de consecuencias en la gestión fiscalizadora y sancionadora ambiental del Estado³.

La LOSMA establece un mecanismo de delegación o colaboración para la ejecución de competencias ambientales de fiscalización a través de los llamados subprogramas señalados en el Título II de la ley. En efecto, en 2012 se fir-

2 El art. 9° transitorio de la LOSMA señala que las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párr. 3°, y III de la referida ley orgánica entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental. Por su parte, el art. 1° transitorio de la Ley 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, señala que el Segundo Tribunal Ambiental deberá entrar en funcionamiento dentro del plazo de 6 meses contado desde la publicación de la ley, esto es, el 28 de diciembre de 2012.

3 En efecto, el art. 2° de la LOSMA establece que los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental conservarán sus competencias y potestades de fiscalización en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia. Por su parte, el art. 16 del mismo cuerpo normativo indica que, para el desarrollo de las actividades de fiscalización, la Superintendencia deberá establecer, anualmente, los subprogramas de fiscalización donde se identificarán las actividades de fiscalización para cada servicio u organismo sectorial competente.

mó una serie de convenios de encomendación con 15 organismos subprogramados. Los referidos convenios fueron aprobados por resoluciones afectas y tomados de razón por la Contraloría General de la República⁴. No obstante lo anterior, y como se describirá más adelante, los organismos subprogramados no cumplieron cabalmente con los programas establecidos y para 2014 algunos de estos servicios han definido no participar como entes colaboradores.

Por otra parte, dentro de las principales novedades contempladas en la LOSMA, se encuentran los denominados instrumentos o mecanismos de incentivo al cumplimiento: las autodenuncias, los programas de cumplimiento y los planes de reparación. Estos tres instrumentos tienen como eje estimular el cumplimiento de la normativa ambiental por parte del regulado, evitando la imposición de multas y/o sanciones si es que se da cabal cumplimiento a lo establecido en la ley y su reglamento⁵.

Así, en el caso de las autodenuncias, la LOSMA establece en su artículo 41 que quien concurra a la Superintendencia y denuncie estar cometiendo por sí cualquier infracción a la Ley Orgánica, será eximido del monto de la multa en un 100% en caso que sea la primera vez, y de un 75% y 50%, en caso de autodenunciarse por una segunda y tercera vez, respectivamente. No obstante, y como se analizará en el próximo capítulo, la utilización del mecanismo de la autodenuncia ha generado una serie de dudas en relación con el cumplimiento de los requisitos que deben alcanzarse para que esta sea procedente y a los casos en que se hace aplicable (titular de la infracción, tipo infraccional, exención de multa y tipo de sanción aplicada).

Por su parte, con respecto a los programas de cumplimiento establecidos en el artículo 42 de la LOSMA, se establece que, iniciado un procedimiento sancionatorio, el presunto infractor podrá presentar en el plazo de 10 días,

4 Los Convenios firmados entre la Superintendencia del Medio Ambiente y los organismos subprogramados son los siguientes: i) 43/2012, convenio con la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante; ii) 44/2012, convenio con el Servicio Agrícola y Ganadero; iii) 45/2012, convenio con la Corporación Nacional Forestal; iv) 48/2012, convenio con la Superintendencia de Servicios Sanitarios; v) 49/2012, convenio con el Servicio Nacional de Geología y Minería; vi) 50/2012, convenio con el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura; vii) 51/2012, convenio con el Consejo de Monumentos Nacionales; viii) 52/2012, convenio con la Subsecretaría de Transportes; ix) 53/2012, convenio con la Comisión Chilena de Energía Nuclear; x) 54/2012, convenio con la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; xi) 55/2012, convenio con la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas; xii) 57/2012, convenio con la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura; xiii) 58/2012, convenio con la Subsecretaría de Salud Pública; xiv) 59/2012, convenio con la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas y xv) 60/2012, convenio con la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas.

5 Decreto 30 del 20 de agosto de 2012 que aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

contados desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento. El programa de cumplimiento se encuentra definido en la ley como el plan de acciones y metas presentado por el infractor para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. Asimismo, el Reglamento establece los contenidos específicos que debe contener el programa de cumplimiento, indicando que el referido programa contendrá, entre otros, una descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos; un plan de acciones y metas, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento; un plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación e información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad.

Como analizaremos en el capítulo siguiente, la presentación del programa de cumplimiento fue uno de los mecanismos de incentivo al cumplimiento más utilizados por parte del sector regulado, pero, con el tiempo y a causa de los criterios adoptados por la SMA, fue perdiendo fuerza. Ello se debió a una serie de aspectos que a la fecha no se encuentran del todo definidos, como, por ejemplo, el tipo de acciones que pueden proponerse en relación con la modificación de la RCA; el cómo hacerse cargo de los efectos generados por el incumplimiento de la normativa; o la compatibilidad de presentar un programa de cumplimiento sobre algunas de las infracciones detectadas y descargos con respecto a otras.

Finalmente, otro de los cambios más relevantes del nuevo sistema de fiscalización y sanción ambiental ha tenido relación con el aumento en las sanciones y multas en caso de incumplimiento. Las sanciones contempladas en la LOSMA varían desde la amonestación por escrito, multas de 1 a 10.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), la clausura temporal o definitiva y la revocación de la resolución de calificación ambiental. En relación con el aumento en el monto de las multas, que pueden ir hasta los casi 10 millones de dólares –en comparación con las multas establecidas en la legislación antigua que solo alcanzaban las 500 UTM–, se ha generado una interesante discusión a propósito del caso Pascua Lama, que será analizado en términos generales más adelante.

Por último, como un mecanismo adicional para proteger el medio ambiente en caso de inminencia de efectos ambientales, la SMA cuenta con una serie

de atribuciones asociadas al establecimiento de medidas provisionales⁶, algunas de las cuales deben ser aprobadas por el tribunal ambiental respectivo. Además, el artículo 3° de la LOSMA indica dentro de las atribuciones de la Superintendencia la facultad de suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las RCA o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave o inminente para este por infracción de las normas, medidas o condiciones establecidas en la RCA, o bien, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia se produzca un daño inminente y grave. La aplicación de las referidas medidas provisionales y aquellas denominadas urgentes y transitorias tampoco ha sido del todo pacífica de acuerdo a las diversas interpretaciones que han dado la SMA y los tribunales ambientales, respectivamente.

Los temas enunciados son parte de una amplia gama de cuestiones que han sido definidas por la SMA en el marco de sus competencias, pero que han generado discusiones en torno a la interpretación adoptada caso a caso. En los siguientes capítulos se hace una breve referencia a las diversas definiciones adoptadas en algunos casos y sus eventuales consecuencias.

2. Primer año de funcionamiento de la SMA⁷

Como hemos indicado, 2013 fue el primer año de funcionamiento con plenas facultades de la SMA. En números, este primer año de gestión estuvo marcado por una gran cantidad de actividades de fiscalización, tanto programadas como subprogramadas a organismos fiscalizadores, además de aquellas fiscalizaciones efectuadas en el marco de denuncias ciudadanas. En este sentido, se recibieron más de 1.600 denuncias y se dio lugar a 70 procedimientos sancionatorios, que tuvieron como resultado la imposición de multas que fueron desde las 6 UTA a las 16.000 UTA en el caso de Pascua Lama.

6 El art. 48 de la LOSMA establece que, cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de una o más medidas provisionales, tales como el sellado de aparatos, la clausura de las instalaciones, la suspensión de la RCA, etc. Las referidas medidas también pueden ser adoptadas de manera cautelar antes del inicio del procedimiento sancionador de acuerdo a los requisitos establecidos en la Ley 19.880.

7 La información descrita en el presente capítulo es pública y se encuentra detallada en la Cuenta Pública para 2013, entregada por la Superintendencia del Medio Ambiente (<http://www.sma.gob.cl/index.php/cuenta-publica-2013>)

Antes de revisar cada uno de estos aspectos, es importante destacar que la SMA contó para 2013 con un presupuesto de \$4.805.527 millones de pesos y una dotación de 91 funcionarios. Lo anterior es relevante si se compara con el presupuesto y dotación de otras Superintendencias en relación con el universo de fiscalización que tienen.

La SMA por ley debe fiscalizar el adecuado cumplimiento de las resoluciones de calificación ambiental, los planes de prevención, descontaminación, normas de emisión y calidad, entre otros instrumentos de gestión ambiental. Solo como ejemplo, al 2013 existían un total de 13.480 resoluciones de calificación ambiental aprobadas en el país, lo que da una idea del extenso ámbito de facultades y deberes que debe asumir el ente fiscalizador.

La comparación entre el presupuesto y dotación de funcionarios de la SMA con otras entidades de la misma naturaleza remarca aun más la cargada agenda de atribuciones que tiene esta. Por ejemplo, la Superintendencia de Casinos contaba para 2013 con un presupuesto de 3.668.502 millones y una dotación de 49 funcionarios, recursos bastante más amplios que los de la Superintendencia del Medio Ambiente, considerando su universo regulado. Lo mismo se replica con Superintendencias como la de Servicios Sanitarios⁸ y la de Seguridad Social⁹.

2.1. Actividades de fiscalización durante 2013

Para el año pasado se programó un total de 4.078 actividades de fiscalización ambiental, que fueron fijadas mediante resoluciones que detallan los programas y subprogramas de fiscalización ambiental, ejecutándose en total 7.840 actividades. El aumento exponencial del número de actividades de fiscalización ambiental ejecutadas se debió al examen de información (o fiscalización de gabinete) realizada sobre los reportes de monitoreo y autocontrol de descargas de residuos industriales líquidos, considerando además otro tipo de actividades de fiscalización derivadas de denuncias sobre contingencias ambientales, ordenadas por los tribunales de justicia y asociadas a otros instrumentos de gestión ambiental tales como los programas de cumplimiento e informes de elusión, entre otras.

Por su parte, en el marco de las fiscalizaciones efectuadas a las resoluciones de calificación ambiental (principal eje de fiscalización definido por la SMA para

8 La Superintendencia de Servicios Sanitarios tiene un presupuesto de 8.343.387 millones y una dotación de 199 funcionarios.

9 La Superintendencia de Seguridad Social contaba para 2013 con un presupuesto de 8.810.743 millones de pesos y una dotación de 238 funcionarios.

2013), en relación a los sectores económicos fiscalizados, los rubros de saneamiento ambiental y minería representaron el 26% y 23% del total de actividades ejecutadas respectivamente, seguidas por energía, pesca y acuicultura e instalaciones fabriles, que sumaron un total de 36% de las actividades de fiscalización.

En cuanto a la distribución territorial de las actividades de fiscalización en relación con las RCA, la mayor parte de estas se desarrolló en la Región Metropolitana y la Región de Los Lagos. No obstante, en general, se logró una distribución equitativa respecto de las actividades realizadas por región, que variaron entre 25 y 30.

Finalmente, y en relación con la llamada fiscalización de gabinete, debe considerarse que uno de los aspectos a mejorar por parte de la SMA tiene que ver con los informes de monitoreo y seguimiento ambiental reportados por los regulados a la Superintendencia de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente. Además de lo establecido en las normas de emisión, las mismas resoluciones de calificación ambiental –en particular en los casos de estudios de impacto ambiental– contemplan en general una serie de obligaciones de reporte asociadas al monitoreo y seguimiento de variables ambientales que pueden verse afectadas por el desarrollo del proyecto o actividad. La información que a la fecha está siendo reportada a la SMA forma parte de aquellos aspectos que deben ser mejorados en términos de gestión, ya que, en la práctica, con el número de funcionarios disponibles, no hay capacidad técnica en la Superintendencia para revisar el volumen de informes que está siendo reportado.

2.2. Procesos sancionatorios durante 2013

Una vez detectada una presunta infracción a la normativa ambiental, la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios es la encargada de evaluar la procedencia de una formulación de cargos o, bien, un requerimiento de información adicional al titular, denunciante o denunciado, o a algún organismo sectorial, para complementar la información obtenida y determinar el inicio de un procedimiento sancionatorio. Es preciso destacar que la detección de una presunta infracción que de inicio a un procedimiento sancionatorio puede derivar de los antecedentes o informes de fiscalización aportados por la división de fiscalización de la SMA, a partir de actividades programadas o subprogramadas, como ya revisamos anteriormente, o bien a partir de denuncias, autodenuncias o de oficio por parte de la SMA.

En relación con los procedimientos sancionatorios llevados a cabo por la SMA durante 2013, se formularon 70 cargos contra titulares de proyectos o ac-

tividades. A su vez, y de manera coincidente con las actividades de fiscalización realizadas, los principales sectores económicos asociados a las formulaciones de cargos fueron saneamiento ambiental y minería, sumando el 29% del total.

Con respecto al tipo de infracciones sobre las cuales se iniciaron los procedimientos sancionatorios, la mayoría de estos tuvo relación con el incumplimiento de condiciones, normas y medidas establecidas en resoluciones de calificación ambiental, seguido por el incumplimiento de medidas previstas en los planes de prevención y descontaminación atmosférica.

Finalmente, resulta relevante que en el transcurso de 2013 se presentaron 32 programas de cumplimiento, 19 de los cuales fueron aprobados y el resto rechazados. Además, durante el año se finalizaron 17 causas: 15 con imposición de sanciones, una sobreseída por la muerte del titular y la otra absuelta. En relación con las sanciones aplicadas a las causas, en 14 casos la sanción fue la imposición de multas, que fluctuó entre 6 UTA y 16.000 UTA; la causa restante terminó con la clausura temporal de las instalaciones hasta que el proyecto no obtuviera su resolución de calificación ambiental.

3. Análisis de gestión de la SMA

Como hemos señalado, el presente artículo busca realizar un breve análisis acerca de parte de los criterios de interpretación dados por la SMA frente a las diversas facultades otorgadas por la LOSMA. Debe precisarse que la definición y cambio de criterios durante el funcionamiento de la SMA en su primer año y en lo que viene por delante se insertan en el contexto de la natural adaptación que deben hacer las instituciones cuando su entrada en vigencia implica un cambio relevante en el funcionamiento de un sistema. Asimismo, será relevante el rol de los tribunales ambientales, del sector regulado y la ciudadanía para ir acotando y definiendo los criterios adoptados actualmente por la SMA.

3.1 Aspectos generales de la gestión de la SMA

En términos generales, la gestión de la SMA durante 2013 estuvo marcada por una priorización del control y fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental por sobre otros instrumentos. Como se señaló, en cuanto a actividades de fiscalización, se realizó casi un 92% más de actividades de fiscalización que aquellas programadas, debido al número de informes de monitoreo de autocontrol, relativos al manejo de residuos líquidos industriales.

En este sentido, uno de los aspectos a evaluar dice relación con la cantidad de informes reportados a la SMA, en virtud de lo establecido en los artículos 2° y 3° de la LOSMA y en la Resolución Exenta 844 del Ministerio del Medio Ambiente¹⁰ con respecto al Sistema de Seguimiento Ambiental, cifra que alcanzó los 8.106 informes durante 2013. De los informes de seguimiento entregados, la mayoría se refiere a monitoreos relativos a la calidad del aire y agua, con un 25% y 24% del total, respectivamente. Asimismo, un considerable número se encuentra asociado a los informes de monitoreo y seguimiento establecidos en la resoluciones de calificación ambiental respecto a la evolución de diversas variables ambientales, como condición para que los proyectos puedan operar.

Lo anterior se conecta además, como se revisó, con la dotación funcionaria y el presupuesto asociado, que no se condice con el volumen de información que debe analizarse. En el mismo sentido, tan solo en 2013 llegaron más de 1.600 denuncias, todas las cuales por ley deben ser respondidas en un plazo no superior a 60 días desde que son recibidas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la LOSMA.

Por otra parte, en relación con la descentralización de las funciones de la SMA, a la fecha las funciones fiscalizadoras se encuentran divididas en tres macrozonas en base a las áreas jurisdiccionales de los tribunales ambientales, esto es, la Macrozona Norte, que va desde la Región de Arica y Parinacota a la Región de Atacama; la Macrozona Centro, desde la Región de Coquimbo a la Región del Maule; y la Macrozona Sur, que abarca desde la Región del Biobío hasta la Región de Magallanes. Sin embargo, las funciones sancionadoras para el inicio de procedimientos sancionatorios se encuentran concentradas en la dirección central de la SMA, con el objetivo de definir criterios en cuanto a la formulación de cargos, al menos al inicio del funcionamiento de la institución. Lo anterior podrá evaluarse con el tiempo, a medida que el volumen de causas vaya aumentando y se haga necesario descentralizar las funciones.

Finalmente, en cuanto a los aspectos generales de la gestión de la SMA durante su primer año de funcionamiento, nos parece esencial hacer una breve referencia a la relación de esta institución con otros órganos de la Administración del Estado. Como se señaló, para la SMA es fundamental contar con la

¹⁰ Esta resolución dicta e instruye normas de carácter general sobre la remisión de los antecedentes respecto de las condiciones, compromisos y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.

colaboración de diversos organismos públicos con especialidades en diversas materias ambientales. Para lo anterior, firmó durante 2012 una serie de convenios de encomendación que fueron en mayor o menor medida cumplidos por los diversos organismos públicos.

Es preciso indicar que la encomendación de actividades no implica un otorgamiento de competencias, sino que se trata de un convenio por medio del cual solo se encarga la ejecución de actividades de fiscalización a ser ejecutadas por las entidades subprogramadas en función de atribuciones propias. No obstante, el otorgamiento de atribuciones ambientales de manera exclusiva y excluyente a la SMA ha generado problemas de interpretación en lo que respecta a qué tipo de atribuciones quedan en manos de las demás entidades públicas.

En este sentido, la Contraloría General de la República emitió el Dictamen 25.081/2013, acerca de las competencias de las Seremis de Salud en relación con las de la SMA, en el cual se clarifica cuáles corresponden a cada servicio. Así, el ente contralor señaló que la SMA tiene como principal función la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental enunciados en el inciso primero del artículo 2° de su ley orgánica, y que la autoridad sanitaria, dado su carácter de organismo sectorial, solo debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental en comento, en la medida que la Superintendencia del Medio Ambiente le encomiende la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, para lo cual ha de ajustarse a los criterios que aquella fije en relación a la forma de desempeñar tales labores.

En este mismo orden de ideas, actualmente se encuentra en Contraloría la reconsideración del pronunciamiento inicial dado por el órgano contralor en cuanto a la definición de competencias entre la SMA y la Superintendencia de Servicios Sanitarios (“SISS”), que consideró que la competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de emisión por parte de las concesionarias sanitarias correspondía a la SISS. No obstante, la discusión se suscita precisamente porque, en una serie de casos, las normas de emisión se encuentran contenidas dentro de la normativa aplicable de la respectiva resolución de calificación ambiental –de competencia de la SMA– e incluso se puede dar que los parámetros de cumplimiento sean más estrictos para un proyecto determinado que lo establecido en la respectiva norma de emisión de aplicación general.

3.2. Competencia de la SMA en base a los instrumentos de gestión ambiental

Como indicamos previamente, el artículo 2° de la LOSMA demarca las competencias de la SMA en base a los denominados instrumentos de gestión ambiental, esto es, las resoluciones de calificación ambiental, las medidas de los planes de prevención y/o descontaminación, el contenido de las normas de calidad ambiental y de emisión, los planes de manejo y todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley, entre los que se encuentran, por ejemplo, los programas de cumplimiento presentados por los infractores en el marco de un procedimiento administrativo sancionador de la Superintendencia.

A la fecha, y de acuerdo a lo revisado acerca del primer año de gestión de la SMA, la mayoría de los procedimientos sancionatorios ha sido llevada a cabo en el marco de resoluciones de calificación ambiental. El inicio de procedimientos sancionatorios respecto a planes de prevención y descontaminación se ha concentrado en el Plan de Descontaminación Atmosférica de Temuco y Padre Las Casas. En este sentido, debe realizarse un trabajo conjunto del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente a objeto de definir claramente las competencias y protocolos de fiscalización, tanto de las normas de emisión, las normas de calidad y los planes de prevención y descontaminación ambiental. Esto debido a que hay disposiciones de los referidos planes que no han sido modificadas y que hoy generan diferencias de interpretación de competencias en relación con las facultades que corresponden a los diversos servicios (por ejemplo, Salud, Transportes y la SMA)¹¹.

Asimismo, como mencionamos en el punto anterior, con respecto a las normas de emisión existe a la fecha falta de claridad sobre las competencias entre la SISS y la SMA para fiscalización del cumplimiento de las referidas normas por parte de las empresas sanitarias. En efecto, el artículo 61 de la LOSMA establece que la presente no afectará las facultades y competencias que la Ley 18.920 entrega a la SISS en materia de supervigilancia, control, fiscalización y sanción del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado que realicen las concesionarias de servicios sanitarios. Por tanto, y como ya se planteó,

11 Por ejemplo, en el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, una de las medidas de prevención está asociada a la restricción vehicular de automóviles. Una de las dudas que se suscitaron en el ámbito público durante el primero año de funcionamiento de la SMA decía relación con cuál era el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de esta medida. En caso de determinar que la vigilancia de la restricción vehicular corresponde a la SMA, se multiplicarían los procesos sancionatorios por este motivo y el monto de las multas a quienes infringieran la restricción comenzaría en 1 UTA, esto es, \$497.628.

se genera la duda acerca de qué sucede cuando las actividades que realizan dichas concesionarias también se encuentran reguladas por resoluciones de calificación ambiental. A la fecha, la Contraloría General de la República se encuentra estudiando los antecedentes en esta materia.

Finalmente, respecto al marco de competencias que tiene la SMA en relación con los instrumentos de gestión ambiental sobre los cuales funda sus competencias fiscalizadoras, puede surgir un cuestionamiento sobre qué parte de los antecedentes que conforman del proceso de evaluación ambiental integra los elementos que pueden servir de base para el inicio de un procedimiento sancionatorio. A la fecha, la SMA ha incluido como parte de las obligaciones de los titulares de proyectos, no solo aquellas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental sino también las declaradas durante la evaluación, ya sea en las declaraciones de impacto ambiental, los estudios y las ADENDAS, o en las cartas de pertinencia presentadas por los titulares. Nos parece evidente que, aunque la LOSMA no lo establezca expresamente, cuando las resoluciones de calificación ambiental no sean completas o precisas, se recurra a los demás antecedentes del procedimiento de evaluación ambiental como información necesaria para determinar el marco de los compromisos ambientales adquiridos. Lo anterior se basa, además, en el principio de unidad del procedimiento administrativo.

En este sentido, un aspecto clave para la futura gestión de la SMA, en relación a la fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, será la coordinación entre el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia, a fin de mejorar la calidad de las resoluciones de calificación ambiental, para que las referidas autorizaciones estén orientadas a facilitar la fiscalización por parte de la SMA y sean cada vez más orgánicas y claras en cuanto las obligaciones establecidas y los plazos de cumplimiento. Lo anterior, a su vez, debe implementarse en conjunto con una de las modificaciones establecidas en la Ley 20.417 –que no ha tenido mayor aplicación práctica–, asociada a la facultad del Servicio de Evaluación Ambiental de dictar un texto refundido cuando una resolución de calificación ambiental haya sido modificada por una o más resoluciones (artículo 25 sexies de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente).

3.3. Conceptos generales del procedimiento sancionatorio

En cuanto al procedimiento sancionatorio mismo, muchos son los aspectos inicialmente definidos por la SMA que no han quedado exentos de cuestiona-

mientos por parte del sector regulado y que se irán ajustando a medida que la Superintendencia consolide su actuar administrativo y los tribunales ambientales se pronuncien al respecto.

Como hemos señalado, el procedimiento sancionatorio se inicia con la formulación precisa de cargos en contra del presunto infractor. Dicha formulación debe contener una descripción clara y precisa de los hechos que se estiman constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma infringida y la sanción asignada.

Han surgido diversas dudas sobre la forma de tramitación del procedimiento sancionatorio. Quizás una de las más relevantes se relacione con cómo se determina la sanción aplicable a la infracción asociada. Ello fue materia de amplio debate en el recientemente deliberado caso Pascua Lama¹². En este caso, uno de los aspectos más cuestionados por el Segundo Tribunal Ambiental fue la utilización de la figura del “concurso infraccional” para la serie de infracciones detectadas por la SMA asociadas a la resolución de calificación ambiental del proyecto. En efecto, la SMA detectó el incumplimiento de diversos considerandos de la respectiva RCA, pero los sancionó en su conjunto de acuerdo a lo establecido en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, como el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.

No obstante, el Ilustre Tribunal no acogió dicha interpretación, entendiendo que cada una de las infracciones asociadas a la RCA debía ser considerada y su sanción determinada de manera independiente, en base a los argumentos expuestos por los reclamantes.

Si bien la SMA decidió no interponer un recurso de casación en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental¹³ y acoger lo allí expresa-

12 El denominado caso Pascua Lama se inició en la SMA producto de una autodenuncia presentada por Compañía Minera Nevada SpA, que fue rechazada, dando origen a un procedimiento sancionatorio que terminó con la imposición de una multa de 16.000 UTA (la más alta hasta ahora por la Superintendencia). La multa se calculó en base a una serie de hechos asociados a: i) la infracción de la resolución de calificación ambiental del proyecto, ii) el incumplimiento de las obligaciones emanadas de las medidas provisionales decretadas por la SMA, iii) el incumplimiento de las normas establecidas en la Resolución Exenta 574, iv) el incumplimiento de las normas establecidas en la Resolución Exenta 37 y v) el incumplimiento a un requerimiento de información efectuado por la SMA. La Resolución Sancionatoria dictada por la Superintendencia fue reclamada ante el Segundo Tribunal Ambiental (causa Rol R6-2013), que recientemente emitió sentencia al respecto indicando que la Resolución Sancionatoria de la SMA se había dictado de manera ilegal y debía ser anulada, ordenando al Superintendente corregir los vicios del procedimiento y la realización de diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades, dictando posteriormente una nueva resolución conforme a derecho.

13 La Compañía Minera Nevada SpA, por su parte, sí interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema, el cual no ha sido resuelto a la fecha.

do, se debe indicar que la ley no es del todo clara en cuanto a cómo debe efectuarse el análisis infraccional cuando una resolución de calificación ambiental ha sido infringida en más de un aspecto. Por una parte, la LOSMA establece dentro de su catálogo de infracciones el incumplimiento a las normas, condiciones y medidas de las RCA, lo que indicaría que la infracción debe entenderse como una sola sin perjuicio de la serie de hechos infraccionales que se detecten. Lo anterior, además, tiene sentido considerando que la LOSMA establece multas exponencialmente más altas que las existentes en el antiguo sistema, por lo que entender que cada uno de los hechos infraccionales es una infracción en sí mismo puede llevar a la aplicación de multas exorbitantes que hagan inviable el sistema sancionatorio. No obstante, por otra parte, es claro que cada uno de los hechos infraccionales que se detecten en el marco de la fiscalización ambiental o del procedimiento administrativo sancionatorio deben ser analizados de manera exhaustiva en cuanto a su gravedad, origen y pruebas, no pudiendo subsumirse *per se* en el hecho infraccional de mayor relevancia.

Las consecuencias del indicado fallo en la gestión del procedimiento sancionatorio se irán aclarando a medida de se vayan resolviendo los próximos casos y en base también a lo que establezca la Corte Suprema en relación con el recurso de casación interpuesto por el titular del proyecto. En el mismo sentido, el caso Pascua Lama abrirá un debate en torno al modelo de determinación de sanciones con el que cuenta la Superintendencia, las causales agravantes y atenuantes que puedan utilizarse para determinar las sanciones, y la forma y procedimiento para el término probatorio a otorgarse. Por último, un desafío adicional se plantea respecto al carácter de interesado que deba darse a quien participe del procedimiento sancionatorio y a la relación que se tenga con los demás órganos de la Administración del Estado para recabar antecedentes que den forma al procedimiento.

Será interesante evaluar la aplicación práctica de lo definido en el fallo del Ilustre Tribunal en el caso de incumplimiento de otros instrumentos de gestión ambiental distintos de las RCA, como, por ejemplo, las normas de emisión.

3.4. Mecanismos de incentivo al cumplimiento

Hemos mencionado que una de las principales novedades de la LOSMA fue la creación de mecanismos de incentivo al cumplimiento: la autodenuncia, los programas de cumplimiento y los planes de reparación.

Como en otras materias, diversos aspectos generan dudas en este punto, dado que la LOSMA no reguló detalladamente la aplicación de los mencionados mecanismos.

Con respecto a la autodenuncia, debe recordarse que las dos primeras presentadas ante la Superintendencia (por parte de Compañía Minera Quebrada Blanca y Compañía Minera Nevada SpA) fueron rechazadas por no cumplir los requisitos de ser precisas, verídicas y/o comprobables, o bien por no haber puesto término inmediato a los efectos generados por los respectivos incumplimientos. Luego de estos dos rechazos, se han aprobado dos autodenuncias adicionales, pero el sector regulado aún resiente el rechazo inicial por parte de la SMA a este mecanismo de incentivo al cumplimiento. En base a lo anterior, se plantean varias dudas para la aplicación de esta herramienta.

La primera, también asociada a la presentación de programas de cumplimiento, dice relación con a qué o a quién se asocia la presentación de la autodenuncia y/o programa de cumplimiento: ¿a la persona natural o jurídica titular del proyecto, a la instalación o faena asociada a la infracción o bien a la resolución de calificación ambiental? Lo anterior es muy relevante ya que esta definición delimita el número de veces que puede interponerse el mecanismo de incentivo al cumplimiento de que se trate.

Otro aspecto contingente se refiere al hecho de que una de las causales para que proceda la autodenuncia debe ser que la SMA no haya iniciado la etapa de investigación acerca de los mismos hechos que se autodenuncian. Surge, por tanto, la duda acerca de qué se entiende por mismos hechos. En otras palabras, ¿qué sucederá cuando la SMA se encuentre investigando presuntas infracciones a una RCA y el titular se autodenuncie por hechos distintos pero relativos a la misma resolución de calificación ambiental?

Finalmente, deberá definirse qué sucederá cuando, producto de una autodenuncia, se inicie un procedimiento en el cual se defina que la sanción a aplicar no es una multa sino otra sanción. Destacamos que la principal ventaja de autodenunciarse por primera vez es obtener la rebaja del 100% de la multa impuesta por la SMA, y el 75% y 50% la segunda y tercera vez, respectivamente. De lo anterior se deduce que la única sanción procedente derivada de una autodenuncia puede ser la multa y no otra sanción; se trata de un elemento que la SMA deberá definir cuando corresponda.

Con respecto a los programas de cumplimiento, que fueron bastante utilizados por el sector regulado durante el primer año de funcionamiento de

la SMA, también surge una serie de preguntas. La primera es definir cómo se compatibiliza la presentación de programa con la formulación de descargos cuando una parte de los hechos infraccionales determinados sean asumidos y reconocidos por el regulado y otra parte pueda ser debatida. La práctica hasta ahora establecida ha sido presentar programas de cumplimiento íntegro, es decir, por todos los hechos, y presentar descargos en paralelo. No obstante, estas definiciones de procedimiento han sido levantadas en algunos recursos de reposición y/o reclamación y se encuentran actualmente siendo revisadas.

Por su parte, otro de los desafíos que plantean los programas de cumplimiento dice relación con cómo hacerse cargo de los efectos generados producto de la infracción, considerando que en algunos casos los efectos son “irreversibles” o bien se produjeron en el pasado (por ejemplo, infracción a las normas de emisión de ruidos durante algún periodo, corta no autorizada de especies o daño a elementos arqueológicos). Para que los programas de cumplimiento tengan una aplicación amplia e integral, en principio, debería entenderse que el volver al cumplimiento significa apegarse a lo establecido en la normativa para el futuro, más que reparar los efectos generados (lo que, por lo demás, en muchos casos no es posible). No obstante, el apego a la normativa ambiental debe darse en todo momento y no solo producto de un programa de cumplimiento. Este debate continúa abierto y deberá ser foco de un profundo análisis jurídico ambiental que no corresponde a la extensión del presente artículo.

Finalmente, para el caso de los programas de cumplimiento, el artículo 42 de la LOSMA establece las limitaciones a su interposición, indicando que no podrán presentar programas de cumplimiento, entre otros, aquellos que hubiesen presentado con anterioridad programas de cumplimiento por infracciones graves o gravísimas. Surge la duda de si esta limitación rige para toda la vida útil de un proyecto o si se aplica el plazo de 3 años establecido en la ley para la determinación de las infracciones. Lo anterior es de suma relevancia ya que esta definición puede incentivar la presentación de programas de cumplimiento por parte del sector regulado si es que se determina que la limitación tiene una duración de tres años.

Conclusiones

Los temas que hemos mencionado precedentemente reflejan algunos de los aspectos que han sido analizados en su aplicación por parte de la SMA y de los tribunales ambientales durante el denominado “primer año de rodaje de la Superintendencia”. Como era de esperar, se ha producido una intensa discusión acerca de estos y muchos otros temas que van a ir siendo resueltos a medida que se vaya afianzando el funcionamiento de la nueva institucionalidad ambiental. Este artículo no pretende resolver los temas en conflicto ni esbozar una posición al respecto, sino tan solo enunciarlos como ejemplo de la interesante discusión que se está dando en el marco de la entrada en vigencia de este conjunto de instituciones ambientales que tienen como común denominador el cuidado del medio ambiente.

Como indicamos a lo largo del texto, el presente artículo no aspira a abarcar todos los aspectos debatidos a lo largo de la LOSMA, sino tan solo dar cuenta de que hay diversos focos de reflexión abiertos. Lo anterior también esperamos sirva como llamado al sector regulado y a la ciudadanía a participar de manera activa en el debate, particularmente en este primer periodo de vigencia de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Por último, pero no por eso menos importante, es crucial coordinar y debatir con los demás organismos públicos que tienen incidencia en los procesos de fiscalización, sanción, acreditación e información de la SMA, ya que ellos son parte fundamental del adecuado funcionamiento de la nueva institucionalidad ambiental. Lo mismo ocurre en relación con la revisión que se hace de las actuaciones de la Superintendencia por parte de los tribunales ambientales, piezas clave en que se vayan asentando las definiciones y criterios más arriba expuestos.

PUNTA ALCALDE: EL RIESGO DE EXTENDER LOS LÍMITES

Ximena Insunza¹

Resumen

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un procedimiento administrativo reglado que en los últimos años ha estado sometido a un escrutinio cada vez mayor, no solo por parte de los actores involucrados, sino también de la ciudadanía. El caso Punta Alcalde dejó en evidencia una falencia relevante que transgrede la lógica y normas de este sistema, por cuanto se evaluó un impacto detectado por la autoridad, y no reconocido por el titular, en la etapa de revisión y no en la fase prevista para cumplir con ese cometido. Esta posibilidad, avalada por la Corte Suprema, atenta contra la finalidad de proveer de legitimidad a las decisiones en materia ambiental, objetivo último perseguido por el rediseño a su institucionalidad.

Introducción

El establecimiento y desarrollo de la regulación ambiental en Chile es de reciente data. El primer hito relevante fue la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución Política de la República de 1980. Un segundo *momentum* fue la dictación de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente en 1994, que dio contenido y regu-

¹ Abogada, Profesora Asistente de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LL.M. McGill University. Associate Fellow Centre for International Sustainable Development Law (CISDL). Cursó el Postítulo en Economía y Finanzas para Abogados y dos diplomados, uno en Regulación y Competencia y otro en Políticas Urbanas, Territoriales y Medioambientales, todos en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Fue asesora de la ministra presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente entre diciembre de 2007 y marzo de 2010. Asimismo, trabajó como investigadora del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Desde 2012, se desempeña como investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

lación a la garantía constitucional. Por último, un tercer gran acontecimiento relevante en este campo del derecho ocurrió en 2010 con la publicación de la Ley 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente².

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente consagró el que hasta hoy es el más importante instrumento de gestión ambiental: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Esta herramienta exige que ciertos y determinados proyectos, dada la envergadura de sus impactos en el medio ambiente, deban someterse a un procedimiento administrativo reglado, cuyo acto terminal autorizará o no el desarrollo de la actividad propuesta. Lo anterior, claramente, se enmarca en lo que se ha denominado por el derecho administrativo como la actividad de policía de la Administración³.

Las vías de ingreso al SEIA son esencialmente dos y dependen de la entidad del impacto. La más compleja es el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), que supone una alteración significativa en la línea de base en la que se emplazará el proyecto. Por ello, no solo debe acreditarse el cumplimiento de la normativa ambiental sino que además el titular del proyecto debe proponer medidas de mitigación, reparación y compensación para hacer frente a los impactos que provoca⁴.

Es en el marco de la aplicación de este instrumento de gestión ambiental y de las distintas vías de impugnación del acto terminal que se desarrolla el caso de la Central Punta Alcalde, el que expondremos someramente a continuación, iniciando su explicación con lo acontecido en el 1) Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, para luego explicar 2) la vía constitucional utilizada para impugnar la decisión del Comité de Ministros. Una vez efec-

2 La reforma a la institucionalidad ambiental no solo está contenida en la Ley 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, sino también en la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales.

3 Bermúdez, Jorge, "Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL, 2013, p. 426. Bermúdez, Informe en derecho solicitado por ENDESA, Alcance de las competencias del Comité de Ministros que conoce del recurso administrativo especial del art. 20 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente: "en virtud de la actividad de Policía, la Administración opera controlando las actividades de los particulares para que su libre desarrollo se acomode al bien público; para ello ejerce limitaciones, impone conductas y ajusta aquéllas a las exigencias del interés general", p. 5.

4 La vía más sencilla de ingreso al SEIA es la Declaración de Impacto Ambiental, definida en el art. 2 letra f) de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente como "el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes", y regulada en el art. 12 Bis del mismo cuerpo legal.

tuado lo anterior, procederemos a detallar cuáles fueron (y son) 3) los debates jurídicos que surgieron al alero de este caso, para más tarde explicar lo que a nuestro juicio son 4) las implicancias jurídicas del mismo. Finalmente, concluiremos con algunas reflexiones.

1. Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Sede administrativa

El procedimiento de evaluación de impacto ambiental prevé dos instancias en sede administrativa. En concreto, un EIA es conocido primero por la Comisión de Evaluación Ambiental⁵ regional respectiva (CEA) y, posteriormente, en caso de existir reclamación, ya sea por parte del titular o las personas naturales o jurídicas que efectuaron observaciones en el periodo relativo a la participación ciudadana, por el Comité de Ministros⁶.

1.1. Comisión de Evaluación de la Región de Atacama

El proyecto de Punta Alcalde, presentado por ENDESA S.A. (en adelante, indistintamente “ENDESA” o el “titular”), consiste “en la construcción y operación de una central termoeléctrica constituida por dos bloques o unidades de potencia, de aproximadamente 370 MW de capacidad cada una, es decir, aproximadamente 740 MW instalados. El combustible a utilizar será carbón sub-bituminoso”⁷. Este proyecto ingresó al SEIA mediante un EIA el 27 de febrero de 2009⁸.

Grosso modo, es necesario destacar que, en el devenir del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de este proyecto, se solicitaron 5 Informes Con-

5 Ibid., art. 86. La Comisión de Evaluación Ambiental es presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario.

6 Ibid., art. 20. El Comité de Ministros está compuesto por el Ministro del Medio Ambiente, quien lo preside, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Turismo; de Agricultura; de Energía y de Minería.

7 Comisión de Evaluación, III Región de Atacama, 25 de Junio de 2012, RCA que rechaza proyecto. Disponible en: http://seia.sea.gob.cl/archivos/Resolucion_de_Calificacion_Ambiental_CT_Punta_Alcalde.pdf

8 Es preciso destacar que la Ley 20.417 se publicó el 26 de enero de 2010 durante el proceso de evaluación de este proyecto, siéndole, por lo tanto, aplicable el inciso tercero de la primera norma transitoria de la citada ley, que dispone: “Los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previos a la publicación de la presente ley, se sujetarán en su tramitación y aprobación a las normas vigentes al momento de su ingreso”.

solidados de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones por parte de la autoridad (ICSARAS) y, en consecuencia, se presentaron 5 Adendas por parte del titular⁹, lo que, desde ya, hace patentes las dificultades que tuvo esta iniciativa para hacerse cargo de los pronunciamientos de los organismos con competencia ambiental¹⁰. El promedio de ICSARAS y Adendas en el SEIA es de 2,8 para estudios, por lo que es posible conjeturar que el EIA de Punta Alcalde era deficiente¹¹.

En particular, cabe destacar que el complejo Punta Alcalde se emplaza en la localidad de Huasco¹², comuna que, junto a su zona circundante, fue declarada zona latente¹³ por material particulado respirable MP₁₀, como concentración anual, en mayo de 2012¹⁴, sin que hasta la fecha se haya dictado o siquiera iniciado el trámite para la dictación del plan de prevención respectivo¹⁵. Sin perjuicio de la falta del instrumento de gestión ambiental, la simple declaración presupone que cualquier proyecto o iniciativa privada que quisiera localizarse en esta zona debe tener extremo cuidado respecto de su impacto en el elemento aire y comprometer, en caso que fuere necesario, las medidas de mitigación y compensación adecuadas para garantizar a lo menos que los niveles de contaminación existentes no empeorarán.

Pues bien, el titular del proyecto de la Central Punta Alcalde, en su EIA, señaló que, con los sistemas de abatimiento propuestos, el proyecto cumpliría

9 Servicio de Evaluación Ambiental, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=3582244&idExpediente=3582244&modo=ficha

10 D.S. 95 de 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, art. 2 letra e): "Órgano de la administración del Estado con competencia ambiental: Ministerio, servicio público, órgano o institución creado para el cumplimiento de una función pública, que otorgue algún permiso ambiental sectorial de los señalados en este Reglamento, o que posea atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad".

11 DIPRES, Balance de gestión del Ministerio del Medio Ambiente, 2013, p. 37.

12 INDH, Conflictos socio-ambientales, Ficha Central Punta Alcalde. La zona ya está contaminada por la presencia de otras empresas, como el complejo termoeléctrico Guacolda, con cuatro unidades a carbón, y una fábrica de pellets de fierro de la Compañía Minera del Pacífico, así como la planta agroalimentaria de Agrosuper.

13 Ley 19.300, art. 2 letra t): "Aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental".

14 DS 40, 2011, Ministerio del Medio Ambiente, declara zona latente por material particulado respirable m₁₀, como concentración anual, a la localidad de Huasco y su zona circundante, publicado en el Diario Oficial el 23 de mayo de 2012.

15 Ministerio del Medio Ambiente, Tabla pública sobre avance de planes de descontaminación y prevención del medio atmosférico, diciembre de 2013. Disponible en http://www.sinia.cl/1292/articulos-55875_TablaPublicaPlanesAire_Diciembre2013.pdf

con la normativa ambiental relativa a los efectos en la calidad del aire. Sostuvo que “el proyecto emitirá gases y material particulado a la atmósfera (...), incorporando en su diseño medidas de abatimiento de emisiones y manejo ambiental adecuado que permiten el cumplimiento de la normativa ambiental vigente en Chile”¹⁶. La autoridad sectorial competente, esto es, la autoridad sanitaria, en sus diversas intervenciones a lo largo del procedimiento de evaluación ambiental, se manifestó disconforme con la información presentada por el titular del proyecto. Así, por ejemplo, en los ICSARAS 4 y 5, la Seremi de Salud de la Región de Atacama solicitó al titular presentar los antecedentes técnicos y cálculos correspondientes que avalaran el cumplimiento de la norma de emisión de centrales termoeléctricas y, por ende, los datos de entrada al modelo de calidad del aire¹⁷. De hecho, mediante el ordinario 1032-2012, del 30 de mayo de 2012, la autoridad sanitaria señaló que: “No se da respuesta a consulta 2.1.1.b) del ICSARA N°4, dado que el titular presenta modelación a partir de un valor teórico (norma de emisión de centrales termoeléctricas), por lo que es absolutamente necesario presentar en el presente proyecto los fundamentos técnicos que acrediten el cumplimiento de la norma de emisión de termoeléctricas, respaldando a su vez las modelaciones de calidad del aire presentadas y acreditando que no existen efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la Ley, que puedan impactar la salud de la población”¹⁸. En definitiva, a lo largo de todo el procedimiento de evaluación tramitado ante la CEA, el titular mantuvo su posición en el sentido de que la central generaría un impacto “cero” en cuanto a material particulado (media anual), en las estaciones de monitoreo cercanas al proyecto, incluidas las situadas en Huasco”¹⁹.

16 Estudio de Impacto Ambiental, capítulo 3, p.10. Disponible en: <http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=3582248>

17 ICSARA 5: “Plan de cumplimiento de la Legislación Ambiental Aplicable - Normativa Ambiental - Estudio de Modelación de Gases y Partículas a la atmósfera. 1.a) No se da respuesta a consulta 2.1.1.b) del ICSARA N°4, dado que el titular presenta una modelación a partir de un valor teórico señalando que solo se realizarán ‘adecuaciones técnicas’ al proceso industrial que permitirán cumplir con la NECT (D.S 13/11) sin fundamentación respecto de las mejoras concretas que permiten la reducción (para el caso del material particulado, por ejemplo, se identifica una reducción de 1,8 ton/día a 0,98 ton/día). En virtud de lo anterior, se solicita presentar los fundamentos técnicos que acrediten el cumplimiento de la norma de emisión de termoeléctricas, respaldando a su vez las modelaciones de calidad del aire presentadas. Lo anterior debe realizarse a través de un desglose pormenorizado de emisiones para ambas unidades, consumo de combustible y porcentajes de eficiencia de los sistemas de abatimiento considerados, los cuales deben ser comparados con las emisiones establecidas en la tabla N°4 y tabla N°5 presentadas en el Adenda N°4, garantizando con ello que las medidas son las adecuadas para hacerse cargo de sus emisiones y no contribuir a deteriorar la calidad del aire en una zona que ya se encuentra declarada como zona latente para MP10 por el Decreto 40/2011”. Disponible en: <http://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=80/38/735dd464b9c5fbc5aeb58ac15e19d4632ab>

18 Secretaría Regional Ministerial de Salud, Ordinario 1032-2012, 30 de mayo de 2012.

19 Adenda 3, Tabla 4.3, Anexo B, disponible en: <http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=6750198>

Una situación parecida aconteció a lo largo de la evaluación respecto de los efectos en el medio marino. En este aspecto, el titular, producto de los requerimientos de la autoridad sectorial, reconoció dicho impacto y mejoró el proyecto a través de incorporación –en las adendas– de nuevas medidas, garantizando de esta forma que su evaluación aconteciera en la instancia pertinente (es decir, dentro de la etapa de generación de ICSARAS y presentación de adendas). La Subsecretaría de Pesca emitió un pronunciamiento favorable en este sentido: “Esta Subsecretaría se manifiesta conforme respecto de la adenda N° 5 del proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde, del plan de seguimiento del proyecto y por consecuencia confirma el manifiesto conforme respecto del otorgamiento del Permiso Ambiental Sectorial N° 95 D.S. N°95/2001 MINSEGPRES”²⁰. Esto, a juicio de la CEA, no fue suficiente para descartar la generación de impactos significativos de acuerdo al artículo 11 letra b) de la Ley 19.300.

En este escenario, luego de elaborado el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), en el que se consignaban las deficiencias detectadas por la Seremi de Salud en materia de contaminación atmosférica y la insuficiente información para descartar impactos negativos en el medio marino, la CEA de la Región de Atacama resolvió calificar desfavorablemente el proyecto mediante la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N°138/2012, de fecha 25 de junio de 2012, en el entendido que el titular no había presentado la información necesaria para poder descartar la ocurrencia de “impactos significativos sobre el medio marino y el aire, es decir artículos 11 letra a) y 11 letra b), por existir falta de información relevante y esencial”²¹. Cabe precisar que la votación fue dividida: 7 votos contra 2²².

20 Subsecretario de Pesca. ORD. 1556, 13 de junio de 2012. Disponible en: <http://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=7f/be/c3933055ace30a1c-9c611ae5dea7d240c4e4>

21 Resolución RCA 138/2012, 25 de junio de 2012: “En concordancia con lo anterior, la Comisión de Evaluación convocada para calificar ambientalmente el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde del Titular Empresa Nacional de Electricidad S.A. ENDESA, manifestó que el titular no ha presentado la información necesaria para poder concluir respecto de los impactos significativos sobre el medio marino y el aire, es decir arts. 11 letra a) y 11 letra b), por existir falta de información relevante y esencial, al suministrarse información deficiente en el caso del literal b) y por falta de información relevante y esencial para el literal a) según lo informado por la propia Seremi de Salud. En efecto, esta Comisión estimó, en razón de que los impactos sobre la calidad del aire y el medio marino generados por el proyecto, especialmente considerando su cercanía al área declarada latente para PM10 anual en Huasco, no se encontraban debidamente resueltos en la evaluación del proyecto, y los eventuales impactos en la calidad del aire y el medio marino que podrían generarse producto de las emisiones desde las chimeneas y las obras de succión y descarga de agua de mar del proyecto, la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama acordó rechazar el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde del Titular Empresa Nacional de Electricidad S.A. ENDESA. En virtud de lo anterior, las medidas propuestas por el Titular, no pueden ser consideradas como adecuadas para los impactos que han sido propuestas”.

22 Los Seremis de Medio Ambiente, Salud, Planificación, Obras Públicas, Transporte, Vivienda, Agricultura votaron en contra. A favor, lo hicieron los de Energía y Minería.

1.2. Comité de Ministros

Tal como señalábamos, la propia Ley 19.300 prevé las vías de impugnación de una resolución de calificación ambiental: un recurso administrativo y un contencioso administrativo²³.

El primero está previsto en el artículo 20²⁴, que señala que, tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, el órgano colegiado para conocer del mismo es el Comité de Ministros, instancia compuesta por el ministro del Medio Ambiente, quien lo preside, y los ministros de Salud, de Economía, Fomento y Turismo, de Agricultura, de Energía y de Minería.

El segundo, esto es, el contencioso administrativo, también está regulado en el artículo 20, el que dispone que de lo resuelto por el Comité de Ministros se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días, ante el Tribunal Ambiental²⁵.

En este caso, el titular del proyecto ejerció su derecho y, con fecha 8 de agosto de 2012, interpuso una reclamación (recurso administrativo) en contra de la resolución que calificó desfavorablemente su proyecto.

No ha sido simple determinar la naturaleza de este recurso administrativo de reclamación. Sin embargo, tal como señala el profesor Jorge Bermúdez, está claro que no se trata de un recurso administrativo tradicional, a saber,

23 Bermúdez, *Instrumentos jurídicos de protección ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2007, pp. 214-217

24 Ley 19.300, art. 20. "En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días, contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental.

Con el objeto de resolver las reclamaciones señaladas en el inciso primero, el Director Ejecutivo y el Comité de Ministros podrán solicitar a terceros, de acreditada calificación técnica en las materias de que se trate, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión. El reglamento establecerá cómo se seleccionará a dicho comité y las condiciones a las que deberá ajustarse la solicitud del informe.

En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental.

De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley.

La resolución que niegue lugar o que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, será notificada a todos los organismos del Estado que sean competentes para resolver sobre la realización del respectivo proyecto o actividad".

25 En relación al contencioso administrativo, cabe destacar que este sufrió modificaciones significativas en virtud de la Ley 20.417, que escapan a la temática abordada por este artículo, dado que en este caso se utilizó la vía constitucional en desmedro de la administrativa.

reposición o jerárquico, sino más bien, desde la perspectiva del objetivo del recurso, uno de revisión, por cuanto se puede confirmar o invalidar el acto administrativo impugnado por razones de ilegalidad u oportunidad²⁶.

Los argumentos esgrimidos por el titular para impugnar la RCA 138/2012 fueron, fundamentalmente, que esta adolecía de vicios de ilegalidad, en el entendido que “i) el pronunciamiento de la Seremi de Salud no se ajusta al mérito del expediente; ii) se acompañó información idónea y suficiente para acreditar el cumplimiento Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, iii) se demostró que el Proyecto no generaría riesgos para la salud de la población”²⁷.

En el transcurso de esta reclamación, ocurrió una serie de acontecimientos que se abordarán más adelante, pero que se pueden resumir en que, durante el procedimiento administrativo en análisis, se acreditó que sí existiría un impacto respecto del elemento aire y que, por lo tanto, este no sería “cero”. Dado lo anterior, la empresa reconoció por primera vez el impacto en la sede recursiva –ante el Comité de Ministros– y propuso una nueva medida de compensación, la que posteriormente fue impuesta por el órgano revisor como condición en la resolución que acogió parcialmente el recurso.

En definitiva, la reclamación fue acogida parcialmente por el Comité de Ministros el 3 de diciembre de 2012, imponiéndose una serie de nuevas condiciones, entre ellas, la medida de compensación recién aludida, que supone la instalación de un precipitador electrostático para material particulado en chimenea 2B de la Compañía Minera del Pacífico S.A. (CMP)²⁸.

26 Bermúdez, *Instrumentos jurídicos de protección ambiental*, op. cit., p. 215.

27 Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección, Ilustre Municipalidad de Huasco / Comité de Ministros de Art. 20 Ley 19.300, Rol 59-2013.

28 Así se consigna en la Resolución 159 del Comité de Ministros, que señala que se resuelve: “1. Acoger parcialmente el recurso de reclamación (...) 2. Agregar en el considerando 11 de la RCA lo siguiente: Respecto de la calidad del aire se requiere implementar las siguientes condiciones: i) El titular deberá emitir como máximo 27mg/Nm³ de MP 10 por unidad generadora, es decir, un equivalente a un emisión máxima total de 0,885 ton/día para cada unidad, ii) instalar un precipitador electrostático para material particulado (con un mínimo de 90% de eficiencia de abatimiento) en la chimenea ‘2B’ de propiedad de la Compañía Minera del Pacífico S.A. (CMP), previo a la puesta en operación comercial de la primera unidad de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde, el que deberá mantenerse operativo durante la operación de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde. Respecto de la calidad del medio marino se requiere implementar la siguiente condición o exigencia: i) instalar el sistema de captación a una profundidad de 7 metros, bajo la termoclina definida para el proyecto”.

2. Recurso de protección. Sede judicial

2.1. Corte de Apelaciones

Si bien era posible impugnar la resolución de calificación ambiental favorable dictada por el Comité de Ministros por vía del contencioso-administrativo especial²⁹ consagrado en el artículo 20 de la Ley 19.300, el alcalde de Huasco optó por un camino distinto, interponiendo un recurso de protección³⁰ (el primero, pues luego serían presentados otros) por vulneración de las siguientes garantías constitucionales: igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución) y el derecho a vivir en un medio libre de contaminación (19 artículo 19 N° 8). Esta acción se interpuso en contra de la decisión tomada en la sesión del Comité de Ministros, sin que existiera hasta ese momento constancia material del acuerdo, pese a que su contenido fue ampliamente divulgado a través de la prensa. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó esta acción constitucional justamente porque no existían antecedentes para realizar un análisis jurídico que pudiera acreditar la conculcación de las garantías antes mencionadas. Así lo expresa claramente el considerando séptimo de la sentencia³¹:

Que, con lo expuesto, ha quedado establecido que se ha ejercido el presente recurso de protección en contra de una decisión del Comité de Ministros, que se pronuncia acerca del recurso de reclamación a que alude el artículo 20 de la Ley 19.300, cuyo texto desconoce el recurrente, obteniendo referencias de su contenido por intermedio de la prensa, sin que a la fecha del recurso, se encontrara redactada y formalizada.

29 Como explica Álvaro Ferrero, “Los recursos administrativos especiales son aquellos previstos en una norma jurídica especial, distinta de la que regula el procedimiento administrativo común, y que por tanto, dan lugar a un procedimiento impugnatorio particular. Son recursos reservados para determinados ámbitos o materias y que son excluyentes, desplazando a los recursos ordinarios en su respectivo ámbito de aplicación”. Ferrero, Álvaro, “Recursos administrativos especiales en materia de contratación pública”, en *Revista de la Facultad (Universidad Nacional de Córdoba)*, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II, 2013, pp. 197-220.

30 El debate sobre la idoneidad y pertinencia de las distintas vías de impugnación de los actos administrativos ambientales, tan en boga en la actualidad, escapa el objetivo perseguido por este artículo. Véase Poklepovic, Iván, “Compatibilidad del Recurso de Protección Ambiental con la competencia de los tribunales ambientales en el contencioso administrativo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental, Visión Ambiental Global: Presente y Futuro*, (LegalPublishing, Thomson Reuters), 2012; y Cordero, Luis, “Los dilemas tras los vicios de la Resolución de Calificación Ambiental. ¿Cómo dimensionar sus efectos?”, en Ferrada, Juan Carlos (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno*, IX Jornadas de Derecho Administrativo, (Legal Publishing - Thomson Reuters), 2013.

31 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 59-2013, sentencia de fecha 1 de agosto 2013, considerando 7.

Frente a tal contexto y hallándose la decisión tomada en el ámbito de un procedimiento administrativo, los antecedentes invocados no permiten conocer con certeza los fundamentos y razonamientos utilizados por el Comité de Ministros en lo pertinente, siendo imposible, en consecuencia, realizar un análisis jurídico de tal decisión –de la manera que lo solicita el recurrente– en lo que respecta a su atribuida ilegalidad y arbitrariedad, ni menos si es capaz de afectar los derechos fundamentales que se invoca. Para saber, al menos, la existencia de una eventual amenaza de los derechos cuya protección se solicita, es necesario conocer el contenido exacto de la decisión. Por lo expresado, cabe rechazar el recurso de protección interpuesto³²⁻³³.

Más tarde, la organización no gubernamental Oceana³⁴, representando a algunos habitantes de la comuna de Huasco, presentó un recurso de protección en contra del acuerdo del órgano colegiado (Acuerdo 17/2012), de fecha 3 de diciembre de 2012, publicado y dado a conocer tiempo después (17 de enero de 2013), que acogió parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por el titular. Asimismo, un diputado y una senadora de la zona junto a otros habitantes de la comuna y organizaciones sociales locales, todos representados por los abogados del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)³⁵, también presentaron un recurso de protección. Finalmente, un cuarto recurso de protección fue interpuesto por una serie de organizaciones de trabajadores³⁶ que desarrollan actividades pesqueras artesanales en la bahía de Huasco.

32 Cabe destacar que esta argumentación tuvo un vuelco en la Corte Suprema, tal como se expone en la nota 47.

33 Otro tema relevante abordado por esta sentencia dice relación con la legitimación activa en materia ambiental tratándose del recurso de protección. Al respecto resulta importante la prevención efectuada por la Ministra Sandoval, quién fue de la idea de rechazar el recurso “teniendo únicamente en consideración que dicho municipio carece de legitimación activa para recurrir de protección en materia medioambiental, pues sus atribuciones en esta materia son meramente residuales según lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley N° 18.695 Orgánica de Municipalidades, existiendo una institucionalidad que se encuentra suficientemente facultada para intervenir en asuntos como el planteado en autos. Del mismo modo, es de opinión que la convicción por ella manifestada se ve reafirmada por la circunstancia que la legislación relativa a la protección del medio ambiente otorga expresamente a las municipalidades únicamente la acción reparatoria prevista en el artículo 54 de la Ley N° 19.300, de lo que se colige que tan solo dicha atribución le ha sido reconocida por el legislador en este ámbito”.

34 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.413-2013, sentencia de fecha 1 de agosto de 2013,

35 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.795-2013, sentencia de fecha 1 de agosto 2013.

36 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7.947-2013, sentencia de fecha 1 de agosto 2013.

En el segundo y tercer recurso de protección se alegó que el Acuerdo 17/2012 del Comité de Ministros que acogió parcialmente la reclamación interpuesta por el titular y resolvió calificar ambientalmente la Central Termoeléctrica Punta Alcalde privó, perturbó y amenazó los derechos de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8) y el derecho a la vida, integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1). Se solicitaba a la Corte de Apelaciones que declarara que el Acuerdo N° 17/2012 “i) constituye un acto ilegal y arbitrario; ii) afecta el derecho a la igualdad; iii) amenaza seriamente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes; iv) amenaza seriamente el derecho a la vida, integridad física y psíquica de los recurrentes; v) revoque o anule el Acuerdo 17/2012; vi) confirme la RCA 138/2012 en todas sus partes; y vii) ordene cualquier otra medida que disponga, para el restablecimiento de las garantías constitucionales vulneradas y/o amenazadas”³⁷.

En el cuarto recurso de protección se argumentaba que las garantías vulneradas eran la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2) y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8).

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió, de forma separada, los tres últimos recursos de protección por considerar amenazada la garantía consagrada en el artículo 19 número 8 de la Constitución, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

La argumentación de la Corte de Apelaciones de Santiago en las tres sentencias fue la siguiente:

i) La falta de congruencia (coherencia) entre lo obrado en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ante la CEA de la Región de Atacama y lo decidido por el Comité de Ministros. Así lo expresan claramente los considerandos noveno, décimo segundo y décimo tercero de una de las sentencias³⁸:

De consiguiente, la resolución de Calificación ambiental debe ser coherente con el procedimiento de impacto ambiental contenido en el ICE y, a su turno, la resolución recaída en el recurso de reclamación debe tener también correspondencia con esa misma reclamación, con los antecedentes y hechos contenidos en el ICE, puesto que de ellos deriva

37 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.413-2013, op. cit.

38 Íd.

la decisión. En suma, tales actos están vinculados por las reglas de la lógica formal;

Es decir, contrariamente a lo afirmado por el titular, el proyecto que pretende emprender genera un impacto en la calidad del aire y, no obstante ello, la autoridad recurrida decide acoger la reclamación. He ahí una primera incongruencia e inconsistencia;

En lo que hace a la legalidad y razonabilidad de la decisión, resulta ineludible acotar que los antecedentes que incorpore el Comité de Ministros no pueden significar un nuevo proceso evaluativo como en realidad ha ocurrido en la especie.

En efecto, al determinarse en dicho informe que existe impacto ambiental, más allá de los límites originalmente señalados por el titular, se vulnera el procedimiento de calificación ambiental, desde que es la fase de evaluación donde deben conocerse y aquilatarse las medidas de mitigación, compensación y/o de reparación apropiadas, conforme a lo propuesto por el titular. Enseguida, porque la comunidad tiene derecho a pronunciarse y efectuar observaciones, desde que es el sector eventualmente afectado, siendo relevante su opinión para el correcto y adecuado funcionamiento del Sistema de Evaluación Ambiental.

Así las cosas, el citado Acuerdo 17/2012 del Comité de Ministros deviene en un acto ilegal y arbitrario. Primero, porque la autoridad recurrida excedió el ámbito de sus atribuciones, sin que sea óbice para ello lo establecido en el inciso final del artículo 59 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, porque las atribuciones allí aludidas operan en el entendido que la resolución recaída en el recurso tiene correlato no solo con lo que se pide, sino que con los fundamentos que sostienen la solicitud del recurrente, máxime cuando –como se ha insistido reiteradamente– existen otros interesados en la decisión.

Enseguida, porque la sede de reclamación no es una oportunidad en que corresponda determinar un impacto ambiental “nuevo”, esto es, uno que no ha sido precisado oportunamente por su titular, ni menos puede constituir una instancia para decidir unilateralmente la manera en que, supuestamente, se debieran minimizar sus efectos.

A mayor abundamiento, los sentenciadores señalan claramente cuál es la consecuencia que se deriva –en relación a las garantías constitucionales– de la constatación de este impacto no reconocido, al sostener que “[s]e ha ame-

nazado a los recurrentes a vivir en un medio ambiente contaminado, debido a que es posible, según información recabada con posterioridad a la Evaluación de Impacto Ambiental, la existencia de riesgos previsibles, por lo que se acogerá el recurso”³⁹.

ii) La Corte cuestiona la oportunidad y contenido de la medida de compensación propuesta por el titular para ser implementada en las instalaciones de un tercero, impuesta finalmente como condición por el Comité de Ministros.

Al respecto, las sentencias comentadas ilustran que esto “transforma el Acuerdo, al fallar en su mérito, en arbitrario debido a que se desconoce el real impacto que ello produce en las emisiones atmosféricas, e ilegal al comprometer a un tercero que no es parte en este procedimiento de impacto ambiental, quien podría incumplir su obligación contractual”⁴⁰. “Sucede que el aludido fue un ofrecimiento realizado por el titular días antes de la adopción del comentado acuerdo de Ministros, lo que transforma esa decisión en arbitraria, debido a que no existe información certera y validada que permita definir el real impacto que esa pretendida medida de morigeración produciría en las emisiones atmosféricas o en la calidad del aire; y es también ilegal porque compromete en el proceso a un tercero que no fue parte en este procedimiento de impacto ambiental, sin que existan las seguridades debidas de que vaya a cumplir efectivamente la obligación que se le atribuye”⁴¹.

Cabe resaltar, además, que al respecto hubo un voto concurrente con prevención que sostuvo que la medida de compensación era además ilegal porque no se relacionaba de modo directo con la fuente generadora de contaminación⁴².

iii) La falta de razonamiento y fundamentación que explique la calificación favorable del proyecto en el Acuerdo del Comité de Ministros, lo cual

39 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.795-2013, op. cit., considerando 15.

40 *Ibíd.*, considerando 14.

41 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.413-2013, op. cit., considerando 14.

42 En su voto de prevención, el ministro Astudillo sostuvo que “[d]esde esa óptica, quien previene considera que la medida dispuesta por el Consejo de Ministros, esto es, la instalación de un precipitador electrolítico para material particulado (con mínimo de 90% de eficiencia de abatimiento), en la chimenea B2 de propiedad de la Compañía Minera del Pacífico S.A. (CMP), no se ajusta a la legalidad. Es ilegal, puesto que ella no participa de los caracteres de las medidas de mitigación, de reparación ni de compensación que describen y regulan –respectivamente– los artículos 58, 59, 60 y 61 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, precisamente, porque no se relacionan de modo directo con la fuente generadora de contaminación (...)”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.795-2013, op. cit., considerando 15. Voto de prevención, ministro Astudillo.

amenaza el derecho de los requirentes a vivir en un medio libre de contaminación⁴³.

Los sentenciadores acogen los recursos y señalan perentoriamente que “deberá procederse a la realización de una nueva sesión del Comité de Ministros a fin de que se pronuncie, conforme a derecho, respecto de la reclamación, haciéndose cargo de los argumentos vertidos en la resolución denegatoria de la Comisión Ambiental de la Región de Atacama, en relación al real impacto en la calidad del aire”⁴⁴.

2.2. Corte Suprema

Tanto el Comité de Ministros como el titular del proyecto, ENDESA, que se había hecho parte como tercero coadyuvante ante el tribunal *ad quo*, interpusieron sendos recursos de apelación en contra de las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago ante la Corte Suprema, órgano jurisdiccional que, como primera medida, dispuso la vista conjunta de los cuatro recursos, para posteriormente acumular los tres últimos el mismo día que se dictó la sentencia.

La sentencia de la Corte Suprema, en definitiva, revocó las sentencias que acogían los recursos de protección –las tres últimas acciones referidas en la sección anterior– y confirmó aquella que rechazaba el primero.

La Corte Suprema fundamenta su decisión, en gran medida, en los alcances del recurso de reclamación consignado en el artículo 20 de la Ley 19.300⁴⁵:

43 “Que no existiendo en el Acuerdo del Comité de Ministros un razonamiento, propio de un órgano inserto en un Estado de Derecho, que se pronuncie de la reclamación, en relación al real motivo de la negativa de la RCA, sustento en antecedentes que emanan del Estudio de Impacto Ambiental, u obtenidos por aquel, que permitan concluir que no se producirán impactos significativos sobre el medio marino, conforme a lo exigido en el artículo 11 letra b) y 16 citados, se ha amenazado a los recurrentes a vivir en un medio ambiente contaminado, debido a que es posible la existencia de riesgos previsibles, por lo que se acogerá el recurso”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7.947-2103, op. cit., considerando 16.

44 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.413-2013, op. cit.; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.795-2013, op. cit., “SE ACOGE, sin costas, la acción constitucional deducida en estos autos, por lo que se deja sin efecto el acuerdo N°17/2012 del adoptado por el Comité de Ministros en sesión de fecha 3 de diciembre de 2012, debiéndose proceder, a fin de restablecer el imperio del Derecho, a la realización de una nueva sesión del Comité de Ministros a fin de pronunciarse de la reclamación, debiendo razonar, además, haciéndose cargo de los argumentos vertidos en la resolución denegatoria de la Comisión Ambiental de la Región de Atacama en relación al real impacto en la calidad del aire”; íd., “SE ACOGE, sin costas, la acción constitucional deducida en estos autos, por lo que se deja sin efecto el acuerdo N°17/2012 del adoptado por el Comité de Ministros en sesión de fecha 3 de diciembre de 2012, debiéndose proceder, a fin de restablecer el imperio del Derecho, a la realización de una nueva sesión del Comité de Ministros a fin de pronunciarse de la reclamación, debiendo razonar haciéndose cargo de los argumentos vertidos en la resolución denegatoria de la Comisión Ambiental de la Región de Atacama en relación a su real impacto en el medio marino”.

45 Corte Suprema, Rol 6.563-2013, sentencia de fecha 17 de enero de 2014, considerandos 18, 21, 22 y 23.

Que en lo relacionado con la *competencia del órgano encargado de conocer y resolver el reclamo administrativo, esto es, el Comité de Ministros*, se ha sostenido que comprende tanto la competencia reglada como discrecional, además de permitírsele ponderar todos los elementos del acto administrativo o Resolución de Calificación de Impacto Ambiental, tanto en sus aspectos legales como de mérito, oportunidad o conveniencia.

Por el contrario, *la revisión que cabe efectuar al referido Comité de Ministros respecto de la decisión emanada de la Comisión de Evaluación no puede sino ser calificada como un acto de tutela, o de control administrativo o de supervigilancia, emanado de un vínculo distinto del jerárquico.*

Que de lo dicho y de la atenta lectura del artículo 20 citado se desprende con nitidez que *la reclamación de que se trata ha sido consagrada por el legislador con un amplio alcance y con una extensa competencia, que permite al Comité de Ministros (en lo que interesa al presente caso) revisar no solo la legalidad de la decisión impugnada por su intermedio sino que, además, examinar aspectos de mérito de la misma*, pues de su redacción aparece que, a la vez que puede solicitar informes a terceros para “ilustrar adecuadamente la decisión”, también cuenta con atribuciones suficientes para negar lugar, rechazar o establecer condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental.

En efecto, de lo expuesto se deduce que si cuenta con atribuciones para recabar antecedentes por sí mismo, ello se debe a la necesidad en que el Comité puede hallarse de reunir elementos de juicio que arrojen luz sobre sus pesquisas y que, por lo mismo, le permitan adoptar una decisión fundada, incluso si ella resulta ser contradictoria con la que es objeto de su revisión. A la vez, el propio texto legal transcrito más arriba dispone de manera expresa que *el Comité está facultado no solo para confirmar lo decidido por la autoridad de evaluación ambiental regional sino que, además, para modificar e incluso revocar la decisión cuestionada, desde que puede, verbi gracia, aprobar con condiciones un proyecto inicialmente rechazado.*

Que así las cosas resulta evidente que la competencia del Comité de Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 es amplia y *le permite, basado en los elementos de juicio que apareje el reclamante y en los que el mismo recabe, revisar no solo formalmente la decisión reclamada sino que, además, puede hacerlo desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto*

inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental, incluyendo entre ellas medidas de mitigación o compensación que tiendan a la consecución de ese fin y, especialmente, a la salvaguardia del medio ambiente y de la salud de la población que podrían ser afectadas por el respectivo proyecto.

Que, en consecuencia, solo *cabe concluir que el acto impugnado mediante los recursos de protección acumulados en autos por la amplitud con que fueron ponderados los antecedentes del proyecto no puede ser calificado de ilegal, como lo pretenden los solicitantes de cautela fundamental, pues ha sido dictado en ejercicio de las facultades entregadas expresamente al Comité de Ministros*, el que, en consecuencia, puede revisar no solo el apego a la legalidad de la decisión contenida en la Resolución de Calificación Ambiental N° 138 sino que, además, cuenta con atribuciones suficientes para disponer la ejecución de medidas de mitigación o compensación como las que efectivamente adoptó, circunstancia que conduce a concluir que las acciones de protección no pueden ser acogidas por este particular”. (Énfasis añadido).

Finalmente, tras este análisis, la Corte Suprema revocó las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogían los recursos de protección y confirma la sentencia que rechaza el primer recurso, disponiendo que el proyecto se podrá realizar bajo una serie de condiciones⁴⁶, muchas de las cuales

⁴⁶ La Corte Suprema sostuvo que “sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha razonado, no se puede obviar la circunstancia de que el funcionamiento de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde podría eventualmente generar efectos perniciosos para el medio ambiente, de modo que si bien la decisión de autorizar su puesta en marcha no puede ser reprochada por este medio procesal, se dispondrá, en cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, la práctica de determinadas medidas, cuyo detalle es el siguiente, y sin cuya efectiva verificación la Central en comento no podrá comenzar a operar ni, llegado el caso, continuar haciéndolo.

A. En primer lugar se decide que el proyecto de que se trata y del que es titular Endesa S.A. quedará vinculado de manera esencial, permanente y obligatoria al funcionamiento de la chimenea 2B de la Planta de Pellets de Compañía Minera del Pacífico S.A., de manera que, como ya se ordenó en el Acuerdo 17/2012 recurrido, la Central Termoeléctrica de que se trata solo podrá operar comercialmente una vez que lo haya hecho el precipitador electrostático para material particulado que se ha de instalar en aquella chimenea 2B, pudiendo continuar en operación Punta Alcalde únicamente en el supuesto de que tal dispositivo siga trabajando;

B. Ligado a la medida anterior, la eficiencia de dicho precipitador debe tener como efecto permanente la reducción de material particulado MP10 en los niveles que el titular del proyecto ha informado que lo hará, el que se precisará luego, condición indispensable y previa para la entrada en operaciones de la Central, como para mantener luego su estado operacional, de lo contrario deberá sacarse inmediatamente de funcionamiento, todo lo cual deberá ser monitoreado por la autoridad administrativa, como por el titular del proyecto;

estaban ya establecidas en el Acuerdo 17/2013 y otras cuya fuente es directamente la sentencia. En definitiva, el máximo tribunal dispuso que “el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde ha quedado calificado favorablemente en su faceta ambiental, *bajo las condiciones expresadas en el fundamento vigésimo octavo que antecede, única forma en la que se entiende que no afecta la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República*, por lo cual si una o varias de esas condiciones no se satisfacen la Central Termoeléctrica Punta Alcalde no podrá entrar en operaciones o no podrá mantenerse en funcionamiento, todo lo cual deberá ser monitoreado por la Autoridad Administrativa competente”⁴⁷ (Énfasis añadido).

Resulta importante e interesante señalar que la sentencia no fue unánime, pues contó con el voto en contra del ministro Brito y de la ministra Chevesich, quienes estuvieron por confirmar las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago. Complementaron su decisión destacando tanto los negativos efectos que tuvo la actuación del Comité de Ministros en relación con la participación de la ciudadanía⁴⁸, en el sentido que no tuvieron conocimiento ni injerencia

C. Que la instalación y funcionamiento del mencionado precipitador electrostático deberán ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, quedando supeditada su operación, como es evidente, a un pronunciamiento favorable a su respecto de la autoridad respectiva. En caso contrario, el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde no podrá concretarse;

D. Que el precipitador electrostático debe funcionar con una eficiencia de abatimiento igual o superior al 90%, en una ubicación distante de 2 kilómetros aproximadamente de la ciudad de Huasco, de manera que según lo establecido en la Resolución Exenta N°159 de 13 de febrero de 2013, genere una mejora ambiental en la calidad del aire de MP10 de Huasco entre un 5% y un 16%, al menos, dependiendo de la ubicación exacta al interior de dicha localidad.

E. Por último, el titular del proyecto, vale decir, Endesa S.A., deberá dar estricto y cabal cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos voluntariamente adquiridos por su parte en el procedimiento de evaluación ambiental, de tal modo que su realización se haya concretado a la fecha de inicio de las operaciones de Central Termoeléctrica Punta Alcalde”. *Ibíd.*, considerando 28.

47 *Íd.*

48 Así queda expresamente establecido en el voto disidente:

“5°. Que, a juicio de los disidentes, el examen de los antecedentes permite advertir que a la ciudadanía no se le dio la posibilidad de participar en los términos señalados precedentemente. En efecto, solo a propósito del Informe Técnico que evacuó la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, encontrándose los antecedentes ante el Comité de Ministros en virtud de la reclamación deducida por Endesa S.A. en contra de la resolución que rechazó el Estudio de Impacto Ambiental, se tuvo certeza que el proyecto producía emisiones contaminantes a la atmósfera en una cifra muy superior a la reconocida en el proyecto, decidiéndose por dicho comité compensar las emanaciones mediante la adopción de una medida propuesta por el titular del proyecto en sede recursiva, por lo que no fue conocida ni evaluada por la Comisión Regional respectiva, ni mucho menos pudo ser objeto de observaciones por parte de la comunidad de Huasco y sus alrededores; omisión que resulta inaceptable en el contexto de un procedimiento reglado y que está destinado precisamente a evaluar las consecuencias ambientales que puede provocar la construcción y posterior funcionamiento de un proyecto termoeléctrico de las dimensiones e importancia de Central Punta Alcalde.

9°. De lo anterior necesariamente se sigue que cuando la autoridad recurrida autoriza el proyecto en las condiciones ya referidas no cauteló, como era su deber legal, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación que la Constitución Política de la República ‘asegura’ a todas las personas en el artículo 19, circunstancias en las que ante dicho obrar de la administración, en el ejercicio de las po-

en la evaluación de un impacto ambiental y de su respectiva medida de compensación, como la existencia de una situación compleja desde el punto de vista del medio ambiente, la que a su modo de ver no fue subsanada.

El ministro Brito fue aun más enfático al señalar que ni siquiera las condiciones impuestas por el voto de mayoría subsanaron el problema “porque en su entender no es posible la condicionalidad ni la aplicación de controles que por su naturaleza han de ser previos a la autorización”. Por su parte, la ministra Chevesich ahondó respecto de la dimensión participativa de la justicia ambiental, en el sentido que se debía iniciar una etapa de participación ante la CEA regional, disponiendo, en consecuencia, que se debían acoger los recursos de protección “con el objeto preciso de retrotraer los antecedentes administrativos al estado de que la Comisión Ambiental Regional disponga lo pertinente para abrir un término de participación ciudadana, respecto de la instalación y funcionamiento del precipitador electrostático ofrecido por el titular para ser emplazado en la chimenea ‘2B’ de la Central de Pallets de propiedad de Compañía Minera del Pacífico S.A.”.

Resulta sorprendente constatar que el voto de mayoría de la Corte Suprema no se pronuncia respecto de la identificación incuestionable, por parte del Comité de Ministros, de un impacto ambiental en la etapa de conocimiento de un recurso de reclamación, es decir, ya concluida la etapa de evaluación. La fundamentación de la Corte, en cambio, se enfoca en el mejor resultado que se logrará en el elemento aire de la comuna de Huasco a través de la imposición de la nueva medida de compensación⁴⁹.

testades de control jurisdiccional que han sido establecidas para mantener la plenitud de los derechos constitucionales, procede otorgar la protección pedida, cual es el objeto de esta acción.

Por tales motivos la resolución del Comité de Ministros de que se trata es arbitraria e ilegal, y vulnera el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación garantizado en el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”. (Énfasis añadido).

Ibíd., voto disidente ministro Brito y ministra Chevesich, numerales 5 y 9.

49 Otros temas llamativos de la sentencia de la Corte Suprema son los siguientes:

i) Requisito de ilegalidad del recurso de protección: el fallo destaca que el texto constitucional solo hace procedente esta acción cuando el vicio invocado es la ilegalidad y por lo tanto no cabe acogerlo en caso de arbitrariedad. “En esas condiciones el acto materia de los diversos recursos acumulados en autos solo puede ser impugnado por ilegalidad y, en consecuencia, una acción de cautela de derechos fundamentales como las intentadas en la especie no puede sostenerse en la arbitrariedad del acto en cuya contra se dirige, desde que ha sido el propio constituyente quien ha rechazado este argumento como fundamento del recurso en lo que dice relación con esta específica causal”. (Considerando 26); y

ii) Calidad conservadora del recurso de protección: la sentencia señala que “En estas condiciones resulta evidente que la sola adopción por la autoridad recurrida de la determinación que el recurrente estima lesiva le legítima para recurrir en resguardo del efectivo ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 19 N° 2 y N° 8 de la Constitución Política de la República, de lo que se sigue que constituye un acto que, de estimarse ilegal o arbitrario, permitiría a esta Corte adoptar ‘de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado’, sin que la falta de escrituración de su contenido sea obstáculo suficiente para impedir su análisis

3. Debates jurídicos

3.1. ¿Cuáles son las competencias del Comité de Ministros?

Este caso ha suscitado varios debates jurídicos. El más relevante dice relación con si es posible que el órgano revisor (Comité de Ministros) modifique el pronunciamiento de la CEA regional, haciéndose cargo de un impacto no reconocido por el titular en la instancia inferior del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, el que, sin embargo, había sido advertido por la autoridad sectorial competente, y respecto del cual no fue posible presentar medidas de compensación para ser idóneamente evaluadas en el procedimiento regular diseñado para ello.

Como hemos señalado, el propio informe del Comité de Ministros confirma que el titular “no reconoció” en su EIA que el proyecto generaría impactos sobre la calidad del aire⁵⁰. Tampoco lo hizo en las adendas posteriores, de manera tal que, en la real instancia de evaluación, este impacto –habiendo sido detectado por las autoridades evaluadoras pertinentes, que requirieron mayor información a su respecto– no fue considerado a efectos de su debida, suficiente y cabal compensación por parte del titular⁵¹.

y, eventualmente, el acogimiento del recurso intentado, pues, como se ha dicho, la sola decisión de la autoridad puede afectar el legítimo ejercicio de alguno de los derechos enumerados en el artículo 20 de la Carta Fundamental autoriza, en caso de verificarse las demás exigencias del caso, para acoger el recurso intentado, de modo que ha debido emitirse pronunciamiento acerca del fondo del asunto planteado por el alcalde de Huasco. En todo caso, es la autoridad la cual debe cuidar de entregar su decisión en la misma oportunidad en que extiende la resolución fundada”. (Considerando 9).
Ibíd., considerandos 9 y 26.

50 Informe Comité de Ministros, en Recurso de protección, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.413-2013, 2 de marzo de 2013, p. 3.

51 Lo anterior queda de manifiesto en el considerando 13 de la RCA 138/2012, que señala que se rechaza el proyecto porque no se pudieron descartar eventuales impactos en la calidad del aire, a saber: “Que, el artículo 16 inciso final de la Ley N°19300, aplicable a este proyecto, señala: ‘El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado’. En concordancia con lo anterior, la Comisión de Evaluación convocada para calificar ambientalmente el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde del Titular Empresa Nacional de Electricidad S.A. ENDESA, manifestó que el titular no ha presentado la información necesaria para poder concluir respecto de los impactos significativos sobre el medio marino y el aire, es decir artículos 11 letra a) y 11 letra b), por existir falta de información relevante y esencial, al suministrarse información deficiente en el caso del literal b) y por falta de información relevante y esencial para el literal a) según lo informado por la propia Seremi de Salud. En efecto, esta Comisión estimó, en razón de que los impactos sobre la calidad del aire y el medio marino generados por el proyecto, especialmente considerando su cercanía al área declarada latente para PM10 anual en Huasco, no se encontraban debidamente resueltos en la evaluación del proyecto, y los eventuales impactos en la calidad del aire y el medio marino que podrían generarse producto de las emisiones desde las chimeneas y las obras de succión y descarga de agua de mar del proyecto, la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama acordó rechazar el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde del Titular Empresa Nacional de Electricidad S.A. ENDESA. En virtud de lo anterior, las medidas propuestas por el titular, no pueden ser consideradas como adecuadas para los impactos que han sido propuestas”.

A nuestro juicio, el problema se originó en la instancia de revisión, cuando, al presentar el recurso de reclamación, el titular acompañó nuevos antecedentes, ante lo cual la autoridad requirió informes técnicos, todos los cuales versaron sobre este impacto no reconocido y por tanto no evaluado: la emisión de material particulado que impacta el elemento aire y su eventual medida de compensación.

La sucesión de hechos fue la siguiente: 1°) El titular acompañó una nueva modelación en la que volvía a asegurar que el impacto del proyecto en relación al material particulado era “cero”⁵². 2°) El Comité de Ministros solicitó un informe técnico a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, “Modelación de la dispersión atmosférica de material particulado proyecto central termoeléctrica Punta Alcalde”, cuya contraparte técnica fue la Fundación para la Transferencia Tecnológica (UNTEC), lo que solo se explica –la existencia de una contraparte técnica– por la complejidad de la materia y la persistente oposición de la autoridad sectorial competente: Seremi y Ministerio de Salud. El resultado presentado por dicho informe fue categórico en advertir que la modelación efectuada por el titular en el Estudio de Impacto Ambiental y sus Adendas era defectuosa, pues arrojaba una “estimación de concentración de MP₁₀ en el orden de los 2 ug/Nm³, valor distinto a lo informado por el titular del proyecto, indicado en el considerando 10.2.7 de este acto (0,41 ug/Nm³)”⁵³. 3°) Dado lo anterior, el titular presentó una nueva medida de compensación, la que fue aceptada por el Comité de Ministros e impuesta como condición en la nueva RCA, esta vez favorable al proyecto.

Como común denominador, toda esta nueva información –nueva modelación del titular, informe de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, nueva medida de compensación, etc.– no se ventiló en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, por lo tanto, no tuvo el mismo tratamiento de los demás documentos que formaron parte del expediente de

(Énfasis añadido). Deficiencias que son corroboradas por el Ministro de Salud, con posterioridad a la interposición del recurso de reclamación, en Ordinario B32/3238, de fecha 10 de octubre de 2012.

52 Se consigna en uno de los recursos de protección que “El titular para fundamentar su reclamación acompañó antecedentes que no presentó durante la evaluación ambiental del proyecto elaborado entre fines de julio y agosto de 2012 (Apéndice A1 y Apéndice A2), y en agosto de 2012 (Apéndice A2, Apéndice A3, Apéndice A5, Apéndice A6, Apéndice A7 y Apéndice A8), que en lo que respecta a la información más esencial, incluyen una nueva modelación de la calidad del aire (Apéndice A8), en la que Endesa volvió a asegurar que el proyecto generará impacto “0” en cuanto al material particulado (media anual) en las estaciones de monitoreo cercanas a este, incluidas las estaciones de Huasco (Tabla 4.2)”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8.413-2013, op. cit., p. 4.

53 Acuerdo 17, Comité de Ministros, 3 de diciembre 2012, publicado el 17 de enero de 2013, considerando 10.2.10, p.15.

evaluación. Esta situación implicó que no solo se eliminó la posibilidad de que los actores públicos que participaron en dicho procedimiento pudiesen pronunciarse, sino que además dejó a la ciudadanía sin ejercer su derecho a presentar observaciones.

La posibilidad de impugnar los actos de la Administración vía recursos tiene como objetivo resguardar el adecuado ejercicio de los derechos de los administrados y les permite eliminar el eventual perjuicio que les irrogan⁵⁴. Estos recursos deben respetar normas procedimentales que no signifiquen una vulneración de los derechos de las partes involucradas y por ello es fundamental el principio de la congruencia⁵⁵.

No hay dudas sobre la competencia que tiene el Comité de Ministros de revisar tanto la legalidad de la actuación como los aspectos de mérito y conveniencia del acto administrativo, pudiendo, en consecuencia, revocar la decisión de la CEA regional –aprobar en caso de rechazo, rechazar en caso de aprobación– o confirmar la decisión, modificando, sustituyendo o complementando las medidas establecidas por esta⁵⁶. Sin embargo, esta actuación tiene un límite y este es que no puede resolver el recurso administrativo en base a hechos esgrimidos y acreditados fuera del expediente administrativo llamado a conocer y a revisar. Esto es justamente lo que aconteció en el caso de Punta Alcalde, donde hubo una decisión respecto de impactos y medidas configurados fuera del procedimiento de evaluación de impacto ambiental propiamente tal, cuya disposición solo se produjo en la etapa recursiva. De

54 Los recursos administrativos “(...) reemplaza[n] el antiguo privilegio administrativo tendiente a la revisión previa de los actos administrativos por las autoridades que los profieren antes de acudir al juez, por un refuerzo de las garantías del administrado que obliga a la administración a resolver los recursos, centrada en las críticas que el recurrente le manifiesta”. Benavides, José Luis y Ospina Garzón, Andrés Fernando, “La justificación de los recursos administrativos”, en *Revista Derecho del Estado*, N° 29, julio-diciembre de 2012, p. 75. En este sentido, ver García De Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo II*, (Civitas), 2008; Sánchez Morón, Miguel, *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, (Espasa Calpe), 1991; y Parada Vázquez, José, *Derecho administrativo I*, (Marcial Pons), 2010.

55 El principio de congruencia, desde la perspectiva procesal, se refiere a que la resolución de la Administración deberá ser congruente con las peticiones formuladas por los interesados. Véase Vargas, Karen, “Principios del procedimiento administrativo sancionador”, en *Revista Jurídica de Seguridad Social*, N° 14, 2008. Se trata de una temática contemporánea en el Derecho administrativo; en una reciente mesa redonda la doctora Mabel de los Santos se refirió como “la traducción en el proceso del principio de identidad, en función del cual el juez solo puede pronunciarse sobre lo postulado por las partes”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/mesa-redonda-el-principio-de-congruencia/+2535>

56 Un ejemplo de lo anterior es el caso del EIA del proyecto Unidad 5 de la Central Térmica Guacolda. El Comité de Ministros solicitó medidas de compensación de emisiones adicionales, tras rebajar el límite de emisión global del complejo. Informe del Comité de Ministros, Recurso de protección Rol 8.413-2013, op. cit., p. 13.

hecho, es preciso recordar que, respecto de otros proyectos con similares deficiencias, el órgano revisor tomó decisiones concordantes con la posición que hemos respaldado, es decir, rechazó el proyecto cuando se acreditó un nuevo impacto no verificado cabalmente en la etapa de evaluación o cuando se presentó una medida de compensación en la instancia revisora⁵⁷.

La evaluación del impacto y su correspondiente medida de compensación (entre otras cosas, para acreditar su aptitud cabal como medida de compensación) solo podría haberse efectuado en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se realiza ante el Servicio de Evaluación Ambiental, en el que participan los órganos con competencia ambiental y la comunidad potencialmente afectada, y que culmina con la calificación ambiental del proyecto ante la CEA regional o el Director Ejecutivo. Lo anterior fue correctamente recogido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tal como hemos expuesto, así como también en los votos de minoría de los ministros Brito y Chevesich en la Corte Suprema.

De hecho, si se permite en el futuro que el Comité de Ministros evalúe nuevos impactos fuera del procedimiento regular y reglado que conforma la evaluación de impacto ambiental de proyectos, se estará asignando a un solo órgano –el referido Comité de Ministros– la labor que en la instancia inferior realizan una serie de autoridades con competencias técnicas que, no solo garantizan la coordinación e integración de los distintos componentes del medio ambiente, sino que, además, habilitan la participación de la ciudadanía. Una decisión distinta desvirtúa la naturaleza del instrumento de gestión ambiental, SEIA, que tal como señalamos al inicio de este documento, es una autorización para la realización de actividades que impactan el medio ambiente, la que requiere de un sustento técnico que solo puede conseguirse con la intervención de los distintos órganos técnicos que participan y que en su actuar coordinado generan instrumentos ausentes en la instancia recursiva seguida ante el Comité de Ministros: a) el acta del Comité Técnico de Evaluación, que es fruto del trabajo conjunto e interactivo entre los distintos órganos del Estado con competencia ambiental, reunidos en la instancia denominada

⁵⁷ Tal fue el caso del proyecto presentado por RC Generación. La Comisión de Evaluación decidió calificarlo desfavorablemente certificando que “el proyecto Central Térmica RC Generación de Río Corriente S.A. no cumple con la normativa de carácter ambiental aplicable, y tampoco con los requisitos ambientales de los permisos mencionados en los artículos 91, 93, 94, 95 y 96, todos del Reglamento del SEIA y que no se han establecido las medidas de mitigación, reparación y compensación apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11° de la Ley N° 19.300”. Resolución de Calificación Ambiental 085/2011, Comisión de Evaluación V Región, de fecha 31 de mayo de 2011.

Comité Técnico; y b) el ICE que elabora el SEA, que debe contener los pronunciamientos de los servicios, la participación ciudadana y una recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.

En consecuencia, estimamos que lo acertado en este caso hubiese sido que, con la simple corroboración del incumplimiento normativo (norma termoeléctrica), sumada a la constatación de la deficiente información presentada por el titular en el EIA, adendas y reclamación, el Comité de Ministros confirmara la decisión de la CEA de la Región de Atacama, rechazando el proyecto en virtud de lo establecido en el artículo 16 de la Ley 19.300⁵⁸.

Se debe tener en cuenta que el sustento de la reclamación del titular fue que la decisión de la Comisión adolecía de vicios de legalidad por cuanto: a) el pronunciamiento del Seremi de Salud no se ajustaba al mérito del expediente, b) se había acreditado el cumplimiento de la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, c) se había demostrado que la Central Punta Alcalde no generaría riesgos para la salud de la población. Pero ninguno de estos vicios alegados por ENDESA fue acreditado. Por el contrario, se comprobó fehacientemente que existía un impacto no reconocido por el titular en la instancia de evaluación y la no presentación oportuna (durante la evaluación) de la correspondiente medida de compensación. El Comité de Ministros, paradójicamente, obró en contrario, acogiendo el recurso del titular pese a haberse constatado el impacto al componente aire advertido por la autoridad sanitaria y que podría generar riesgos en la salud de la población, y un incumplimiento de una norma de emisión. Baste lo anterior para ilustrar lo contradictorio de la actuación del órgano revisor⁵⁹.

3.2. ¿Admisibilidad de medidas de compensación propuestas en la etapa recursiva del procedimiento de evaluación de impacto ambiental?

Una vez establecida la existencia de un impacto no reconocido durante la etapa de evaluación, el titular ofrece una medida de compensación adicional,

58 Ley 19.300, art. 16, inciso 5°: “El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado”.

59 Cabe resaltar que la doctrina ha establecido que las alegaciones deben ser las mismas tanto en sede administrativa como en sede judicial, lo que no se cumple en este caso. En este sentido, “El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa. C.E., secc. i, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. ii-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05. Pág. 85. La delimitación de la inconformidad en fase administrativa define también la demanda jurisdiccional que eventualmente se podría presentar”. Benavides y Ospina Garzón, op. cit., p. 85

presentada ante el Comité de Ministros el 20 de noviembre de 2012, esto es, ocho días hábiles antes de la votación del órgano colegiado. Dicha medida estaba contenida en una carta en la que se menciona un acuerdo entre ENDESA y la CMP mediante el cual se comprometía la instalación de un precipitador electrostático para material particulado (con un mínimo de 90% de eficiencia de abatimiento) en la chimenea “2B” de propiedad de la segunda compañía⁶⁰.

Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado que no sea posible mitigar o reparar⁶¹. Por regla general, estas son propuestas por el titular al presentar el Estudio de Impacto Ambiental o en las Adendas sucesivas, tal como dispone el artículo 12 de la Ley 19.300. La medida de compensación del titular (la instalación de un precipitador electrostático), en este caso, reviste una serie de características singulares:

a) Se trata de una medida que reduce la emisión de un tercero, esto es, la CMP;

b) Se presentó por el titular en la instancia de revisión, aunque fue finalmente exigida por la autoridad, todo ello para cumplir con lo establecido en la Ley 19.300;

c) El Comité de Ministros no tuvo a la vista el acuerdo entre ENDESA y CMP para la instalación de este precipitador ni tampoco corroboró los beneficios de reducción asociados a esta medida, simplemente se atuvo a lo que señaló el titular y el SEA⁶²; y

d) La autoridad sectorial no fue consultada sobre las eventuales bondades y aptitudes de esta medida, a pesar que el inciso tercero del artículo 20 dispone que este deberá “solicitar informe a los organismos sectoriales que participaron en la evaluación ambiental”.

Respecto a este debate jurídico y al que se aborda en la siguiente sección (3.3.), la empresa titular del proyecto, ENDESA, solicitó dos informes en Derecho, uno a cargo del profesor Jorge Bermúdez y otro del profesor Juan Carlos Ferrada, los que fueron presentados ante la Corte Suprema.

60 Recurso de protección Rol 8.413-2013, op. cit., p. 9.

61 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, DS 40 de 2013, Ministerio del Medio Ambiente, art. 100.

62 Informe Comité de Ministros, Recurso de protección Rol 8.413-2013, op. cit., p. 22. En la actualidad, de acuerdo a lo consignado en la prensa, este acuerdo enfrenta dificultades para su materialización. Diario Financiero, CAP está revaluando proyecto que acordó con Endesa para destrabar la central Punta Alcalde, 16 de abril de 2004. Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/mineria/cap-esta-revaluando-proyecto-que-acordo-con-endesa-para-destrabar-la-central-punta-alcalde/2014-04-16/002130.html>

Jorge Bermúdez, en su informe, reflexiona que “se permite al interesado proponer medidas tanto en el Estudio de Impacto Ambiental como durante toda la tramitación del procedimiento. En el mismo sentido, la Administración se encuentra facultada para establecer esta clase de medidas en el acto terminal del procedimiento, ya sea en el procedimiento de origen o en el procedimiento impugnatorio, como modalidades de la Resolución de Calificación Ambiental”⁶³.

Si bien compartimos que el principio de cooperación está presente y se manifiesta en las distintas etapas del SEIA, no estamos de acuerdo con que, en virtud de este, se pueda promover la evaluación de nuevas medidas de compensación, mitigación o reparación para impactos no reconocidos por el titular en el procedimiento llevado ante la CEA de la Región de Atacama, menos aun, en la etapa revisora. Claramente, como hemos señalado, dichas medidas no estarán sometidas a la evaluación de idoneidad técnica por parte de la Administración, lo que conculca un principio de mayor jerarquía en este campo del Derecho administrativo, cual es el de congruencia del acto administrativo⁶⁴, sin mencionar la vulneración al principio preventivo (en el que se basa el SEIA), desproveyendo de esta forma a los administrados de una garantía fundamental en su relación asimétrica con la Administración.

Por su parte, Juan Carlos Ferrada enuncia, como uno de sus objetivos, analizar la regulación pertinente a fin de corroborar o ratificar la facultad del Comité de Ministros de “imponer medidas de mitigación o compensación complementarias, adicionales o incluso distintas a las establecidas por la Comisión de Evaluación con el objeto de hacerse cargo de impactos no detectados por dicha Comisión a la fecha de la resolución del asunto”⁶⁵. Desafortunadamente, el informe no se refiere a este punto, salvo en la introducción. Sin embargo, y a pesar de lo escueto de su argumentación, es posible esbozar algunas diferencias sustanciales con nuestro parecer. El informe señala que se pronunciará explícitamente (aunque no lo hace) sobre la procedencia de estas medidas en relación con “impactos no detectados por dicha Comisión a

63 Bermúdez, Informe en derecho, op. cit., p. 7.

64 Entendido en este caso como que el acto administrativo debe demostrar aptitud para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico previó.

65 Ferrada, Informe en derecho solicitado por ENDESA, El Régimen jurídico de la impugnación administrativa del acto terminal en el sistema de evaluación de impacto ambiental por vía de reclamación especial prevista en el art. 20 de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, p. 3.

la fecha de la resolución del asunto”⁶⁶. Cabe destacar, como ya se ha señalado anteriormente, que el impacto fue detectado por la CEA en la resolución de calificación ambiental desfavorable así como en los pronunciamientos de la Seremi de Salud; es más, la falta de información solicitada y no suministrada por el titular fue el motivo esgrimido por dicho órgano para calificar desfavorablemente el proyecto, de manera que el punto inicial del análisis es erróneo. En caso que el juicio del académico sea que es posible imponer medidas de compensación respecto de un impacto no reconocido por el titular ante la CEA y, por ende, no acreditado ni evaluado en dicha instancia, discrepamos de esa opinión, pues vulnera la mecánica del SEIA. Tal como hemos venido sosteniendo, la acreditación de un impacto no evaluado debería dar inmediatamente pie al respectivo rechazo del proyecto, ya sea confirmando la decisión de la región, ya sea revocándola, todo ello con especial mención, en caso de ser procedente, a que el procedimiento de evaluación debe retrotraerse al momento exacto en que sea posible acreditar ese impacto para que los diversos actores sectoriales puedan evaluarlo y la ciudadanía hacer observaciones a su respecto.

3.3. ¿Admisibilidad de nuevas probanzas o antecedentes en la vía impugnatoria? ¿A quiénes se les puede solicitar asistencia?

Tanto el informe del profesor Bermúdez como el del profesor Ferrada abordan esta temática, llegando a la misma conclusión. En el segundo de estos informes, el profesor Ferrada establece que es posible para el Comité de Ministros “solicitar, allegar, y recibir todos los antecedentes que puedan ser aportados por los órganos sectoriales, los terceros independientes y los interesados, los que deberán ser analizados y ponderados [por este]”⁶⁷. El problema, a este respecto, radica en que en ningún momento el informe se pronuncia sobre si estos nuevos documentos pueden tener relación con un impacto no reconocido en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental –un impacto no acreditado ni evaluado–, por lo que compartimos la afirmación del académico, siempre y cuando no se refiera a un impacto en la condición señalada.

Otro problema que nace a partir de la solicitud del Comité de Ministros a la Dirección Ejecutiva del SEA, es que claramente la ley dispone que el Comité

⁶⁶ La misma oración consta en el Informe de Bermúdez.

⁶⁷ Ferrada, Informe en derecho, op. cit., p. 2.

puede solicitar informe a terceros⁶⁸ y que *debe* pedir pronunciamiento a los organismos con competencia ambiental que participaron en la evaluación. De esta forma el informe técnico elaborado por la Dirección Ejecutiva del SEA no cumple con el estándar legal, pues no se trata de un informe de un tercero ni de una solicitud al órgano sectorial –en este caso, la SEREMI de Salud–⁶⁹. Más grave resulta aun que en los informes presentados por el Comité de Ministros ante la Corte de Apelaciones de Santiago se señale que “el mismo [Comité de Ministros] tiene facultades para solicitar informes para mejor resolver al servicio sectorial que estime pertinente”⁷⁰, cuando la ley es perentoria al establecer expresamente que “En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental”⁷¹.

3.4. ¿Condiciones impuestas por la Corte Suprema al acto administrativo, consecuencias futuras?

Otro debate jurídico en torno a este caso es el que se deriva de la serie de condiciones impuestas por la Corte Suprema al proyecto. Por ejemplo, el Tribunal Supremo sostuvo que “la Central Termoeléctrica Punta Alcalde saldrá de operaciones si se llega a una condición de saturación de conformidad a lo dispuesto por la Autoridad Administrativa” y “Que la instalación y funcionamiento del mencionado precipitador electrostático deberán ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, quedando supeditada su operación, como es evidente, a un pronunciamiento favorable a su respecto de la autoridad respectiva. En caso contrario, el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde no podrá concretarse”.

68 Ley 19.300, art. 20, inciso 2: “Con el objeto de resolver las reclamaciones señaladas en el inciso primero, el Director Ejecutivo y el Comité de Ministros podrá solicitar a terceros, de acreditada calificación técnica en las materias de que se trate, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión. El reglamento establecerá cómo se seleccionará a dicho comité y las condiciones a las que deberá ajustarse la solicitud del informe”.

69 Véase Historia Legislativa de la Ley 20.417, p. 719, intervención de la señora Ministra Presidenta de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>

70 Informe Comité de Ministros, Recurso de protección Rol 8.413-2013, op. cit., p. 25.

71 En el mismo sentido, declara Bermúdez: “c) El Comité de Ministros, en conocimiento de un recurso de reclamación deducido por el titular de un proyecto conforme con al artículo 20 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, se encuentra en el deber de solicitar a otros órganos administrativos todos los nuevos informes que sean necesarios para fundar su decisión de forma técnica. Las facultades que, en general, tienen los órganos de la Administración del Estado confirman este aserto, a lo que se agrega la norma expresa del artículo 20 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente”. Bermúdez, Informe en derecho, op. cit., pp. 23-24.

Estos ejemplos ilustran que la Corte Suprema condiciona la viabilidad del proyecto y, también, la posible conculcación de la garantía constitucional, lo que –al igual que el llamado a conciliación en el caso Castilla– deberá ser objeto de debate por la comunidad jurídica.

Asimismo, es innegable la contradicción que existe entre la argumentación esgrimida por la Corte Suprema y aquella de los apelantes respecto a si podían conocerse los beneficios de la medida de compensación. La obligación decretada por el máximo tribunal de ingresar dicha medida al SEIA comprueba la incertidumbre sobre su idoneidad y la real dimensión de sus impactos.

En definitiva, la Corte no solo conoció de los elementos y antecedentes técnicos del proyecto para acreditar la vulneración de las garantías constitucionales, cuestión que –si bien ha sido discutida– cada vez cuenta con mayor aceptación, sino que en este caso puntual se transformó en regulador positivo en áreas que parecieran reservadas a la Administración y su potestad discrecional, como son la inclusión de condiciones a la operación de un proyecto.

4. Implicancias jurídicas

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un procedimiento administrativo reglado vigente obligatoriamente en Chile desde 1997 –voluntariamente desde 1994 –, que en los últimos años ha estado sometido a un escrutinio cada vez mayor, no solo por parte de los actores involucrados sino también de la ciudadanía.

La discusión en torno al caso de la Termoelectrica Punta Alcalde debe demarcarse con extrema claridad, a efectos de no confundir las facultades y potestades que tiene el órgano revisor. A estos efectos, puede ser clarificador plantear ciertas interrogantes y otorgarles respuestas:

a) ¿Puede el Comité de Ministros rechazar un Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la Comisión de Evaluación Regional o el Director Ejecutivo del SEA, por considerar que las medidas de compensación, mitigación y/o reparación son insuficientes para hacer frente a los impactos ambientales provocados por el proyecto (expresamente declarados)? La respuesta es *afirmativa*.

b) ¿Puede el Comité de Ministros imponer nuevas medidas de compensación, mitigación y/o reparación o modificar las establecidas en el marco de la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental por considerarlas insuficien-

tes para hacer frente a los impactos ambientales provocados por el proyecto (expresamente declarados)? La respuesta es *afirmativa*.

c) ¿Puede el Comité de Ministros revocar la decisión regional y aprobar un Estudio de Impacto Ambiental, imponiendo medidas de compensación, mitigación y/o reparación para hacer frente a impactos ambientales provocados por el proyecto identificados o verificados con posterioridad (pues no fueron declarados o reconocidos expresamente) a la etapa de evaluación (en la etapa recursiva propiamente tal)? La respuesta es *negativa*.

d) ¿Puede el Comité de Ministros imponer nuevas medidas de compensación, mitigación y/o reparación o modificar las establecidas en el marco de la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental por considerarlas insuficientes para hacer frente a impactos ambientales provocados por el proyecto identificados o verificados con posterioridad (pues no fueron declarados o reconocidos expresamente) a la etapa de evaluación (en la etapa recursiva propiamente tal)? La respuesta es *negativa*.

Estas preguntas y respuestas sistematizan las diversas variables presentes en este caso y buscan ser guías orientadoras para aclarar que cada proceso puede generar un escenario distinto, el que debe ser analizado con detención para determinar en cuál de estas hipótesis se está. Lo anterior es fundamental porque las implicancias jurídicas que se derivarían de la existencia de un órgano revisor con facultades tan amplias son un desincentivo para los actores de primera instancia. La calidad del EIA y sus complementos por parte del titular no será decisiva ante la CEA porque siempre será posible agregar y comprometer nuevas medidas ante el órgano revisor, el que finalmente resolverá sobre la viabilidad del proyecto.

Si bien en este caso el resultado final del proceso significó la habilitación de la operación de un proyecto, en el futuro, las supuestas competencias del Comité de Ministros pueden ser utilizadas para dejar sin efecto una RCA, lo que generará, sin lugar a dudas, críticas respecto a la discrecionalidad administrativa al interior del SEIA así como una falta de certeza para la inversión.

Conclusiones

La reforma a la institucionalidad ambiental promovida en el primer mandato de la presidenta Michelle Bachelet y liderada por la ministra Ana Lya Uriarte, modificó algunas normas procedimentales del Sistema de Evaluación

de Impacto Ambiental. Dichos cambios tenían como objetivo común aclarar, delimitar e incluso acotar los márgenes de la discrecionalidad administrativa tanto a nivel regional –Comisión de Evaluación Ambiental– como de los órganos revisores: Director Ejecutivo o Comité de Ministros. Por lo tanto, interpretar el artículo 20 de manera extensiva, tal como ocurrió en el caso Punta Alcalde, implica desconocer la inspiración de los legisladores de la época, así como las motivaciones que se tuvieron para cambiar la integración de los dos niveles de decisión.

De igual manera, fundar dicha decisión en las reglas generales de la impugnación de los actos administrativos tampoco resulta apropiado, por cuanto el procedimiento de evaluación de impacto ambiental es especial y requiere para su acertada inteligencia tener presente cuál es el bien jurídico protegido y, en consecuencia, condicionar la realización de ciertas actividades económicas a la minimización o compensación del riesgo e impactos asociados.

El argumento esbozado por la autoridad y el titular en relación a que el aire de Huasco estará mejor con el proyecto Punta Alcalde es riesgoso. Lo anterior significaría que, en virtud del resultado, el órgano revisor, el Comité de Ministros, podría sustituir o modificar lo obrado en la instancia pertinente de evaluación, en la que se garantiza la convergencia de distintas disciplinas a través de autoridades técnicas, así como la participación de los ciudadanos mediante la presentación de sus observaciones, todos estos pilares del SEIA y requisitos indispensables de la regulación ambiental.

A todas luces, la decisión del Comité de Ministros y la sentencia de la Corte Suprema en el caso Punta Alcalde, sumadas a lo ocurrido en el ya tantas veces vilipendiado caso Barrancones (donde fue la propia autoridad la que, por una vía inidónea, interrumpió la realización de un proyecto de inversión), perjudican directa y abiertamente la legitimidad de las decisiones en materia de evaluación de impacto ambiental. Estas fueron claves en el rediseño de la institucionalidad ambiental, por lo que sería adecuado no solo regular expresamente las reglas procedimentales de la revisión que puede realizar el Comité de Ministros sino, además, reflexionar acerca de su existencia. La heterogeneidad, complejidad y multicausalidad de la materia ambiental aconseja la creación de un recurso administrativo especial, con un procedimiento particular con reglas procedimentales muy claras, así como el establecimiento de un órgano revisor independiente y especializado, que otorgue legitimidad a las decisiones que de él emanen.

LAS CONCESIONES TURÍSTICAS EN LAS ÁREAS PROTEGIDAS: UN INSTRUMENTO A CONSIDERAR, BAJO CIERTAS CONDICIONES

Marie Claude Plumer Bodin¹

Resumen

La carencia de una regulación integral de la biodiversidad, en general, y de las áreas protegidas, en particular, ha instalado de manera permanente un conflicto entre el desarrollo de actividades productivas y la conservación de áreas protegidas y su biodiversidad. La existencia de regulaciones sectoriales –cada una con objetivos, restricciones y competencias diferentes–, sumada a los vacíos normativos, constituye, en definitiva, la causa de esta antinomia permanente. La postergación regulatoria debiera terminar con el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional.

En dicho contexto, el turismo, especialmente el de naturaleza o ecoturismo², se ha transformado en una creciente industria que se sustenta en el valor ambiental de ciertos territorios, especialmente de las áreas protegidas. Chile es un país que promueve el turismo de naturaleza, por lo que los instrumentos de intervención para fines turísticos de dichas áreas constituyen, desde hace años, una prioridad para esa industria. Por su parte, el turismo de naturaleza puede ser causa de deterioro de esas áreas o, si es bien regulado y gestionado, puede ser un importante instrumento para la financiación, educación, difusión y asociatividad en torno a las mismas.

A continuación se hará una reseña de la regulación de las áreas protegidas y de los regímenes concesionales utilizados para estos fines; se abordará el

¹ Abogada, Master en Derecho Ambiental de la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne.

² La Ley 20.423 del Sistema Institucional para el desarrollo del Turismo, en su art. 5 letra 1), define el concepto de ecoturismo como la “modalidad de turismo ambientalmente responsable, de bajo impacto, que promueve la conservación del medio ambiente y propicia la inclusión activa y socioeconómicamente benéfica de las poblaciones locales”.

proyecto de ley presentado en 2011; para luego sugerir cuáles debieran ser los pilares básicos para permitir un modelo de concesiones en áreas protegidas de carácter sustentable, pensado en función de dichas áreas y no solo del desarrollo de la actividad productiva, en este caso, la turística.

Introducción

La biodiversidad, en general, y las áreas protegidas, en particular, han sido cuestiones olvidadas o postergadas a la hora de avanzar hacia una regulación integral. Su regulación está contenida en un conjunto de disposiciones normativas de distintos rangos jurídicos y que involucran a diferentes organismos competentes; además de los vacíos y contradicciones propios de una normativa muchas veces obsoleta, segmentada y sectorializada. La dictación de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, si bien fue un hito en la regulación institucional, en materia de biodiversidad y áreas protegidas no significó un avance³. En los años venideros hubo iniciativas legislativas de carácter sectorial⁴, quedando la conservación de áreas protegidas comprendida preferentemente dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵. Solo en 2010, a través de la Ley 20.417 que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, se trató de avanzar hacia un modelo institucional integrado para la declaración de las áreas protegidas⁶, comprometiendo, de conformidad a lo que disponía el artículo octavo transitorio, la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Ello significó hacerse cargo de la histórica deuda respecto a este tema.

La intervención de las áreas protegidas –y, dentro de ellas, especialmente, las áreas protegidas del Estado– ha constituido un elemento permanente de discusión, dado su débil estatuto jurídico, tanto a nivel de la propia Administración como en los tribunales de justicia⁷. La intervención de las áreas

3 Los artículos atinentes a biodiversidad y áreas protegidas de la Ley 19.300, antes de la reforma de 2010, eran los arts. 34 al 42.

4 Por ejemplo, la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal; y la Ley 20.017 de 2005 que Modifica el Código de Aguas.

5 Correa, Eduardo, “Ejecución de proyectos en áreas protegidas: ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo?” y Costa, Ezio, “Regulación de los parques nacionales en Chile”, en *Visión ambiental global: Presente y futuro*, Actas de las IV Jornada de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (Librotecnia), 2008, pp. 189-211.

6 Ley 19.300, art. 71 letra c), modificado por la Ley 20.417.

7 Ejemplos de esta discusión en los tribunales de justicia: Corte Suprema, Rol 19.824, Fallo Lago Chun-

protegidas del Estado ha abarcado más allá del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, desde el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales de dominio público contenidos en ellas⁸ hasta el de concesiones para fines turísticos, educativos o de investigación.

Centraremos nuestro análisis en las denominadas “concesiones turísticas” en áreas silvestres protegidas del Estado. Se precisará cómo se ha regulado esta materia en Chile, considerando desde la Ley 18.362 de 1984 (con vigencia diferida) hasta la Ley 20.423 de 2010, precisando lo realizado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF) bajo el calificativo de contratos de uso o “contratos concesionales”, en aplicación del artículo 10 de la Ley de Bosque. Se analizará críticamente el proyecto de ley presentado en 2011 que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y se indicarán las bases mínimas que debiera contener la futura regulación para hacer de las concesiones turísticas una herramienta útil para la conservación y sustentabilidad de las áreas protegidas.

1. Alcance del concepto áreas protegidas y reseña de la creación de las mismas

Las áreas protegidas son el mecanismo más empleado por los Estados para preservar y conservar *in situ* la diversidad biológica y los recursos naturales representativos y únicos de un territorio. Estas resultan fundamentales ya que, a su importancia ambiental, se suma su relevancia económica⁹. La gestión y financiamiento de las áreas protegidas en Chile presentan dificultades¹⁰. La

gará, sentencia de fecha 19 de diciembre de 1985; Corte Suprema, Rol 6.397-2008, Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar-Correntoso, sentencia de fecha 8 de enero de 2008; Corte Suprema, Rol 7.423-2010, Explotación de derechos de aguas en parques nacionales, sentencia de fecha 27 de junio de 2012; Corte Suprema, Rol 10.220-2011, Proyecto HidroAysén, sentencia de fecha 4 de abril de 2013. En esta materia también existe jurisprudencia administrativa: Contraloría General de la República, Dictamen 56.465, Central Hidroeléctrica Chacayes, 28 de noviembre de 2008; Contraloría General de la República, Dictamen 38.429, Prohibición del desarrollo de actividad de acuicultura en las áreas que se encuentran al interior del Parque Nacional, 18 de junio de 2013.

8 Tales como las concesiones mineras, los derechos de aprovechamiento de aguas, las concesiones geotérmicas y las concesiones de acuicultura.

9 Figueroa, Eugenio (consultor), *Valoración económica detallada de las áreas protegidas de Chile. Creación de un sistema nacional integral de áreas protegidas para Chile*, cap. II, Proyecto GEF-MMA-PNUD, 2010, pp. 37-40.

10 Ver *ibíd.*, pp. 38-39, y Costa, *op. cit.*, pp. 189-211.

experiencia internacional¹¹ y chilena han llevado a considerar la necesidad de disponer de un amplio abanico de fuentes de financiamiento y de modelos de gobernanza y gestión¹². Una de esas opciones es hacer alianzas entre los Estados y entes privados –mediante permisos de uso, contratos, concesiones u otro instrumento– con el fin de ofrecer, por ejemplo, servicios turísticos dentro de las áreas protegidas¹³. Es así como la Política Nacional de Áreas Protegidas de 2005¹⁴ reconoce, entre otros objetivos específicos, el “fortalecer la participación de terceros en las áreas protegidas del Estado, para el manejo de recursos y en la prestación de servicios turísticos, de acuerdo a las características propias de cada categoría de protección”. Cabe señalar que ha existido una oposición constante de sectores conservacionistas al otorgamiento de este tipo de permisos al interior de las áreas protegidas, pese a que la experiencia internacional sugiere que, bajo el supuesto de una buena regulación y una adecuada supervisión, las concesiones turísticas en áreas protegidas pueden traer beneficios ecológicos, económicos y sociales. Su éxito depende, entonces, de regulaciones y políticas adecuadas para las áreas protegidas y su biodiversidad.

Al crear áreas protegidas, un país opta por establecer espacios territoriales especiales afectos a intereses públicos¹⁵, como son la protección del medio ambiente, de la biodiversidad y de los recursos naturales contenidos en ellos, entre otros. En Chile, estos territorios son las Áreas Silvestres Protegidas del Estado, dentro de las cuales se comprenden varias categorías distintas de protección¹⁶, siendo la de mayor entidad los parques nacionales.

11 Buckley, Ralf, “Public and Private Partnerships between Tourism and Protected Areas: The Australian Situation”, en *The Journal of Tourism Studies*, 2002, pp. 26-38; Marimon, Shannon y Yocum, Joshua, *Comparative Analysis of Concessions Operations*, US National Park Service Commercial Services Program, 2009; Varghese, Giju, “Public-Private Partnerships in South African National Parks: Rationale, Benefits and Lesson Learned”, en Spenceley, Anna (ed.), *Responsible Tourism: Critical Issues for Conservation and Development* (Earthscan), 2008, pp. 69-84; Sepúlveda, Claudia y Villarroel, Pablo, “Cooperación público-privada para la conservación de la biodiversidad”, en *Revista Ambiente y Desarrollo*, 2005, pp. 76-82.

12 Barborak, James R., “Concesiones turísticas en áreas protegidas: Una idea vieja con nuevo ímpetu”, en *Revista Parques*, N° 1, 2012.

13 A este respecto, cabe indicar que la Evaluación del Desempeño Ambiental de Chile realizada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en 2005 recomendó, en materia de naturaleza y biodiversidad, “identificar y usar mecanismos adicionales, incluidos los instrumentos económicos, para crear oportunidades en las políticas de turismo y de naturaleza de beneficio mutuo”.

14 Política Nacional de Áreas Protegidas, 2005, Comisión Nacional del Medio Ambiente, la cual se encuentra vigente a la fecha.

15 Para profundizar sobre el carácter de “bienes públicos” de las áreas silvestres del Estado, ver: Costa, op. cit., y Tallar Deluchi, Fernando, “Las áreas silvestres protegidas. Proyecto de nueva regulación jurídica”, en *Visión ambiental global*, op. cit.

16 Praus, Sergio, Palma, Mario y Domínguez, Rodolfo (consultores), *La situación jurídica de las actuales*

Se debe precisar el alcance del concepto de áreas protegidas, respecto del cual analizaremos los distintos regímenes concesionales para turismo vigentes. Cabe indicar que nuestro ordenamiento jurídico dispone de varias definiciones de áreas protegidas o áreas silvestres contenidas en distintos cuerpos normativos, desde tratados internacionales hasta reglamentos.

La Convención de Diversidad Biológica define área protegida como aquella “definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”¹⁷. El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las describe como “cualesquiera porciones de territorio, delimitadas geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente, colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental”¹⁸.

Un caso significativo es el de la Ley 18.362 de 1984, que creaba el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, que nunca entró en vigencia pero que ha sido adoptada como modelo o referencia en distintas materias. Si bien dicho instrumento normativo no se refiere al concepto de áreas protegidas, sí define “áreas silvestres” como “los ambientes naturales, terrestres o acuáticos, pertenecientes al Estado y que este protege y maneja para la conservación de los objetivos señalados en cada una de las categorías de manejo contempladas en el artículo 3”¹⁹.

Por su parte, el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (Boletín 7.487-12) incorpora una definición de “áreas silvestres protegidas” en los términos siguientes: “un espacio geográfico específico y delimitado, reconocido mediante decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, cuyo objeto es la conservación a largo plazo, por medio de instrumentos jurídicos y de gestión eficaces, de la biodiversidad del país, así como del patrimonio natural, cultural y del valor paisajístico contenidos en dicho espacio”²⁰.

áreas protegidas de Chile. Creación de un sistema nacional integral de áreas protegidas para Chile, Proyecto GEF-PNUD-MMMA, 2011.

17 DS 1.963 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1995 que promulga Convenio sobre Diversidad Biológica. Art. 2°.

18 DS 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Art 8°.

19 Ley 18.362 de 1984 que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. Art. 2°.

20 Proyecto de Ley que Crea Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Art. 2° letra a).

Además de confirmar la carencia de una normativa única e integral sobre las áreas protegidas, de las definiciones transcritas es dable señalar que ellas comprenden tanto las terrestres como las marinas, siendo las principales los Parques y Reservas Nacionales, los Parques y Reservas Marinas, los Monumentos Naturales, los Santuarios de la Naturaleza y las Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiples Usos. En Chile, ha habido históricamente una protección preferente de los espacios terrestres²¹ por sobre los espacios marinos. Esta tendencia ha ido cambiando en los últimos años, especialmente con la creación de los Parques Marinos de Tic Toc (2013) y Motu Motiro Hiva (2010). Hay, sin embargo, un gran vacío por la casi nula existencia de áreas protegidas de las aguas continentales superficiales²², aunque existe la posibilidad de proteger dichos ecosistemas a través de la declaración de alguna categoría de área protegida²³.

2. La regulación dispersa y disgregada de las áreas protegidas del Estado

La regulación institucional, como se ha indicado, no ha obedecido a un criterio integral de regulación, sino más bien a la entrega de competencias sectoriales a medida que se crean nuevas leyes. Así, en 1912, se creó la Inspección General de Bosques, Pesca y Caza, que en 1925 quedó radicada en el Ministerio de Agricultura, Industria y Colonización. Ese mismo año se crearon las Reservas Forestales en Villarrica, Alto Biobío y Llanquihue. En 1931, se dictó la nueva Ley de Bosques por parte del Ministerio de Tierras, Bienes Nacionales y Colonización, que fue parcialmente derogada en 2008 con la promulgación de la Ley de Bosque Nativo²⁴. En 1970, se promulgó la Ley 17.288, sobre Monumentos Nacionales, que estableció las regulaciones para

21 A 2013 se han establecido 36 Parques Nacionales, 49 Reservas Nacionales y 15 Monumentos Naturales.

22 Como podría ser la declaración de Santuario de la Naturaleza, a saber, como “todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuya conservación sea de interés para la ciencia o para el Estado”. Ley 17.288, de Monumentos Nacionales, art. 31, inciso 1°.

23 La Ley 19.300 de Bases Generales del Medio ambiente reconoce que “formarán parte de las áreas protegidas mencionadas en los artículos anteriores, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro”, art. 36.

24 Ley 20.283 de 2008.

la creación de Santuarios de la Naturaleza²⁵. En el mismo año, se creó la Corporación Nacional Forestal (CONAF)²⁶, al amparo de las disposiciones del Título XXXIII, del Libro I, del Código Civil. En 1977, el DL 1939 estableció la facultad del Ministerio de Bienes Nacionales de destinar inmuebles fiscales para la conservación ambiental, protección del patrimonio y/o planificación, gestión y manejo sustentable de sus recursos. En los años ochenta, se dictó la Ley 18.362, que creaba un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado que –como se señaló anteriormente– nunca entró en vigencia, ya que quedó supeditada a la dictación de otra ley, la Ley 18.348, que creaba una nueva Corporación Nacional Forestal, la que tampoco entró en vigencia²⁷. A principios de la década de los noventa, con las modificaciones a la Ley de Pesca, se desarrollaron regulaciones asociadas a la conservación en espacios marinos, bajo la responsabilidad regulatoria de la Subsecretaría de Pesca y la fiscalización del Servicio Nacional de Pesca. Entre sus más importantes modificaciones están las relativas a la creación de Parques y Reservas Marinas. Tanto la Ley de Pesca como el DL 1939/77 y la Ley 17.288, fueron modificados en 2010 a través de la Ley 20.417, que otorgó al Comité de Ministros para la Sustentabilidad del Ministerio de Medio Ambiente facultades para la proponer la creación de las áreas protegidas del Estado²⁸.

La mencionada Ley 20.417 establece dos cuestiones relevantes, que tienden a concentrar en un órgano –el Ministerio de Medio Ambiente– la creación de las áreas protegidas y su supervisión. Es así como la ley señala que corresponde a ese Ministerio: “Proponer las políticas, planes, programas, normas y supervigilar el Sistema Nacional de áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza,

25 Esta disposición fue modificada por la Ley 20.417 de 2010, que entrega al Ministerio de Medio Ambiente la declaración de Santuario de la Naturaleza (art. 4°).

26 La Corporación Nacional Forestal nació con el nombre de Corporación de Reforestación, COREF, mediante convenio entre el Servicio Agrícola y Ganadero y el Instituto de Desarrollo Agropecuario, al amparo de las disposiciones del Título XXXIII, del Libro I, del Código Civil. En 1972, mediante la reforma de sus estatutos, se incorporaron a la entidad la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, y la ex Corporación de Reforma Agraria, CORA, pasando a denominarse Corporación Nacional Forestal.

27 Ambas normas han estado en proceso de sustitución, a través de nuevos proyectos de ley presentados al Congreso Nacional: Boletín 7.487-12 de 2011, “Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas”; Boletín 7.486-01, “Proyecto de Ley que Crea el Servicio Nacional Forestal”. Cabe señalar que ambos proyectos de ley han fracasado en su tramitación.

28 Ley 20.417 de 2010, art. 3°.

y supervisar el manejo de las áreas protegidas de propiedad privada”²⁹. A su vez, asigna al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad la función de “[p]roponer al presidente de la República la creación de las áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidos de múltiples usos”³⁰. En la discusión que se dará en torno a la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, estas atribuciones debieran cuestionarse o discutirse, evaluando asignar, al menos, la atribución de la creación de áreas protegidas al futuro Servicio, y no al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

3. Turismo y áreas protegidas: ¿Relación excluyente o posible?

El turismo en áreas silvestres protegidas en Chile es una industria con alto potencial de crecimiento y grandes posibilidades de innovación. La demanda por experiencias y servicios de recreación y turismo en áreas protegidas del Estado ha mantenido tasas de crecimiento en el número de visitas de cerca del 20% anual en el periodo 2010-2013, alcanzando un número total de 2,1 millones de visitantes en 2012 (75% nacionales y 25% extranjeros) y experimentando en 2013 un crecimiento de un 17% en el número total de visitantes respecto del año anterior³¹.

Un 63% de las visitas de origen nacional se concentra en las diez unidades más visitadas del Sistema Nacional de Áreas Silvestre Protegidas del Estado (SNASPE). Destaca una alta concentración de los visitantes internacionales en cinco áreas, que alcanzan el 71% de las visitas de extranjeros en 2013, lo cual responde a la ubicación de estas unidades en las cercanías de los principales destinos de turismo receptivo del país: San Pedro de Atacama, Villarrica-Pucon, Los Lagos-Puerto Varas, Puerto Natales-Torres del Paine e Isla de Pascua.

29 Ley 19.300, modificada por la Ley 20.417. Art. 70 letra b).

30 *Ibíd.*, art. 71 letra c).

31 Fuente: Subsecretaría de Turismo, 2014.

| Unidad SNASPE | Chilenos |
|---------------------------------------|----------|
| Parque Nacional VICENTE PÉREZ ROSALES | 298.254 |
| Monumento Nacional LA PORTADA | 156.983 |
| Parque Nacional VILLARRICA | 108.888 |
| Parque Nacional PUYEHUE | 108.885 |
| Reserva Nacional LOS FLAMENCOS | 98.145 |
| Reserva Nacional RÍO CLARILLO | 84.767 |
| Monumento Nacional CERRO ÑIELOL | 84.080 |
| Reserva Nacional MALALCAHUELLO | 82.576 |
| Parque Nacional CONGUILLÍO | 78.150 |
| Parque Nacional TORRES DEL PAINE | 73.680 |

Fuente: Corporación Nacional Forestal

| Unidad SNASPE | Extranjeros |
|---------------------------------------|-------------|
| Reserva Nacional LOS FLAMENCOS | 141.973 |
| Parque Nacional TORRES DEL PAINE | 96.352 |
| Parque Nacional VICENTE PÉREZ ROSALES | 88.033 |
| Parque Nacional RAPA NUI | 28.094 |
| Parque Nacional VILLARRICA | 27.126 |

Fuente: Corporación Nacional Forestal

La Política Nacional de Áreas Protegidas de 2005 proyecta, como lineamiento estratégico, generar condiciones favorables para el desarrollo del turismo siempre que estas sean compatibles con los objetivos de conservación del área protegida y concordables con los intereses de las comunidades locales y objetivos de desarrollo regional. Para ello, la misma Política establece como líneas de acción: a) el establecimiento de planes de manejo en las áreas protegidas y reglas claras de las posibilidades y límites de actividades turísticas

o productivas, compatibles con los objetivos de conservación del área; b) la adecuación de los regímenes concesionales para incorporar a terceros en el desarrollo de proyectos, en bienes nacionales de uso público incluidos en las áreas protegidas (mar, lagos, ríos); y c) la integración de los esquemas de concesiones en espacios marino costeros y terrenos fiscales continentales.

El turismo en las áreas protegidas en general y, en particular, en las áreas protegidas del Estado puede constituir una relación virtuosa³² y resultar positivo para la conservación de las mismas, la concientización y la educación en su cuidado, y el involucramiento de las comunidades locales. Lo anterior, siempre que se cumplan presupuestos estrictos, tales como que: se disponga de un plan de manejo actualizado; la actividad turística esté permitida en el área respectiva; se cuente con una planificación; exista una determinación clara de las funciones y coordinación entre los encargados de la conservación y de la promoción turística; y se cuente con mecanismos adecuados de seguimiento, fiscalización y sanción, si correspondiere.

4. ¿Cómo se han recogido las “concesiones turísticas” en las áreas protegidas en Chile?

4.1. Consideraciones generales sobre la figura de la concesión

La concesión ha sido definida por la Corte Suprema como “el acto o contrato administrativo que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o que transfiere al particular un derecho que es propio de la administración del que el particular carecía totalmente”³³. En aplicación del DL 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, las concesiones sobre bienes fiscales pueden ser definidas como “el otorgamiento por parte de la autoridad –Ministerio de Bienes Nacionales– de un derecho especial de uso, sobre un inmueble fiscal, con un fin preestablecido y en las condiciones que en cada caso se determinen”³⁴.

32 En Ecuador, Costa Rica y Colombia se han dado experiencias exitosas bajo regulaciones estrictas y restrictivas.

33 Recurso de Casación en el fondo, 22 de julio de 1966, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2ª Parte, sección 1ª, 1996, p. 277.

34 Regulado por los arts. 57 a 63 del DL 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes Nacionales.

En el contexto normativo de las áreas protegidas del país y ante la necesidad de gestionar, financiar y mantener las mismas, CONAF y la antigua Comisión Nacional del Medio Ambiente desarrollaron o coordinaron, respectivamente, distintos mecanismos tendientes a dar sustentabilidad financiera a las áreas protegidas.

¿Existe en Chile un régimen de concesiones turísticas para áreas protegidas? Aparentemente, sí: el contemplado en la Ley 20.423. Pero, como hemos señalado, la regulación jurídica de las áreas protegidas en Chile es tan dispersa y débil que puede afirmarse, en respuesta a la pregunta formulada, que no existe un régimen integrado y único de concesiones turísticas en áreas protegidas. Solo hay una regulación forzada, a partir de los estatutos existentes, un conjunto de disposiciones normativas dictadas sin una finalidad de regulación de las áreas protegidas: DL 1.939 de 1977, DFL 340 de 1960 y la Ley 20.423.

4.2. Normas actuales que regulan el otorgamiento de concesiones turísticas en áreas protegidas del Estado

El Estado, con el fin de concesionar áreas terrestres o marinas, recurre a las siguientes normas, aplicadas en general y sin distinción respecto a si se trata de un área protegida o no, especialmente en el caso del DL 1.939/77 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes Nacionales y el DFL 340/60 sobre Concesiones Marinas.

4.2.1. Ley de Bosques de 1931

El régimen más cercano a uno propio para áreas protegidas del Estado es el regulado por el artículo 10 de la Ley de Bosque de 1931. Este, en su inciso 2°, señala: “Con el objeto de obtener un mejor aprovechamiento de los Parques Nacionales³⁵ y Reservas Forestales, la Corporación Nacional Forestal podrá celebrar toda clase de contratos que afecten a dichos bienes y ejecutar los actos que sean necesarios para lograr esa finalidad. Asimismo, podrá establecer y cobrar derechos y tarifas por el acceso de público a los Parques Nacionales y Reservas Forestales que él determine, y por la pesca y caza en los lugares ubicados dentro de esos Parques y Reservas. Los dineros y productos que se obtengan ingresarán al patrimonio de dicho Servicio”.

35 Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, art. 79 que modifica el inciso 2° del art. 10 de la Ley de Bosques, eliminando la frase “de los Parques Nacionales”.

Bajo este régimen, CONAF ha suscrito numerosos contratos para entregar el uso de parte de áreas protegidas del Estado para fines turísticos sustentables, educación o investigación, entrando directamente a su patrimonio las rentas y cobros aplicados por dichos contratos. La relación que se establece es entre privados³⁶, regulada por el derecho privado, por lo que no se trata de concesiones administrativas propiamente tales.

Esta atribución, ejercida por CONAF durante décadas, fue modificada, en lo que se refiere a turismo, a través de la Ley 20.423, en virtud de la cual se estableció el otorgamiento de concesiones turísticas en áreas protegidas del Estado a través del régimen de concesiones regulado en el DL 1.939 de 1977.

4.2.2. DL 1.939 de 1977 sobre la Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado

El DL 1.939 de 1977 regula con detalle la forma y condiciones (procedimiento) para el otorgamiento de concesiones sobre bienes fiscales³⁷, se trate o no de un área protegida. Como se señaló, la Ley 20.423 establece que las concesiones turísticas en Áreas Protegidas Silvestres del Estado deberán otorgarse a través del régimen regulado en el mencionado DL 1.939.

Algunas características de la concesión bajo este estatuto legal son: a) la adjudicación de la concesión es mediante previa licitación pública o privada, excepcionalmente en forma directa; b) la adjudicación se otorga por Decreto Supremo del Ministerio de Bienes Nacionales; c) las concesiones duran el plazo convenido, el que no puede ser superior a 50 años; y d) la renta concesional ingresa a arcas fiscales y es fijada por una comisión especial, de acuerdo al valor fiscal del inmueble.

4.2.3. Ley 20.423 del Sistema Institucional Para el Desarrollo del Turismo³⁸

Esta ley contiene un título especial denominado “Del Desarrollo Turístico en las áreas Silvestres Protegidas del Estado”³⁹, en el que se establece que “solo se podrán desarrollar actividades turísticas en áreas Silvestres Protegidas de

³⁶ La Corporación Nacional Forestal es una entidad privada que ejerce funciones públicas. Ello fue fuertemente criticado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 1.024 de 2008.

³⁷ DL 1.939 de 1977, arts. 57 a 63.

³⁸ Para Costa, esta norma es una excepción expresa a la prohibición genérica de desarrollar actividades dentro de un Parque Nacional, por la vía de cambiar la calificación jurídica del territorio, de manera de incluirle un estatuto especial –el de área silvestre protegida priorizada– que permite el desarrollo de actividad turística. Costa, op. cit., p. 206.

³⁹ Ley 20.423, Título V.

propiedad del Estado cuando sean compatibles con su objeto de protección, debiendo asegurarse la diversidad biológica, la preservación de la naturaleza y la conservación ambiental”⁴⁰. Para lo anterior, es necesario que previamente el área silvestre protegida del Estado sea *priorizada*⁴¹ por el Comité de Ministros del Turismo⁴².

La Ley 20.423 estableció que, para el desarrollo de actividad turística en un área silvestre protegida del Estado, además los requisitos indicados precedentemente, debe mediar el otorgamiento de la respectiva concesión de conformidad a la regulación del DL 1.939/77⁴³.

Dada la carencia de un sistema único de concesiones en áreas protegidas y considerando que el sistema de contratos de CONAF no entregaba la suficiente garantía⁴⁴, el legislador de la época optó por reproducir el régimen concesional del DL 1.939/77, generando en la práctica un modelo engorroso, restrictivo, difícil, administrativamente pesado, lento y, sobre todo, no diseñado para concesionar en áreas protegidas⁴⁵.

40 Ibid., art. 18 inciso 1°.

41 A la fecha se han realizado dos priorizaciones: a) en mayo de 2012 se priorizaron: el Parque Nacional Pan de Azúcar (Atacama), el Parque Nacional Radal Siete Tazas (Maule), el Parque Nacional Villarrica (Araucanía), la Reserva Nacional Mocho-Choshuenco (Los Ríos) y la Reserva Nacional Cerro Castillo (Aysén); y b) en diciembre de 2013 se priorizaron: el Parque Nacional Bosques de Fray Jorge (Coquimbo) y el Parque Nacional La Campana (Valparaíso).

42 El Comité de Ministros del Turismo está integrado por el ministro de Economía, Fomento y Turismo; el ministro de Obras Públicas; el ministro de Vivienda y Urbanismo; el ministro de Agricultura; el ministro de Bienes Nacionales; el ministro del Medio Ambiente y el presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

43 En este sentido, el art. 19 de la Ley 20.423 señala: “El Ministerio de Bienes Nacionales podrá, ajustándose a las restricciones que impongan los planes de manejo, otorgar concesiones sobre los inmuebles que formen parte de las áreas Silvestres Protegidas del Estado, por medio del sistema establecido en los artículos 57 a 63 del decreto ley N°1.939, de 1977. Estas concesiones podrán incluir una parte del área geográfica y, o solo usos determinados sobre el territorio. Las concesiones sobre una misma área para usos determinados podrán ser diversas, siempre que sean compatibles entre sí”.

44 CONAF cuenta con un estatuto jurídico débil que impide proyectar en ella más atribuciones de las que actualmente dispone, mientras no sea modificada o reemplazada por otro organismo y regulación.

45 Mediante el Mensaje 080-361, de noviembre de 2013, se ingresó a tramitación legislativa el proyecto de ley que “Modifica la Ley 20.423”. En materia de concesiones turísticas, incluye tres cuestiones: a) otorga competencia a la Institución encargada de la administración de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado para suscribir contratos para fines turísticos que contemplen una inversión no superior a 1.000 UTM, los que no podrán exceder de 5 años renovables; b) permite intervenir áreas silvestres protegidas del Estado, estén o no priorizadas por el Comité de Ministros del Turismo; y c) flexibiliza el requisito de disponer de plan de manejo compatible, previo a la priorización, permitiendo que este exista al menos al momento de aprobar la concesión. Este proyecto de ley debiera ser modificado totalmente en esta parte, puesto que una vez más su regulación busca satisfacer intereses privados más que el interés público propio de las áreas protegidas. Esta puede ser una oportunidad para regular integralmente la intervención turística en áreas silvestres del Estado, de tal manera de privilegiar la conservación y financiamiento de las áreas protegidas; la integración de las comunidades locales en la gobernanza y gestión turística de dichas áreas; y la participación local; tendiendo a generar un trabajo

4.2.4. Decreto Fuerza de Ley 340 de 1960 sobre Concesiones Marítimas

Los cuerpos normativos citados previamente son aplicables para los ámbitos terrestres: áreas protegidas terrestres, especialmente parques y reservas nacionales. Existen áreas protegidas sobre otros territorios en las que pueden desarrollarse actividades turísticas, como los parques y reservas marinas, santuarios de la naturaleza o áreas marinas protegidas de múltiples usos.

Para efectos de entregar una concesión marítima a un particular, debe recurrirse al DFL 340 de 1960, que señala en su artículo 2°: “Es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina⁴⁶, conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos de playas fiscales dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral...”. Bajo esta facultad, se han entregado concesiones marítimas de áreas protegidas, especialmente de áreas marinas costeras de múltiples usos⁴⁷.

4.2.5. Ley 18.362, de 1984, Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado

Es necesario tener en cuenta –no obstante la no vigencia de la misma– la regulación de las concesiones de uso en áreas silvestres protegidas del Estado. Esta ley es considerada, en muchos aspectos, como modelo o referente a ser consultado. Define el concepto de concesión como “un derecho especial de uso temporal, orientado al cumplimiento de uno o varios de los objetivos del respectivo plan de manejo de una unidad determinada”⁴⁸. Asimismo, establece el procedimiento y contenido del contrato concesional y las causales de terminación, entre otras materias, pero no norma los requisitos ni las exigencias mínimas para el desarrollo de actividad turística. Además, no establece un sistema integrado de regímenes concesionales en Chile.

conjunto que sea coincidente con la futura regulación sobre esta misma materia que contendrá la Ley del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

46 Subsecretaría de Marina, hoy Subsecretaría de las Fuerzas Armadas.

47 Un ejemplo de ello es el Área Marina y Costera Protegida que comprende un sector del Borde Costero en Las Cruces, comuna de El Tabo, V Región de Valparaíso (DS 107 de 2005). Al interior de dicha área marina existe una concesión marítima otorgada a título gratuito a la Pontificia Universidad Católica de Chile, con el fin de destinar los objetos concesionados a la investigación de recursos marinos costeros y amparar las instalaciones anexas para el Laboratorio de Biología Marina de la Universidad.

48 Ley 18.362, art. 16.

4.3. El proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (Boletín 7.487-12)

En 2011, en el marco de lo mandatado por el artículo 8 transitorio de la Ley 20.417, se presentó a tramitación legislativa el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Este proyecto fue ampliamente rechazado por diversos sectores, por lo que su tramitación legislativa no avanzó. Sin perjuicio de ello, es posible resaltar algunas de sus regulaciones en materia de concesiones en áreas protegidas.

El Mensaje mediante el cual ingresó el proyecto de ley señala que uno de sus objetivos es “...optimizar y homologar el otorgamiento de concesiones protegidas del Estado bajo un solo procedimiento y reemplazar la multiplicidad de mecanismos y criterios existentes en otras normas sectoriales”⁴⁹. Se trata de una muy buena intención del ejecutivo de la época, algo muy necesario, dada la existencia de al menos cuatro sistemas de concesiones o autorizaciones de uso.

No obstante lo anterior, el objetivo transcrito no tiene correlación con el articulado del proyecto de ley. La regulación de este en la materia es incompleta, incongruente, desordenada y presenta vacíos inexcusables. No se genera un sistema único concesional para áreas protegidas, no se establecen las características mínimas para entregar una concesión, no se determinan los límites concesionales, ni se sientan las bases mínimas de su regulación, entre otras materias. La concesión debe ser un instrumento más para la gestión de áreas protegidas. Cuando está bien regulada, constituye una poderosa herramienta de financiación de las áreas protegidas, permitiendo, como se ha señalado, una relación virtuosa entre conservación y uso sustentable.

¿Cómo el proyecto de ley se hace cargo de las disposiciones sectoriales usadas a la fecha para concesionar para fines turísticos áreas protegidas?

En relación a la Ley de Bosque, se modifica el artículo 10, limitando la facultad de suscribir contratos por parte de CONAF solo a las reservas forestales.

En cuanto al DL 1.939, deroga su artículo 15⁵⁰, manteniendo vigente el sistema de concesiones sectorial para cualquier otro bien fiscal que no sea área protegida del Estado.

49 Mensaje Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, Boletín 7.487-12, p. 12.

50 El art. 15 del DL 1.939/77 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado dispone: “Las reservas forestales, parques nacionales y los terrenos fiscales cuya ocupación y trabajo en cualquier forma comprometan el equilibrio ecológico, solo podrán destinarse o concesionarse en uso a organismos del Estado o a personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente”.

Respecto a la Ley 20.423: a) modifica el artículo 19 en el sentido en que el otorgamiento de concesiones para usos turísticos o para la instalación de la infraestructura correspondiente en las áreas silvestres protegidas del Estado se realizará conforme a las disposiciones de la ley que crea el Servicio de Biodiversidad; b) deroga el artículo 20⁵¹ y deja vigentes los artículos 18 y 21⁵². De ello se deduce que el Comité de Ministros podría seguir priorizando áreas protegidas para fines turísticos y que, paradójicamente, se mantiene el mandato de dictar un Reglamento que determine las condiciones y procedimiento para el otorgamiento de estas concesiones.

El proyecto de ley no se hace cargo del espacio marítimo, por lo que, para efectos de concesionar para fines turísticos, sigue vigente el DL 340 de 1960 sobre Concesiones Marítimas.

En síntesis, el proyecto no establece un sistema único concesional en áreas protegidas. Más bien pretende instalar un sistema concesional segmentado, no integrado y no planificado⁵³. El proyecto no significa un avance. Por el contrario, puede sostenerse que implica un retroceso. Un ejemplo de ello es que excluye al futuro Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas de toda intervención directa en cuestiones fundamentales del otorgamiento de concesiones, lo que implica que la autoridad que tendría por finalidad proteger y propender a la conservación de las áreas protegidas no será consultada ni intervendrá en el otorgamiento de concesiones, salvo para aquellas inferiores a 1.500 UTM⁵⁴.

Claramente, este proyecto de ley debe ser reemplazado por el actual Ejecutivo, de conformidad al Programa de Gobierno⁵⁵, buscando la integralidad del sistema, la protección y conservación de las áreas protegidas y la coherencia

51 El art. 20 de la Ley 20.423 del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo dispone que “las concesiones para usos turísticos o para la instalación de la correspondiente infraestructura en las Áreas Silvestres Protegidas del Estado podrán ser otorgadas y ejercidas, no obstante la existencia de otras concesiones adjudicadas para conservación o administración de las mismas áreas, a las entidades señaladas en el inciso segundo del artículo 57 del decreto ley 1.939, de 1977”.

52 El primero determina las características de la concesión y ciertas pautas del procedimiento, mientras que el segundo faculta la dictación del reglamento respectivo.

53 Para el detalle la regulación propuesta por el proyecto de ley en materia de concesiones consultar Programa de Derecho y Política Ambiental, Análisis del Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2012.

54 En materia de concesiones, el Proyecto trató de equiparar el modelo que se consolidó en la Ley 20.423 y su correspondiente reglamento, DS 50 de 2011 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

55 50 Compromisos para mejorar la calidad de vida en el Chile de todos. 100 primeros días de Gobierno, (Medida 31), p. 21.

normativa, entendiendo, sobre todo, que las actividades deben ajustarse a las áreas protegidas y no a la inversa.

5. Cuestiones básicas para la regulación de concesiones turísticas en áreas protegidas

Costa Rica, Guatemala, Ecuador y Colombia constituyen referentes importantes en la regulación de la actividad turística en áreas protegidas⁵⁶, en relación a los principios que deben inspirar la regulación y la relación de turismo y áreas protegidas, siendo las concesiones uno de los instrumentos a través de los cuales esta relación se formaliza. Dichos principios son:

- La planificación y administración del turismo en áreas protegidas debe involucrar alianzas locales: entre la comunidad, los operadores turísticos y los representantes de gobierno.
- Es esencial para las partes interesadas locales la educación continua y las actividades de extensión sobre los beneficios de la conservación y los vínculos entre turismo y conservación.
- El plan de negocios involucrado es un precursor esencial para la forma de inserción local.
- Debe asegurarse un alto estándar en la calidad de los servicios turísticos.
- Es fundamental la incorporación de las comunidades locales –cuando corresponda de las comunidades indígenas– en la gestión, el negocio y los beneficios,
- Debiera privilegiarse el turismo a pequeña escala y de bajo impacto.
- Solo debe realizarse la actividad turística permitida en razón a capacidad de carga y características propias del área protegida.
- El financiamiento obtenido por el modelo de negocios turísticos, por ejemplo a través de la renta concesional, debe ser destinado para la conservación de la misma área protegida.
- El área protegida debe disponer de un plan de manejo actualizado.

⁵⁶ Jiménez, Sandra y Suárez, Irene, “Tarifas de entrada y sustentabilidad financiera del sistema de áreas protegidas de Costa Rica”, en Turismo, Áreas Protegidas y Comunidades. Estudio de caso y lecciones aprendidas del Programa de Parques en Peligro, 2002-2007, disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADO261.pdf.

- Debe existir un régimen de seguimiento y fiscalización eficiente de la actividad turística, de tal manera de ejercer un real control y cuidado sobre las áreas protegidas.

El modelo concesional que se diseñe en el futuro debe considerar una institucionalidad con competencias claras, bajo una regulación integrada, y con el contenido mínimo requerido para garantizar la protección de las áreas, su seguimiento y fiscalización.

Conclusión

El diagnóstico de la realidad institucional y normativa de las áreas protegidas, en general, y de la biodiversidad, en particular, es compartido por todos los sectores: se trata de un marco débil, segmentado, parcial e incompleto.

El actual proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas debe ser reemplazado en su totalidad. Debieran resolverse las permanentes contradicciones entre desarrollo de actividades productivas permitidas y conservación de las áreas protegidas, a favor de las última. Una de dichas actividades es el turismo: debiendo la regulación avanzar hacia un sistema concesional único, terrestre y marítimo, de características propias y exclusivas para las áreas protegidas, acompañado de una institucionalidad fuerte, tanto para fijar las condiciones para su otorgamiento como para su seguimiento. Una regulación de dichas características permitirá establecer una relación armoniosa y virtuosa entre conservación y actividad turística, ayudando al financiamiento de las mismas, a la educación y toma de conciencia de la necesaria protección de estos espacios y a la integración de las comunidades locales.

“HUIDA” ILEGAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LAS FUNDACIONES DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y LA LEY DE TRANSPARENCIA

Pablo Soto Delgado¹

Resumen

A partir de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que resolvieron los reclamos presentados en contra del Consejo para la Transparencia por dos fundaciones de la Presidencia de la República, se efectúa una caracterización de estas entidades de derecho privado que, sin autorización legal, son dirigidas por la Administración e integradas por autoridades y funcionarios del Estado. Ellas ejercen funciones susceptibles de ser consideradas públicas y se financian a través de la Ley de Presupuestos. El Consejo para la Transparencia y la Corte han levantado el velo a la personalidad jurídica de derecho privado de las fundaciones, mostrando tras ella a la Administración del Estado, sujetándolas a la Ley de Acceso a la Información, aunque con argumentos cuestionables. A pesar de este avance en materia de control, en los otros aspectos de su funcionamiento, las fundaciones continúan huyendo del derecho administrativo. El artículo aboga por un fuerte control de juridicidad de la Contraloría y una intervención legislativa que regularice esta práctica ilegal, estableciendo un estatuto general para esos entes anómalos.

Introducción

Durante 2013, la Corte de Apelaciones de Santiago dictó dos sentencias² referidas a entidades que, organizadas bajo formas de derecho privado, son

¹ Profesor de Derecho Administrativo y doctorando en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6.569-2011, sentencia de fecha 1 de abril de 2013, y Rol 4.679-2012, sentencia de fecha 9 de abril de 2013.

controladas en los hechos por la Presidencia de la República³: la Fundación Integra y la Fundación de la Familia. La Corte rechazó los reclamos de ilegalidad presentados en contra de las respectivas decisiones⁴ del Consejo para la Transparencia (CPLT) y declaró que, no obstante tratarse de entidades de derecho privado sin fines de lucro, conforme a la regla residual contenida en el inciso primero del artículo 2° de la Ley de Acceso a la Información (LAIP), las reclamantes caben dentro de la categoría “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. Esto significa que el CPLT, primero, y la Corte luego validando la decisión de aquel, han realizado una disociación entre la forma jurídica de las fundaciones y su sustancia, considerando determinante este último elemento para aplicarles las obligaciones legales de transparencia y acceso a la información. Las decisiones judiciales permitieron levantar el velo a dos organizaciones estructuradas originalmente bajo el esquema del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, descubriendo a la Administración que se ocultaba tras la fachada, haciendo inoponible a la LAIP la personalidad jurídica privada de las fundaciones de la Presidencia. Con ello se ha producido el efecto de reconducirlas hacia el derecho administrativo, aunque con efectos acotados solo a cuestiones de transparencia.

Los casos dieron visibilidad pública a las fundaciones en que participa la Presidencia de la República⁵, mostrándolas como una manifestación de la “huida” –o flexibilización– ilegal del derecho administrativo, respecto a la cual no existe información sistematizada. De ahí que un primer objetivo de este texto sea esbozar una caracterización de esa práctica, que contraviene expresamente el ordenamiento jurídico. En efecto, como se verá, para que la Administración pueda participar en fundaciones o corporaciones, se requiere una habilitación legal expresa que, en la especie, no existe respecto a las siete fundaciones de la Presidencia. El artículo pretende, también, evaluar la calidad de las razones proporcionadas por el CPLT y la Corte de Apelaciones, así como proponer que la Contraloría y especialmente el legislador deben in-

3 Hasta el 11 de marzo de 2014, las fundaciones eran manejadas desde el Gabinete de la Primera Dama, conforme a la Resolución Exenta 4387 de fecha 31 de diciembre de 2010, dictada por el Director Administrativo de la Presidencia de la República. En la actualidad, de acuerdo a informaciones de prensa, las fundaciones formarían parte de la Dirección Sociocultural de la Presidencia, órgano cuya creación requiere modificar esa resolución. A la fecha (mayo de 2014), no se ha incorporado en el sitio de transparencia activa de la Presidencia ninguna información al respecto.

4 Roles C469-II y C1529-II.

5 Véase *Elmostrador.cl*, Corte de Apelaciones respalda decisión del CPLT que ordenó a la Fundación Integra transparentar su información, 2 de abril de 2013, y *24horas.cl*, Corte ordena a programa “Elige Vivir Sano” entregar información, 10 de abril de 2013.

tervenir para regular la materia. Al efecto, será necesario referirse al modo en que las referidas fundaciones se constituyen, actúan, organizan y financian, huyendo ilegalmente del derecho administrativo (1). Enseguida, se expondrán y analizarán los argumentos del CPLT y la Corte de Apelaciones para levantar el velo a las fundaciones (2). Finalmente, se tratará la necesaria intervención de la Contraloría y el legislador respecto a estas entidades en las que el Estado participa, sobre la base de un modelo ya aplicado en otros casos (3).

1. La “huida”⁶ del derecho administrativo por parte de las fundaciones de la Presidencia

1.1. “Huida” o flexibilización

La vocación del derecho administrativo es domesticar el poder. Para ello, utiliza dos herramientas complementarias: por una parte, el principio de legalidad, que asegura una sujeción de las autoridades estatales a reglas y principios ya existentes dentro del ordenamiento; y, por otra, la acertada gestión y servicio público que debe proporcionar a los ciudadanos. En ambos casos, la finalidad es asegurar la libertad individual, absteniéndose de interferir en ella, o bien, interviniendo efectivamente para hacerla posible⁷. La Constitución de 1980 impuso estas dos modalidades en su artículo 5° inciso 2°, estableciendo que es un “(...) deber de los órganos [de la Administración] *respetar y promover* (...)” los derechos. Se sostiene que, bajo el pretexto de la efectividad en la gestión, la Administración utiliza formas de organización y actuación que escapan de las restricciones impuestas por la legalidad, abandonando las técnicas del derecho público para acudir a la flexibilidad que otorga el derecho privado. En esta *pseudoprivatización* se encontraría la “huida de la Administración de la regulación pública”⁸, que Silva Cimma considera una desvinculación total del

6 A lo largo del texto, el término se usa entrecomillado, pues, como se dirá en lo que sigue, expresa una posición crítica frente a la flexibilización de las formas administrativas que aquí no se comparte, salvo cuando es ilegal.

7 El entrelazamiento de ambas herramientas da cuenta de la necesaria complementariedad entre un derecho administrativo de la luz roja, que solo se ocupa de la legalidad, el control y responsabilidad de la Administración, cuyo objeto es proscibir la arbitrariedad de las decisiones de la autoridad, y un derecho administrativo de la luz verde, preocupado de la servicialidad, efectividad, transparencia, probidad, publicidad y participación de los administrados. Véase Montt, Santiago, “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales”, en Documento de trabajo N° 4, (Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile), 2010, p. 2.

8 Desdentado Daroca, Eva, *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regu-*

Administrador al derecho: “(...) el Estado se ve progresivamente privatizado esto es, liberado del derecho y actúa fuera de todo efectivo control”⁹.

En Chile, el fenómeno ha sido detectado bajo la nomenclatura “administración invisible”¹⁰. Se ha dicho que es un vacío que la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) debió colmar¹¹ y que la “huida” es inconstitucional, en la medida que los órganos y servicios estatales solo pueden encontrarse afectos a un régimen de derecho público. Existiría, por tanto, una reserva constitucional que impide la libertad de formas bajo las cuales puede organizarse, actuar y ser controlada la Administración¹². El intento de detener la “huida” se ve explicado porque, tras las razones de eficiencia que la justificarían, podrían hallarse motivos disimulados, tales como instrumentalizar la organización para fines distintos al interés público, es decir, “(...) prodigar favores a quienes interese políticamente, para situar en la función pública a amigos y adeptos y para incrementar los ámbitos de inmunidad del poder”¹³.

Pero esta posición rígida frente a la “huida” no parece encontrarse justificada. La reserva de derecho público para que la Administración se organice y actúe no está constitucionalmente fijada, lo cual significa que el legislador puede realizar un análisis de costo/beneficio cuando traza los modos a través de los cuales habrá de llevarse a cabo la actividad administrativa, tomando en cuenta que uno de sus roles principales es dar respuesta a necesidades sociales. Esto exige facilitar el desarrollo de la función pública¹⁴. Si ello se efectúa a través de estructuras flexibles (de derecho privado, por ejemplo), en la medida que no esté prohibido explícitamente, el legislador se encuentra autorizado para implementarlas. Este diseñador institucional, no obstante, no puede fijar habilitaciones abiertas al Administrador sin establecer grados de especifica-

lación pública y Administraciones independientes, (Tirant lo Blanch), 1999, p. 87.

9 Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*, (Editorial Jurídica), 2009, p. 72.

10 Argandoña, Manuel Daniel, *La organización administrativa en Chile: Bases fundamentales*, (Editorial Jurídica), 1985, p. 11 y ss.

11 Pierry, Pedro, “Antecedentes de la Ley de Bases de la Administración del Estado”, en *Revista de Derecho*, N° 19, (Consejo de Defensa del Estado), 2008, p. 19 y ss.

12 Silva Cimma, op. cit., pp. 74-85.

13 Desdentado Daroca, op. cit., p. 110.

14 Montt, op. cit., p. 10 y ss.

ción¹⁵ de la regulación. Por lo tanto, será necesario que la forma de organización a utilizar para satisfacer los fines públicos se encuentre claramente delimitada en cuanto a sus funciones, procedimientos y estándares de actuación. Tampoco puede la Administración *motu proprio* generar nuevos órganos de la manera que estime. La Constitución ha reservado esa función a la ley.

Se afirma que la “huida” opera –entre otras hipótesis– en la formación de fundaciones¹⁶ o corporaciones controladas por el poder público. En el caso chileno, como se verá enseguida, el poder ejecutivo participa activamente en personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro y lo hace sin que una regla habilitante lo permita. Esta cuestión es relevante pues en el caso de las fundaciones o corporaciones hay dos maneras de huir del derecho administrativo u otorgarle flexibilidad, a saber, con autorización de la ley o sin ella. En este último caso, la Administración no solo se organiza bajo un esquema de derecho privado –cuestión que, como se señaló, no es en sí misma un asunto criticable–, sino que lo hace incumpliendo la prescripción expresa contenida en el artículo 6° de la LOCBGAE, que exige una ley habilitante. De ahí que no sea indiferente para el ordenamiento la creación y participación en fundaciones, puesto que, si la ley ha fijado solo una conducta a seguir (actuar previa autorización), cesa la discrecionalidad del Administrador, desapareciendo, por tanto, la posibilidad de elegir¹⁷ si huye o no del derecho administrativo.

1.2. Caracterización de las fundaciones de la Presidencia¹⁸

La Administración crea y controla personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. En la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM)¹⁹ se autoriza a los municipios para estatuir corporaciones o fundaciones, bajo un régimen especial que altera sustancialmente lo establecido en el Código Civil en lo referente a: sujetos que intervienen en su constitución, finalidades tipificadas, aprobación por el concejo municipal, limitaciones a sus directores, financiamiento, rendición de cuentas, fiscalización y régimen de personal. El

15 Sobre la especificación de la regulación legislativa, siguiendo a Edward Rubin, ver Guiloff, Matías, “Operativizando la relación ley-reglamento: Una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXV, N° 1, (Universidad Austral de Chile), julio 2012, p. 130 y ss.

16 Ariño, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, 2004, pp. 91-101.

17 Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte general*, (Marcial Pons), 2011, p. 167.

18 Agradezco a la ayudante Marcela Díaz Cortés la sistematización preliminar de diversos contenidos incluidos en esta sección.

19 Párr. 1° del Título VI, art. 129 y ss.

fundamento de lo dispuesto en la LOCM se halla en el artículo 118 inciso 6° de la Constitución de 1980, que atribuye a los municipios capacidad jurídica para crear corporaciones y fundaciones de acuerdo a la ley orgánica²⁰. Esta regulación da cuenta de tres cuestiones. La primera de ellas es que se trata de una “huida” o flexibilización *parcial* del derecho administrativo, porque la LOCM sujeta a las corporaciones y fundaciones municipales a un régimen que combina las formas jurídicas del Código Civil con restricciones impuestas por el derecho público. La segunda, que el órgano municipal tiene una competencia jurídicamente determinada que lo habilita para generar entidades con personalidad jurídica de derecho privado, de acuerdo a parámetros claros que el legislador y la Constitución antes han dispuesto. En tercer término, la “huida” o flexibilización del derecho administrativo ha quedado constitucionalizada. Lejos de conformar una exageración regulatoria, que la propia Carta dispusiera el modo de generación de las fundaciones y corporaciones municipales tiene el sentido de hacer coherente su supremacía. En efecto, la Constitución dispone la forma en que los órganos y servicios públicos deben establecerse, exigiendo una ley de iniciativa exclusiva del presidente de la República, según su artículo 65 inciso 4° numeral 2. Por lo tanto, cualquier modificación a este régimen general de instauración de servicios públicos debe establecerse en la misma fuente jerárquica para no ser inconstitucional²¹. La creación municipal de fundaciones y corporaciones equivale a que el municipio estatuya un servicio, excepción constitucionalmente prevista²².

La regulación anterior es relevante para revisar, por contraste, lo que acontece con las fundaciones de la Presidencia. Siete son las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro controladas por esta²³. Fueron creadas

20 Esta norma fue incorporada a través de la Ley 19.097 de 1991, que modificó la Constitución en materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal.

21 El antecedente para este razonamiento puede encontrarse en Tribunal Constitucional, Rol 50, sentencia de fecha 29 de febrero de 1988, considerandos 22 a 25. Allí, controlando preventivamente el proyecto que se convertiría en la LOCM, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional una disposición que otorgaba a las municipalidades la atribución de crear corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, con el objeto de realizar ciertas funciones, pues permitía a los municipios el traslado de funciones que le eran propias.

22 Junto a las corporaciones municipales descritas, el inciso 1° del art. 12 del DFL 1-3.063 del 13 de junio de 1980 autorizó los traspasos de servicios que formaban parte de la Administración central a las municipalidades, mediante un convenio administrativo. Es una regulación preconstitucional que permitió a los municipios constituir corporaciones o fundaciones en materias de salud, educación y cuidado de menores. Esas personas jurídicas siguen operativas. Este es el origen de la denominada “municipalización”.

23 Fundación Integra, Fundación de la Familia, Fundación “Prodemu”, Fundación Tiempos Nuevos (que controla el Museo Interactivo Mirador-MIM), Fundación Nacional de Orquestas Juveniles e Infantiles

en distintas épocas –la más antigua, en 1979–, bajo las reglas que el Código Civil establecía hasta antes de la reforma de la Ley 20.500: se constituyeron mediante escritura pública y su personalidad jurídica fue otorgada por decreto supremo. Entre sus fundadoras, invariablemente, se cuentan las cónyuges de un jefe de Estado²⁴. Las finalidades que persiguen, según sus estatutos, son diversas y se relacionan con la promoción de bienes socialmente valiosos en ciertas áreas. Así sucede, por ejemplo, con la promoción de la autonomía económica y personal y la formación, información y capacitación a mujeres en situación de pobreza²⁵; el estímulo y desarrollo de las artesanías chilenas y la capacitación de los artesanos²⁶; o el desarrollo social y formativo mediante el aprendizaje musical dirigido a jóvenes y niños, especialmente de escasos recursos²⁷.

Los órganos superiores de cada fundación se denominan “Directorio”, “Consejo Nacional” o “Consejo Directivo”, y son presididos por la cónyuge del presidente de la República o *la persona que este designe*. Este es un intento técnicamente improcedente²⁸ de otorgar potestades al jefe de Estado a través de un negocio jurídico entre particulares, lo cual pugna con la Constitución, que regula en su artículo 32 numeral 10° la atribución especial del presidente de la República para “[n]ombrar y remover a los funcionarios que *la ley* denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a *la ley* (...)”. Solo la ley está en condiciones de proporcionar la habilitación para efectuar los nombramientos, sin embargo, a través de un acto jurídico entre privados se ha conferido al órgano presidente de la República el poder de nombrar a quien encabeza el directorio de cada fundación, y aquel lo ha ejercido efectivamente²⁹.

de Chile, Fundación Artesanías de Chile y Fundación Todo Chile Enter.

24 Lucía Hiriart (Fundación Integra), Leonor Oyarzún (Fundación Prodemu y Fundación de la Familia), Marta Larraechea (Fundación Tiempos Nuevos), Luisa Durán (Fundación de Orquestas, Fundación de Artesanías y Fundación Todo Chile Enter).

25 Art. 2° de los estatutos de la Fundación Prodemu. Disponible en <http://www.prodemu.cl/transparencia/sitio-transparencia/MARCO-NORMATIVO/POTESTADES/Modificacion%20estatutos%20de%20fundacion.pdf>

26 Art. 3° de los estatutos de la Fundación de Artesanías de Chile. Disponible en http://artesaniadechile.cl/transparencia/images/trans/poste/i_Estatutos.pdf

27 Art. 2° de los estatutos de la Fundación de Orquestas Juveniles e Infantiles de Chile. Disponible en <http://www.foji.cl/transparencia/Potestades/Estatutos%20Foji.pdf>

28 Oelckers, Osvaldo, “El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa”, en *Revista de Derecho*, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 1977, p. 128.

29 El ejercicio de la facultad para efectuar el nombramiento se ha concretado por el presidente de la

Además de la persona designada por el presidente de la República o su cónyuge, los órganos directivos superiores se componen de integrantes que provienen del ámbito privado y estatal. Todas las fundaciones cuentan entre los miembros de sus directorios o consejos directivos con autoridades o funcionarios públicos: ministros, jefes de servicio con rango de ministro, jefes de servicio, jefes y coordinadores de división de ciertos ministerios. Así se establece en los estatutos de las entidades, única fuente normativa sobre la cual se sustenta la representación estatal que los órganos han ejercido. La participación de autoridades y funcionarios públicos en personas jurídicas sin fines de lucro tampoco puede regularse a través de un negocio jurídico entre privados. Por el contrario, la LOCBGAE previno esta situación en su artículo 6°, estableciendo que cualquier participación o representación de la Administración en otras entidades requiere una ley que lo autorice. Ella no se ha dictado respecto a ninguna de las siete fundaciones de la Presidencia, siendo ilegal, por tanto, la integración de autoridades y funcionarios en los directorios o consejos directivos.

En cuanto al financiamiento de las fundaciones de la Presidencia, cada año la ley de presupuestos dispone asignaciones nominativas para seis de ellas –incluidas la Fundación Integra y la Fundación de la Familia–, bajo la forma de subvenciones. Esto significa que desde los presupuestos de diversos órganos de la Administración se desplazan dineros fiscales directamente hacia esas entidades³⁰. Legalmente, el traspaso de fondos públicos se denomina “transferencia”, la cual se caracteriza por ser “a fondo perdido”, es decir, sin obligación de devolución³¹ y no trae aparejada una contraprestación por parte del receptor³². Las sucesivas leyes de presupuestos han tratado las asignacio-

República durante la administración 2006-2010, pues no hubo cónyuge que por derecho propio se incorporara a los órganos directivos, siendo necesario nombrar una persona distinta. Lo mismo ocurre en la administración iniciada en marzo de 2014.

30 En el derecho presupuestario español el fenómeno opera de manera idéntica, por lo que es posible acudir a lo dispuesto en el art. 22.2 literal a) de su Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003 del 17 de noviembre, General de Subvenciones), en relación con el art. 65 del decreto que la regula (Real Decreto 887/2006, del 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, del 17 de noviembre, General de Subvenciones). De acuerdo a esas normas, una subvención nominativa es aquella “(...) prevista nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado [respecto a la cual] al menos su dotación presupuestaria y beneficiario [aparecen] determinados en los estados de gasto del Presupuesto. El objeto de estas subvenciones [queda] determinado expresamente en el correspondiente convenio de colaboración o resolución de concesión que, en todo caso, deberá ser congruente con la clasificación funcional y económica del correspondiente crédito presupuestario.”

31 Villar, José Luis, “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”, en *Revista de Administración Pública*, N° 14, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1954, p. 64.

32 Sobre el punto, la Contraloría ha señalado, en el dictamen 47.557 del 21 de septiembre de 2004, que

nes como si estuvieran destinadas *al sector privado*³³. Año tras año, el legislador ha considerado que las fundaciones de la Presidencia no forman parte de la Administración del Estado. Las transferencias se formalizan a través de la suscripción de un convenio entre la entidad receptora –la fundación respectiva– y el órgano obligado a transferir, texto que luego se incorpora en un decreto supremo o resolución, para cumplir lo prescrito por el artículo 100 de la Constitución, que exige la dictación previa de esos actos administrativos para que las tesorerías queden autorizadas a efectuar el pago³⁴. En el convenio de transferencia se fijan cuáles serán las actividades a financiar con los recursos públicos, estableciéndose así la finalidad específica a la que deberán aplicarse los recursos. Si bien los fondos fiscales pasan al patrimonio de la entidad receptora, quedando desafectados de su calidad pública, no pueden utilizarse en cuestiones diversas de las formuladas en el mencionado instrumento³⁵.

Las fundaciones también obtienen recursos públicos como ejecutoras de programas estatales radicados en ciertos órganos de la Administración, postulando a ellos o por asignación directa. Bajo esta última modalidad actúan la Fundación Prodemu, que lleva a cabo actividades del Fondo de Iniciativas para la Superación de la Pobreza del Ministerio de Desarrollo Social³⁶, y la Fundación todo Chile Enter, que ejecuta ayudas técnicas y servicios de apoyo dirigidos a personas con discapacidad, las que deben ser financiadas parcial o totalmente por el Servicio Nacional de la Discapacidad, de acuerdo a la Ley 20.422 que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad³⁷. Estas

se encuentran “(...) comprendidas dentro de la expresión ‘transferencia’ (...) todas aquellas que se efectúan a las personas jurídicas, a título de subvenciones o subsidios, para el financiamiento de las acciones destinadas a cumplir los fines que indica, y en las cuales no existe una contraprestación en bienes o servicios, que deban efectuar tales entes en beneficio del organismo público que les hace entrega de los fondos respectivos”.

33 Según el Decreto Supremo 854 de 2004 del Ministerio de Hacienda, que determina las clasificaciones presupuestarias contenidas en la ley de presupuestos. Cuando estos gastos están destinados al sector privado, quedan contenidos en el ítem 1 del subtítulo 24 del clasificador. Bajo este ítem y subtítulo, las leyes de presupuestos han tratado las asignaciones nominativas que deberán transferirse a la mayoría de las fundaciones de la Presidencia.

34 El artículo establece: “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto”.

35 Criterio señalado por la Contraloría en el dictamen 48.051 de fecha 14 de octubre de 2005 y especialmente claro en el dictamen 31.933 de fecha 14 de junio de 2010.

36 Decreto Supremo 12 del 5 de junio de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social.

37 Resolución Exenta 7.830 del 13 de agosto de 2013 del Servicio Nacional de la Discapacidad.

asignaciones directas también se formalizan mediante un convenio y el correspondiente decreto o resolución.

Los mecanismos de financiamiento –asignaciones nominativas en la ley de presupuestos y asignaciones directas decididas por un servicio– presentan dificultades desde el punto de vista de su constitucionalidad, porque ante el gasto público las personas deben situarse en igualdad de oportunidades para acceder a recursos que el Estado decide transferir a los particulares, lo que se difumina cuando no existe un concurso previo. El presupuesto público es la forma de otorgar efectividad a las instituciones contenidas en la Constitución, entre las cuales se encuentran los derechos³⁸. De ahí que las técnicas presupuestarias deban asegurarlos.

Durante 2013, tres de las fundaciones³⁹ recibieron, además, subvenciones presidenciales, es decir, transferencias que la ley de presupuestos autoriza realizar al jefe de Estado, previa solicitud de la entidad interesada. Según el Manual de Procedimiento Administrativo de la Subvención Presidencial, “[l]a decisión de beneficiar a una organización es de exclusividad de su S.E. el presidente de la República (...)”⁴⁰, situación especialmente sensible cuando asigna recursos a una fundación presidida por su cónyuge o una persona de su exclusiva confianza, puesto que queda en cuestión su imparcialidad⁴¹. Por otro lado, algunas de las fundaciones son comodatarias de bienes raíces SERVIU⁴² o concesionarias gratuitas de inmuebles

38 Corti, Horacio, “Ley de presupuestos y derechos fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires*, (Abeledo Perrot), 2010, p. 654.

39 Fundación de la Familia: \$190.000.000 por Decreto 153 y \$32.000.000 por Decreto 449. Fundación Tiempos Nuevos (MIM): \$80.000.000 por Decreto 170. Fundación Artesanías de Chile: \$80.000.000 por Decreto 274. Los decretos emanan del Ministro de Hacienda por orden del presidente de la República.

40 Sección IX de la Resolución Exenta 2558 del 28 de mayo de 2012, del director administrativo de la Presidencia de la República. Una vez que se ha tomado la decisión de entregar el beneficio, desde la Presidencia de la República se envía a la Subsecretaría de Hacienda el oficio que ordena darle curso, procediéndose a la celebración de un convenio, como lo exige la partida 50 del Tesoro Público de la Ley de Presupuestos.

41 El art. 62, numeral 6, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispuso que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa la circunstancia de intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, como asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

42 La Fundación Tiempos Nuevos es comodataria de un inmueble en la comuna de La Granja en que funciona el Museo Interactivo Mirador, otorgado por Resolución Exenta 1679 del 3 de mayo de 1996 del SERVIU Metropolitano. La Fundación de la Familia cuenta, al menos, con un comodato en la X Región, otorgado por Resolución Exenta 919 del 2 de mayo de 2011 de la Dirección Regional SERVIU de Los Lagos. Los numerosos comodatos de la Fundación Integra están disponibles en <http://www.gobiernotransparentechile.cl/busqueda/resultados?q=comodato+integra>

fiscales⁴³. En relación con los recursos transferidos desde instituciones públicas, las fundaciones de la Presidencia están obligadas a completar el registro de las entidades receptoras de dichos fondos, creado por la Ley 19.862. Por su parte, la Contraloría General de la República ejerce –con restricciones– el control de la rendición de cuentas que las fundaciones deben efectuar al justificar los gastos realizados con los dineros transferidos por el Estado. Conforme al artículo 85 de su Ley Orgánica Constitucional, el ente contralor solo puede limitarse a establecer si se ha dado cumplimiento a la finalidad específica y determinada para la cual se han entregado los fondos fiscales. La Contraloría ha dispuesto, además, mediante la resolución 759/2003⁴⁴, la manera en que las personas jurídicas sin fines de lucro que reciben transferencias desde el Estado deberán justificar los gastos. Según el punto 5.3 de esa norma, lo harán frente al órgano otorgante, que determinará la correcta inversión de los fondos concedidos y el cumplimiento de los objetivos pactados, debiendo mantener a disposición de la Contraloría los antecedentes. El punto 5.4 de la misma resolución prohíbe a los servicios entregar nuevos fondos a rendir mientras la entidad receptora no haya cumplido con la obligación de rendir cuenta de la inversión de los fondos concedidos. Finalmente, de acuerdo al número 8.5 de la resolución 1600/2008⁴⁵ de la Contraloría General de la República, en la medida que las transferencias excedan las 5.000 Unidades Tributarias Mensuales, el acto administrativo que ordena la realización del gasto se encuentra afecto al trámite de toma de razón.

Por tratarse de personas jurídicas de derecho privado, su régimen de funcionamiento y organización interna se rige por el derecho común. La relación entre las fundaciones y sus trabajadores está regulada por el Código del Trabajo⁴⁶, a pesar de que se tiene como referencia al sector público para las negociaciones colectivas, y algunos empleados han intentado que

43 Es el caso de la Fundación de Orquestas. La concesión por 30 años de un inmueble fiscal en la comuna de Santiago le fue otorgada por Decreto Exento 325 del 10 de marzo de 2010 del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial el 24 de marzo de 2010.

44 En la que se fijan normas de procedimiento sobre rendición de cuentas de organismos o entidades que administran fondos públicos.

45 Que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

46 Dictamen 42.433 del 13 de diciembre de 1994. Aquí la Contraloría sostiene su incompetencia para fiscalizar y pronunciarse sobre las situaciones laborales de la Fundación Integra pues su personal tiene el carácter de empleados particulares, en tanto que la entidad es una persona jurídica de derecho privado, que se rige por el Título XXXI del Libro I del Código Civil y sus propios estatutos.

se les apliquen las reglas del Estatuto Administrativo, sin éxito⁴⁷. Por otro lado, en la contratación con terceros que les proveen bienes o servicios las fundaciones de la Presidencia no se encuentran obligadas por la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (LBCASPS), a menos que voluntariamente decidan incorporarse al régimen establecido por esa disposición. Esta vinculación optativa significa que pueden determinar a qué partes de la Ley quedan afectas. La revisión de algunos casos da cuenta de que suelen acogerse a la publicidad a través de la plataforma electrónica de compras estatales, pero no al procedimiento administrativo de licitación⁴⁸.

La regulación de las fundaciones es exigua desde su creación. A diferencia de la autorización expresa que, como se revisó, otorga la Constitución para que, conforme a la LOCM, los municipios constituyan personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro que atiendan objetivos tipificados, falta una ley que permita a la Presidencia de la República y a otras autoridades y funcionarios públicos participar o tener representación en ellas, desapegándose de lo prescrito por el artículo 6° de la LOCBGAE. Es un caso de “huida” o flexibilización ilegal que debe ser intervenido por el legislador, produciendo un régimen específico para resguardar la utilización de los recursos públicos.

2. El “test de instrumentalidad” del CPLT y su validación por la Corte de Apelaciones

2.1. El test

La sistematización previa permite poner en contexto las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que resolvieron las ilegalidades que, a juicio de la Fundación Integra y Fundación de la Familia, se habrían producido con ocasión de los acuerdos tomados por el CPLT en la decisión de los amparos presentados por particulares que solicitaron a las entidades información

47 Véanse los dictámenes 51.670 del 5 de noviembre de 2008 y 40.133 del 28 de junio de 2011, ambos de la Contraloría General de la República.

48 Como ejemplo, pueden citarse las siguientes licitaciones, publicadas en Mercadopublico.cl: ID 548928-15-CO13 (habilitación de espacio para uso público y semi público a través de la instalación de una sombra de acero y maderas sobre pilares en sede de Fundación de la Familia, Coquimbo); ID 548928-12-CO13 (elaboración de capítulos audiovisuales para ser transmitidos por televisión y en formatos digitales, Fundación de la Familia). En estos casos, se publican las compras en el sitio referido, pero el procedimiento de licitación es distinto del prescrito por la LBCASPS y su reglamento.

relacionada con sus actividades. El CPLT primero, y la Corte después rechazando las reclamaciones, decidieron el estatus jurídico de dos de las siete fundaciones de la Presidencia, declarando que ellas formaban parte de la Administración del Estado, impidiendo su “huida” del derecho administrativo de la LAIP.

El antecedente inmediato de las decisiones del CPLT se encuentra en varios acuerdos que este órgano tomó respecto a la aplicabilidad de la LAIP a las corporaciones y fundaciones municipales⁴⁹. En esos casos, resolviendo reclamos y amparos de acceso a la información, se estableció que la calidad de persona jurídica de derecho privado no era suficiente para sostener que una entidad escapaba de las obligaciones de transparencia y acceso a la información establecidas en la Ley 20.285. Para el CPLT, la Administración, buscando actuar de manera eficiente, constituye personas jurídicas de derecho privado con el objeto de satisfacer fines públicos. Las entidades así constituidas tienen carácter instrumental, por lo que no quedan por completo fuera del ámbito del derecho público. De ahí que sea necesario determinar si conceptualmente una persona jurídica de derecho privado puede considerarse instrumental en dichos términos, lo cual depende de si el Estado tiene en ella *participación y posición dominante*. Esto se determina elucidando tres elementos: a) la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación); b) la integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por estos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y c) la naturaleza de las funciones que desempeñan, alineada con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa)⁵⁰. Se trata de un “test de instrumentalidad”, cuya aplicación a una fundación o corporación puede acarrear como resultado que la sustancia pública de la entidad deba predominar por sobre su forma privada. Es lo que aconteció en los dos casos que se revisan a continuación.

2.2. Fundación Integra con CPLT

Un concejal de la comuna de Calera de Tango solicitó a la Fundación Integra información relativa a i) la dotación y remuneraciones de algunos cargos de su planta de personal, y ii) el detalle de los gastos efectuados a partir de dos

49 Amparos Roles A211-09, A242-09, A327-09, C115-11 y Reclamo R23-09.

50 En específico, la decisión Rol A211-09.

donaciones recibidas por la entidad. Esta respondió que la LAIP es aplicable exclusivamente a los órganos de la Administración del Estado, según se definen en la LOCBGAE, y que, tratándose de una institución de derecho privado sin fines de lucro, la LAIP no la vincula. El requirente interpuso un amparo al derecho de acceso a la información pública ante el CPLT. Allí, evacuando sus descargos, la fundación señaló, en lo fundamental, que la LAIP solo es aplicable a órganos e instituciones del sector público y también en forma restringida a empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. La historia fidedigna de la LAIP nada dice respecto a entidades no mencionadas expresamente, de manera que las corporaciones y fundaciones de derecho privado no están obligadas a sus disposiciones.

2.2.1. La decisión del Amparo Rol C469-II

El CPLT acogió totalmente el amparo, utilizando el razonamiento aplicado previamente a las corporaciones municipales, evaluando si se cumplían en la especie los requisitos del test de instrumentalidad para determinar la participación y posición estatal dominante:

- i) En cuanto a la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, sus fundadoras son cinco personas naturales y aunque en principio no se divisa que concurren órganos públicos en su creación, el propósito fue constituir un órgano de colaboración con el gobierno en el área social⁵¹.
- ii) Respecto a la integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades y funcionarios públicos, a juicio del CPLT solo dos de los integrantes del consejo directivo provienen del mundo privado, y quien preside la fundación depende de una decisión del presidente de la República. De ahí que exista un control mayoritariamente público de los órganos de decisión y administración.

51 Lo cual se deduciría de haberse presidido su sesión constitutiva por la primera dama en el Edificio Diego Portales, entonces sede del gobierno, lugar en el que además se domiciliaban la presidenta y secretaria de la entidad, así como la abogada que redujo la escritura de constitución. Entre las fundadoras, se encuentran la primera dama, la cónyuge del entonces ministro del Interior y la de otro integrante del Ejército, quien había sido intendente de Antofagasta y luego lo sería de la Región Metropolitana. Además, la estructura del pacto constitutivo tiene relación con el régimen de gobierno interior del Estado y sus autoridades, lo que asimila los estatutos de la fundación con la ley orgánica de un servicio. Las reformas estatutarias se han llevado a cabo en el Palacio de La Moneda y el presidente de la República define quién dirige la entidad. Por esto, concluye el CPLT que la creación de la entidad se realizó a instancias del poder público, existiendo una decisión pública de creación.

iii) En lo referente a la naturaleza administrativa de las funciones desempeñadas, el CPLT afirma que su financiamiento es básicamente público y que sus objetivos estratégicos concuerdan con los del Ministerio de Educación, cuyo presupuesto de 2011 contempla una asignación para Integra por \$104.047.959.000. Por ello, la tarea de la fundación es de carácter administrativo.

2.2.2. La Corte de Apelaciones (Rol 6569-2011)

En contra de la decisión del CPLT, la Fundación Integra presentó un reclamo de ilegalidad afirmando que la incorporación de una entidad a la Administración del Estado requiere una ley expresa según los artículos 7°, 24, 63 numeral 10° y 65 inciso 4° número 2° de la Constitución. Que el consejo nacional de la fundación esté integrado por funcionarios públicos no permite concluir que sea una institución estatal; se trataría más bien, sino sólo de un ente privado que lleva a cabo labores de interés general.

Informando el reclamo, el Director General del CPLT sostuvo que el artículo 2° de la LAIP menciona entre los obligados a los “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, categoría en la que se encuentra la Fundación Integra al ayudar en el cumplimiento de una función pública, conforme a las circunstancias de su creación, objeto perseguido, financiamiento y estructura directiva. Explica a la Corte que la actuación pública por estructuras privadas menos rígidas se denomina “huida del derecho administrativo” y que si los entes privados tienen carácter instrumental, pueden sujetarse a principios del derecho público.

Rechazando el recurso, sostuvo la Corte que:

- i) Se encuentra reconocido en autos que la Fundación Integra es una corporación de derecho privado instrumental (considerando 5)⁵².
- ii) Por tanto, debe ser considerada dentro de los organismos a que se refieren los artículos 1° y 2° de la Ley 20.285, y en consecuencia está obligada a dar cumplimiento a las normas contenidas en la Ley de Transparencia.⁵³

52 Pues fue creada por el ente público en 1979 para coadyuvar en el cumplimiento de una función pública; se rige por las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, sus propios estatutos y, en cuanto a las relaciones laborales, por el Código del Trabajo. Su objeto es contribuir a la superación de las desigualdades mediante un proyecto nacional dirigido a niños de escasos recursos; está dirigida en su mayoría por autoridades o funcionarios públicos, o personas nombradas por estos, financiándose en un 95% por la Ley de Presupuestos. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6.569-2011, sentencia de fecha 1 de abril de 2013, considerando 5.

53 Íd.

iii) En específico, “la norma aplicable es la del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que dispone (...) entre otros organismos a las Municipalidades y a los órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, entre los cuales como ya se ha indicado se encuentra Fundación Integra atendido al objeto para el cual fue creado.”⁵⁴

2.2.2.1. Voto disidente

Según el disidente, la LAIP es aplicable a los órganos de la Administración del Estado, entendiendo por tales los señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la LOCBGAE⁵⁵. En virtud del principio de legalidad, los particulares no pueden crear órganos o servicios públicos, potestad exclusiva del legislador. Las disposiciones del Título XXXIII del Código Civil no son aplicables a las personas jurídicas de derecho público, como la Nación, el Fisco o las iglesias, y el juzgador no puede desentenderse de estos preceptos legales. Finalmente, afirma que la situación de las corporaciones municipales “(...) no es homologable a la de Fundación Integra, toda vez que aquéllas (sic) han sido reguladas de manera especial en el párrafo 1° del Título VI de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, circunstancia que basta para aplicarles (...) el estatuto jurídico de derecho público en lo que concierne a los principios de probidad y publicidad”⁵⁶.

2.3. Fundación de la Familia con CPLT

Un particular solicitó a la Fundación de la Familia la siguiente información relativa al programa “Elige Vivir Sano”: copia digital de las fuentes de ingreso asociadas al programa; indicación de los aportantes; si se emiten certificados que permitan acceder a beneficios tributarios e información detallada de todos los gastos asociados al programa. La fundación intenta reunirse con el peticionario, señalando eso sí que, en tanto se rige por las normas del Código Civil, no está sujeta a las normas de la LAIP, pues no se la menciona expre-

⁵⁴ *Ibíd.*, considerando 6.

⁵⁵ Según esa disposición: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6.569-2011, op. cit., numeral sexto del voto disidente.

samente en sus artículos 1° y 2°. El solicitante dedujo un amparo al derecho a la información. La Fundación de la Familia solicitó su rechazo, argumentando, en cuanto al fondo, que las categorías de órganos mencionados en la LAIP no coinciden con su estructura normativa o funcional y que cualquier incorporación al ámbito de aplicación debe estar expresamente establecida en la ley. El test de instrumentalidad y las buenas razones son insuficientes sin una norma que señale que las fundaciones están obligadas por la LAIP. Además, la realización de una función de beneficencia no equivale a efectuar una función pública administrativa. Indica que las transferencias que recibe son subvenciones para ejecutar sus fines propios, no para implementar una política pública, y que la mayor cantidad de fondos que recibe proviene de particulares.

2.3.1. La decisión del amparo Rol C1529-11

El CPLT acoge el amparo, evaluando previamente si la LAIP es aplicable a la Fundación de la Familia. Tiene presente para ello su jurisprudencia sobre corporaciones municipales y el caso de la Fundación Integra, procediendo a verificar los requisitos del test de instrumentalidad, que permitiría acreditar la participación y/o posición dominante de la Administración sobre la entidad. Señala:

- i) Respecto a la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, sostiene el CPLT que no los hay. No obstante, la cónyuge del Presidente de la República en ese entonces –mayo de 1990– es su fundadora. La intervención de esta, y de la cónyuge de un posterior presidente en la modificación de los estatutos, equivale, a juicio del CPLT, a la intervención de un órgano público⁵⁷.
- ii) En cuanto a la integración de los órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por estos, el Directorio está compuesto casi exclusivamente de esa manera. Además, al presidir la fundación una persona que directa o

⁵⁷ Esta conclusión se refuerza porque a) en los estatutos se establece que la presidente de la fundación será la cónyuge del Presidente de la República o la persona que este designe; b) el link de la página web de la Presidencia de la República en que se encuentran los estatutos y sus modificaciones, hace referencia a las entidades en que aquella tiene participación, representación e intervención; c) las actas de las sesiones de directorio se llevaron a cabo en el Palacio de la Moneda, edificio público, lo cual es indicio evidente del carácter público de la entidad; d) el sitio web de la fundación señala que pertenece al Gabinete de la Primera Dama; e) el CPLT ya aceptó que la Fundación Integra está obligada por la LAIP.

indirectamente es designada por el Presidente de la República, también son designados por este los directores que a su vez designa el presidente de la fundación. El director ejecutivo de la entidad es designado por el directorio; por lo tanto, su designación depende de los servidores públicos que lo integran.

iii) En lo que se refiere a la naturaleza de las funciones desempeñadas (función pública administrativa), dentro de los objetivos estatutarios está el fortalecimiento de las familias y desarrollar líneas de trabajo en el área de las políticas públicas.

2.3.2. Corte de Apelaciones (Rol 4679-2012)

La decisión del CPLT fue reclamada de ilegalidad por la Fundación de la Familia, argumentando que el test de instrumentalidad es solo creación del propio CPLT y no se encuentra en ninguna norma legal, lo que contraviene expresamente el principio de juridicidad y la Ley 20.285. Sostiene que la Fundación de la Familia es un órgano intermedio, cuya autonomía está protegida por la Constitución, y afirma que el financiamiento público tampoco conduce a que deba considerarse como un órgano público, pues la ley de presupuestos establece que la transferencia se efectúa a un ente privado.

Informando el reclamo, el CPLT argumenta que otras Cortes de Apelaciones han resuelto que la LAIP es aplicable a entidades de derecho privado cuando se cumplen ciertos requisitos. La Fundación de la Familia es, para efectos del artículo 2° de la LAIP, un órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa, lo cual se funda en la participación y/o posición dominante de la Administración del Estado sobre la entidad⁵⁸.

La Corte, rechazando el reclamo de ilegalidad, tuvo por probada la participación de órganos públicos en su creación y administración, así como el financiamiento público. Por ello, decidió:

Que en relación con lo anterior se debe tener presente que, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 2° de la Ley 20.285 sobre Acceso a la información Pública (...), ella es aplicable, entre

⁵⁸ Además, la Ley de Presupuestos de 2012 contempló una transferencia para la entidad por \$1.707.982.000. Así, no es una institución de derecho privado cualquiera, sino una asociada al Gabinete de la Primera Dama, que coadyuva en el desarrollo de una función pública. Según el CPLT, la institución ha reconocido en su página web la vinculación con la Administración, habiendo además publicitado el programa “Elige Vivir Sano” como perteneciente al Gobierno de Chile.

otros, a los órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa.⁵⁹

Y afirmó:

Que en la especie la Fundación de la Familia, resulta ser una entidad destinada a contribuir en la concreción de las políticas sociales del gobierno, y la información requerida se enmarca dentro del contenido del artículo 7°) de la ley N° 20.285, sin que por otra parte se encuentre en alguna de las situaciones de excepción que consagra el artículo 21 del mismo texto legal.⁶⁰

3. La calidad de la argumentación para levantar el velo y la necesaria intervención de la Contraloría y el Poder Legislativo

3.1. Análisis de las sentencias de la Corte y las decisiones del CPLT

En los casos revisados, la Corte de Apelaciones confirió validez jurídica al aquí denominado test de instrumentalidad, cuyo objeto es determinar la posición y participación estatal dominante en una persona jurídica de derecho privado para considerarla un órgano de la Administración. Judicialmente, se admitió que el CPLT efectuara la operación interpretativa de vencer la forma jurídica de las entidades con su sustancia, determinada exclusivamente según los criterios que ese órgano administrativo pluripersonal fijó (conurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación; integración de funcionarios públicos en órganos de decisión, administración y control; y naturaleza administrativa de las funciones desempeñadas). Es un razonamiento en el que se otorga primacía a la realidad por sobre lo que el derecho común vigente dispone acerca de las fundaciones. El problema es que de la realidad que el CPLT hace ostensible nada se sigue acerca de la regulación aplicable. Para ello falta un paso: una explicación que señale cómo los hechos así detectados se subsumen en alguna norma de la LAIP que regule su ámbito de aplicación. Por el contrario, la argumentación del CPLT está basada en aspectos sustanciales que no tienen fundamento en ninguna norma positiva, situación que las entidades hicieron presente en sede administrativa, primero, y ante la

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4.679-2012, sentencia de fecha 9 de abril de 2013, considerando 10.

⁶⁰ *Ibíd.*, considerando 11.

Corte de Apelaciones, después, sin éxito.

Esta cuestión merece ser subrayada. Una revisión detenida de las decisiones del CPLT da cuenta de que no contienen referencia a alguna regla específica que se esté interpretando para incluir a las fundaciones. Solo al defenderse de los reclamos de ilegalidad, se vio forzado el CPLT a agregar que en verdad estaba interpretando el artículo 2° de la LAIP, puesto que las fundaciones eran “órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. La justificación *ex post* de sus decisiones fue, en rigor, un reconocimiento de que los acuerdos en que se resolvió que las entidades de la Presidencia quedaban afectas a la LAIP no se bastaron a sí mismos, es decir, no contenían la argumentación completa que los motivaba. La Corte de Apelaciones saneó el vicio y acabó el razonamiento que el CPLT dejó incompleto, declarando en los respectivos fallos que debía tenerse presente o que era aplicable en la especie el referido artículo 2° de la LAIP, efectuando una suerte de convalidación en sede judicial del acto administrativo, en circunstancias que su rol consistía en verificar la legalidad/ilegalidad del mismo. Este estándar de control jurídico solo obligaba a que la Corte proporcionara un juicio de conformidad al derecho⁶¹ respecto a las decisiones del CPLT y no que, en cambio, arreglara los defectos de un acto ilegal.

Una explicación para la omisión argumentativa del CPLT se encuentra en la poco prolija importación, para estos casos, del test de instrumentalidad originado en las decisiones relativas a fundaciones y corporaciones municipales, consideradas homólogas a las fundaciones de la Presidencia. Hubo falta de prolijidad porque, mientras en las primeras decisiones acerca de la aplicación de la LAIP a las corporaciones y fundaciones municipales se indicaba precisamente que ellas debían entenderse incorporadas a la categoría residual del inciso 1° del artículo 2° de la Ley 20.285⁶², cuando llegó el turno de las fundaciones de la Presidencia el razonamiento en torno al test de instrumentalidad se había autonomizado lo suficiente como para no tener que vincularlo con alguna norma de la LAIP. De modo que el CPLT solo acudió a su jurisprudencia como razón autoritativa para evaluar la posición y participación estatal dominante en las fundaciones, apartándose de la ley.

El CPLT tampoco se hizo cargo de explicar la analogía entre las fundaciones o corporaciones municipales y las fundaciones de la Presidencia, lo

61 Cordero, Luis, *El control de la Administración del Estado*, (Legal Publishing), 2009, p. 21.

62 Consejo para la Transparencia, Rol A211-09, decisión de fecha 31 de julio de 2009, considerando 17.

cual era necesario, pues, como se señaló, las corporaciones y fundaciones municipales son una excepción constitucional a la regla general de creación de órganos administrativos⁶³, de manera que sin dificultad son subsumibles bajo la categoría residual de aplicación de la LAIP (órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa)⁶⁴. Si uno o más municipios crean una fundación o corporación municipal están constitucionalmente autorizados para hacerlo. No ha sucedido, sin embargo, lo mismo con las fundaciones de la Presidencia, ya que en este ámbito la Administración actúa ilegalmente, es decir, sin autorización previa que la habilite para crear o participar en fundaciones, según lo exige el artículo 6° de la LOCBGAE. Como no se advirtió esta ilegalidad por el CPLT ni por la Corte, por rebote acabó validándose una situación inaceptable, a saber, que, a pesar de lo que la Constitución y la ley disponen, el Administrador puede, si así lo desea, crear y controlar personas jurídicas de derecho privado que ejecuten funciones susceptibles de ser denominadas públicas y que ellas deben ser consideradas dentro de la organización administrativa de acuerdo al artículo 2° de la LAIP. Irónicamente, el CPLT y la Corte, intentando detener la “huida”, acaban autorizándola.

Las sentencias de la Corte de Apelaciones que validan lo actuado por el CPLT tienen el efecto de confirmar el levantamiento del velo de la persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, para dejar al descubierto que, tras esa fachada, se encontraba la Administración del Estado; en este caso, la Presidencia de la República. El levantamiento del velo opera ante un abuso del derecho o fraude de ley que autoriza al juez para declarar aplicable una norma administrativa que pretendía eludirse (la LAIP, en este caso), tomando en cuenta que la entidad instrumental (la respectiva fundación) no es otra cosa que una prolongación de la Administración (la Presidencia de la República)⁶⁵.

63 O bien, como se dijo más arriba, son una anomalía preconstitucional permitida por el DFL 1-3.063 del 13 de junio de 1980, que produjo la municipalización en educación, salud y atención de menores.

64 Bajo esta comprensión, no era necesario elaborar para las corporaciones y fundaciones municipales el test de instrumentalidad, ya que bastaba con revisar su regulación. Es preocupante constatar que el CPLT elabora argumentos con escasa densidad jurídica cuando tiene a su disposición normas expresas que justificarían su actuar de manera directa.

65 González-Varas, Santiago, “Levantamiento del velo y derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, N°s 274-275, (Instituto Nacional de Administración Pública), 2001-2003, p. 376 y ss. Para Cea, levantar el velo es una fórmula que contribuye a rectificar los excesos administrativos, “(...) haciendo patente el disfraz que cubre a entes públicos con apariencia privada.” Véase Cea, José L., “Utilización por la Administración Pública del derecho privado”, en *Renovación del constitucionalismo en Chile*, (Abeledo Perrot), 2012, p. 794. Esta es una de las hipótesis de lo que la doctrina alemana ha denominado derecho privado administrativo, que consiste en la sujeción al derecho público de la actuación administrativa

Podría haberse construido una argumentación asociada al fraude de ley o abuso en este caso, puesto que, evadiendo el artículo 6° de la LOCBGAE, el Administrador controla y participa en esas entidades y torna inaplicable la regulación de derecho público. Con esta comprobación, podría haberse justificado el levantamiento del velo a las fundaciones, en lugar de acudir al test de instrumentalidad para forzar su incorporación dentro de la orgánica administrativa, como si ellas se ajustaran al derecho vigente. Puesto que el CPLT y la Corte no tenían claridad acerca de la maniobra excepcional que realizaban, no argumentaron este punto.

Las decisiones y sentencias han dejado un hecho relevante sin explicar, a saber, que el legislador no mencionó a las fundaciones en la letra de la LAIP. Se trata, pues, de un caso no decidido que el CPLT acaba por considerar incorporado a la Ley 20.285 sobre la exclusiva base del test de instrumentalidad, sin acudir a la racionalidad tras esa posible omisión legislativa y sin averiguar si se trató de un descuido que se habría subsanado de haberse tenido en consideración la existencia de las fundaciones. Revisar la posición del legislador sobre el punto es relevante en este caso, porque, cada año, como se señaló, la Fundación Integra y la Fundación de la Familia son contempladas en la Ley de Presupuestos para transferirles nominativamente recursos públicos, considerándolas pertenecientes al *sector privado*. Esto significa específicamente que no forman parte de la Administración. Era necesario un mejor control por parte de la Corte respecto a la calidad en el análisis efectuado por el CPLT, ya que sus decisiones parecen apuntar al diseño institucional, sustituyendo la racionalidad del legislador para subsanar su posible omisión. Los argumentos del órgano colegiado para sujetar las fundaciones a la LAIP no se fundan en lo que señala el derecho vigente acerca de ellas. En cambio, se basan en una concepción acerca de cómo ellas *deberían* estar reguladas. Correctamente, hay quien atribuye este defecto a la lógica unidireccional del CPLT, que solo vela por la transparencia como bien jurídico a proteger⁶⁶. La revisión judicial debió atender a esta falencia.

La Corte y el CPLT no se hicieron cargo de la relación que existe entre el artículo 1° inciso 2° de la LOCBGAE y el artículo 2° inciso 1° de la LAIP. La primera de ellas define qué órganos constituyen la Administración del Estado, incluyendo la categoría “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, expresión contenida también en la segunda dispo-

efectuada bajo formas del derecho privado. Sobre esto último, Maurer, op. cit., p. 92.

66 Letelier, Raúl, “Logros y frustraciones de la transparencia”, en Letelier y Rajevic, Enrique, *Transparencia en la Administración Pública*, (Abeledo Perrot), 2010, p. 88.

sición. La técnica de reproducir de manera casi cabal el ámbito de aplicación de la LOCBGAE en otras leyes administrativas, ha sido normalmente utilizada por el legislador. Se trata de una delimitación basada en los sujetos regulados, o sea, de una concepción orgánica de la Administración del Estado, con lo cual quedan excluidos de su cobertura los órganos que no formen parte de ella, aun cuando materialmente efectúen labores administrativas⁶⁷. Por ello es especialmente significativo el voto disidente en el reclamo de ilegalidad de la Fundación Integra, al advertir que la LAIP es aplicable a los órganos de la Administración del Estado, entendiendo por tales los señalados en el inciso 2° del artículo 1° de la LOCBGAE, sin que se incluyera ahí a las fundaciones.

3.2. La necesaria intervención de la Contraloría y el legislador

No obstante los cuestionamientos expuestos, dirigidos a la calidad de los argumentos de la Corte y el CPLT, por no haber sopesado las consecuencias normativas e institucionales que de ellos se seguían, la razón de fondo para regular las fundaciones de la Presidencia persiste: detener la “huida” o flexibilización ilegal del derecho administrativo a través de entidades instrumentales creadas por la Administración. En definitiva, las sentencias de la Corte y el test de instrumentalidad del CPLT han generado el efecto de reconducir a dos de las siete fundaciones de la Presidencia al derecho administrativo. Pero esta reconducción es solo parcial, pues, salvo por la LAIP, en el resto de sus actividades, las fundaciones se encuentran fuera del régimen jurídico administrativo general, contenido, entre otras normas, en la LOCBGAE, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA), y la LBCASPS y su reglamento. Para que estas reglas –o algunos aspectos de las mismas– rijan a las fundaciones se requiere la intervención del legislador con el objeto de regularizar –es decir, sincerar institucionalmente el problema de que la Administración no tenga autorización para constituir fundaciones o participar en ellas– o bien establecer una normativa general detallada respecto a dichas entidades, acaso incorporándola en la LOCBGAE. Como se

67 Ferrada, Juan Carlos, “El ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia: La exclusión parcial de órganos estatales y administrativos de la aplicación del régimen general”, en Letelier y Rajevic, op. cit., p. 349. Este criterio orgánico ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional en un caso relevante para el fenómeno expuesto en este texto. Al revisar la constitucionalidad de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, que otorgaba a CONAF potestades públicas en la materia, se declaró que esa corporación no formaba parte de la Administración, en los términos de lo dispuesto por el art. 1° de la LOCBGAE, sino que debía considerarse una entidad en la cual el Estado participa, conforme al art. 6° de la misma ley (Tribunal Constitucional, Rol 1.024-2008, sentencia de fecha 1 de julio de 2008, considerandos 12 y 13). Debo esta referencia al profesor Matías Guiloff.

ha señalado, la dictación de una ley viene exigida por el artículo 6° de ese cuerpo normativo:

El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración *solo en virtud de una ley* que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.

Únicamente por una norma con rango legal es posible participar o tener representación⁶⁸ en entidades como las fundaciones de la Presidencia que, de acuerdo a la regla transcrita, no formarían parte de la Administración⁶⁹. La finalidad para la incorporación de esta disposición en la LOCBGAE fue, precisamente, impedir la “huida” ilegal del derecho administrativo, como lo acredita el informe técnico del ministro del Interior en la época de su tramitación. Allí, explicando la estructura y contenido de las normas generales del proyecto (Título I), señaló:

Finaliza el título I con una disposición que exige ley, (sic) que lo autorice, para que el Estado pueda participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración, caso en el cual estas nunca podrán ejercer potestades públicas, exigencia que el artículo 7° hace extensible a los establecimientos de utilidad pública.

Las disposiciones descritas tienen por *finalidad impedir que, a futuro, se constituya lo que se ha dado en llamar la Administración invisible* del Estado lo cual siempre ha significado problemas en su manejo y control.⁷⁰

La Contraloría ha desarrollado una abundante jurisprudencia sobre la necesidad de habilitación legal previa para que los órganos de la Administración

68 Lo cual incluye “constituir” esas entidades, según la Contraloría en su dictamen 33.052 del 18 de junio de 2010.

69 En este sentido, ver el dictamen 47.934 del 24 de diciembre de 1998 de la Contraloría General de la República.

70 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 18.575, p. 10. Énfasis añadido. Comentando el art. 6° de la LOCBGAE, Pantoja sostuvo que esta norma tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad, que exige la abstención estatal frente al rol protagónico de los privados en estas materias. Ver Pantoja Bauzá, Rolando, Bases generales de la Administración del Estado, (Ediar-Conosur), 1987, p. 27 y ss.

puedan constituir, participar y tener representación en fundaciones y corporaciones de derecho privado⁷¹. Entre esos pronunciamientos debe destacarse el referido a la toma de razón de un convenio de transferencia de recursos suscrito entre el Comité Imagen País y la Fundación Imagen País⁷². Durante el control de juridicidad de ese acto, la Contraloría advirtió –como alcance– que, según sus estatutos, en la última entidad participaban como integrantes del directorio los ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Relaciones Exteriores, y el presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, o las personas que estos designaran. Revisando las leyes orgánicas respectivas, el Contralor constató que no existía una norma jurídica que autorizara la integración. Por lo tanto, de acuerdo al artículo 6° de la LOCBGAE, señaló que la participación de las autoridades señaladas, “(...) de manera alguna podrá ser interpretada como participación y/o representación de parte del Estado en dicha institución.”

Este pronunciamiento generó una consecuencia institucional importante, pues el legislador se vio obligado a intervenir, dictando una ley que facultara a los ministros y jefes de servicio para integrarse y participar de la fundación aludida, cumpliendo así lo regulado en el artículo 6° de la LOCBGAE. En efecto, la Ley 20.511⁷³ dispuso:

Artículo único. Facúltase a los Ministerios de Relaciones Exteriores, Hacienda, Economía, Fomento y Turismo, y al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes para integrarse y participar como miembros en la Fundación Imagen de Chile, cuya personalidad jurídica fue concedida por decreto exento N° 1.787, de 8 de mayo de 2009, del Ministerio

71 La Contraloría ha dictaminado que la Casa de Moneda no puede integrarse a la Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmeccánicas A.G. (dictamen 31.405 del 6 de julio de 2005); que los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Relaciones Exteriores, así como el Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes no pueden participar de la Fundación Imagen de Chile (dictamen 48.789 del 3 de septiembre de 2009); que los Ministros de Obras Públicas y Bienes Nacionales, y los Subsecretarios de Interior y Educación no tienen entre sus funciones participar de la Fundación Colecciones de la Memoria y de los Derechos Humanos (dictamen 12.410 del 8 de marzo de 2010); que el Ministro de Agricultura no puede formar parte de la Fundación Instituto de Fomento de la Calidad Alimentaria (dictamen 26.817 del 19 de mayo de 2010); que el Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes no puede participar en la Corporación Centro Cultural Gabriela Mistral (dictamen 73.305 de 7 de diciembre de 2010); que el embajador de Chile en España no puede participar en la Fundación Chile-España (dictamen 25.343 del 26 de abril de 2011); y que los funcionarios de Carabineros de Chile no pueden participar en el Club Aéreo del Personal de Carabineros de Chile (dictamen 44.593 del 24 de julio de 2012).

72 Dictamen 48.789, op. cit.

73 Publicada el 10 de mayo de 2011.

de Justicia. Del mismo modo, los ministerios enunciados y el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes estarán facultados para participar, en su caso, en la modificación, disolución y liquidación de dicha persona jurídica, en conformidad a sus estatutos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, los ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda, Economía, Fomento y Turismo, y el ministro presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, por sí o a través de sus representantes, podrán participar en los órganos de dirección y de administración establecidos en los estatutos de la Fundación Imagen de Chile y con las atribuciones en ellos señaladas, en cargos que no podrán ser remunerados.

La ley, además, debió utilizar una técnica de subsanación de las actuaciones ilegales que las autoridades habían realizado, con el objeto de salvar su responsabilidad administrativa, de manera que, con efecto retroactivo, las validó en una disposición transitoria:

Artículo transitorio. Declárase válida la integración de los ministros de Relaciones Exteriores, Economía, Fomento y Turismo, y el presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, a la fecha de publicación de la presente ley, en el directorio provisorio de la Fundación Imagen de Chile, cuya personalidad jurídica fue concedida por decreto exento N° 1.787, de 8 de mayo de 2009, del Ministerio de Justicia.

Dos son las conclusiones que pueden obtenerse de la emisión del dictamen 48.789-2009 y la posterior dictación de la Ley 20.511. La primera, que la Contraloría está en condiciones de forzar la intervención legislativa ante un caso de “huida” o flexibilización ilegal del derecho administrativo, oportunidad que cada año tiene al revisar los convenios de transferencia de recursos entre los respectivos órganos de la Administración y las fundaciones de la Presidencia de la República. En esa instancia, la Contraloría debe aplicar el mismo criterio contenido en el dictamen revisado, cuestionando como un alcance la falta de una ley que autorice la creación de las fundaciones, y la participación de autoridades, jefes de servicio y funcionarios públicos en esas entidades. Una deferencia excesiva o un reiterado descuido

explican que no se haya ejercido el control de juridicidad en estos términos. La segunda consecuencia es que la autorización para participar en fundaciones y la regularización de las actuaciones anteriores son técnicas que el legislador ya ha utilizado⁷⁴ y que podría aplicar a las fundaciones de la Presidencia. Con todo, la intervención legislativa no puede consistir únicamente en permitir la participación de las autoridades, sino que debe establecer, además, las reglas para el funcionamiento de las entidades, así como las normas y principios del derecho administrativo que estime aplicables, como acontece con las corporaciones municipales en la LOCM, fijándolo tal vez de manera general –es decir, para todos los futuros casos- en la LOCBGAE. Esto exige que el legislador pondere los costos y beneficios de la flexibilización de la organización y formas de actuación de la Administración, estableciendo criterios para que esta no utilice sus entidades instrumentales con fines distintos a la satisfacción de necesidades públicas.

74 La técnica autorizatoria fue utilizada, asimismo, en la Ley 19.186, publicada el 21 de diciembre de 1992, que permitió que el Estado participara en la creación de la Fundación Empresarial Comunidad Europea-Chile.

**SECCIÓN DERECHO
INTERNACIONAL**

**EL FALLO DE LA HAYA EN EL CASO PERÚ
CONTRA CHILE DESDE PERSPECTIVAS
NACIONALES DIFERENTES**

UNA BUENA NOTICIA PARA TODOS: PERÚ Y CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*Elizabeth Salmón*¹

Resumen

El presente artículo reflexiona sobre la importancia e impacto que tiene el fallo sobre la delimitación marítima entre Perú y Chile emitido por la Corte Internacional de Justicia. La relevancia de esta sentencia radica en que cierra definitivamente las controversias sobre límites entre ambos Estados y abre un camino de mayor cooperación mutua. Aunque existen aspectos discutibles a nivel de la argumentación jurídica, este caso ejemplifica la tendencia de los países latinoamericanos a recurrir al derecho internacional para solucionar sus controversias, lo que, bien aplicado, puede abrir una vía hacia la confraternidad no solo en lo fronterizo, sino en planos de distinta índole como la inversión económica.

Introducción

Desde los inicios de la historia republicana latinoamericana, la relación entre Perú y Chile ha pasado por diversos momentos que han oscilado entre tensión y cooperación. En este contexto, los aspectos más discutidos en los últimos dos siglos han sido los concernientes a la delimitación terrestre y marítima. La primera obtuvo su fin con el Tratado de Lima de 1929 y la consiguiente distribución de Tacna y Arica². Respecto de la segunda, contrariamente a la tesis sostenida por Chile, el Estado peruano ha indicado, en diversos momentos de su historia diplomática, que no existían fronteras marítimas delimitadas.

¹ Doctora en Derecho Público por la Universidad de Sevilla (España). Profesora Principal de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora de la Maestría en Derechos Humanos y del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la misma universidad (IDEHPUCP).

² Artículo segundo del Tratado de Lima de 1929.

Uno de los puntos más álgidos de tensión se produjo a raíz de la demanda peruana del 16 de enero de 2008 ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la Corte o CIJ). La sentencia de la Corte del 27 de enero de 2014 dio fin al problema de delimitación marítima entre Perú y Chile³. En este sentido, el fallo de la CIJ constituye un hito histórico que permite vislumbrar el futuro de nuestros Estados desde una óptica renovada, con la esperanza de que, a mediano y largo plazo, la cooperación entre los gobiernos y las poblaciones vecinas se incremente. A su vez, se trata de una nueva muestra de una clara opción por la paz en nuestra región, donde se han dado varios casos de solución pacífica de controversias internacionales.

La delimitación de fronteras tiene efectos externos e internos⁴. Los primeros se refieren al trazado que fija el ámbito espacial de la soberanía territorial de un Estado. La claridad de las fronteras disminuye la posibilidad de conflictos vecinales vinculados con la conservación de la integridad territorial. En este sentido, si en estos últimos años el intercambio peruano chileno en lo económico se ha fortalecido, con la delimitación se espera que el vínculo vecinal se extienda y revitalice en los más diversos ámbitos. Por su parte, los efectos *ad intra* o internos conllevan a que se fortalezca la cohesión nacional de cada Estado, dado que se reivindica la noción de identidad común de una población en base a un territorio claramente determinado.

En este contexto, el propósito del presente artículo es reflexionar sobre el significado e impacto que tiene el fallo de la CIJ en el caso de delimitación marítima entre Perú y Chile. En primer lugar, se hará una presentación preliminar del panorama latinoamericano, zona que se ha caracterizado por tener varios problemas de delimitación fronteriza y en la que los Estados han acudido a instancias internacionales para solucionar sus controversias y, por ello, al derecho internacional. Luego, se analizarán los aspectos más importantes y discutidos del fallo sobre el caso *Perú contra Chile*, como son el acuerdo tácito para la delimitación de las primeras 80 millas, la aplicación del principio de equidistancia, la implementación y ejecución del fallo, y las consecuencias de este en la delimitación de la frontera terrestre. Por último, se tratará de avizorar el impacto del fallo en las relaciones entre Perú y Chile y cómo constituye un paso hacia la paz positiva en la región.

3 CIJ, Diferendo marítimo Perú contra Chile, sentencia del 27 de enero de 2014.

4 Moraczewska, Anna, "The Changing Interpretation of Border Functions in International Relations", en Revista Română de Geografie Politică, Año XII, N° 2, nov. 2010, p. 330.

1. Latinoamérica y el derecho internacional del mar

El mar como objeto de estudio ha sido motivo de arduas discusiones desde los inicios mismos del derecho internacional⁵. Una de las obras cumbres de Hugo Grocio, *Mare Liberum* (1604), refleja, por ejemplo, la conciencia sobre la importancia e impacto del derecho del mar no solo para Europa, sino también para otras latitudes⁶. Luego de un largo proceso de evolución, el derecho del mar se consolidó con la entrada en vigor de la Convención sobre el Derecho del Mar de Naciones Unidas de 1982 (en adelante, Convemar o Convención de Montego Bay). A partir de este tratado, la CIJ ha dirimido con frecuencia controversias entre Estados relativas a espacios marítimos⁷. Se trata de fallos fundados en derecho cuyas implicancias son relevantes para las relaciones internacionales contemporáneas.

En Latinoamérica, el derecho del mar ostenta una relevancia particular. En efecto, la geografía de esta región se inscribe en un contexto histórico de descolonización (Chile y Perú se independizaron de la Corona de España en 1810 y 1821, respectivamente). Pese a que los Estados latinoamericanos consiguieron la independencia a comienzos del siglo XIX, no se contó, en todos los casos, con una clara definición de límites terrestres y marítimos hasta entrado el siglo XX, e incluso hasta comienzos del XXI⁸. Frente a estos

5 Bákula, Juan Miguel, *La imaginación creadora y el nuevo régimen jurídico del mar. Perú y Chile: ¿El desacuerdo es posible?*, (Universidad del Pacífico), 2008.

6 Anand, Ram Prakash, *Origin and Development of the Law of the Sea*, Publications on Ocean Development, Vol. 7, (Martinus Nijhoff Publishers), 1983, pp. 2-3.

7 Jiuyong, Shi, "Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice (The Wang Tieya Lecture in Public International Law)", en *Chinese Journal of International Law*, (Oxford Journals), 2010, p. 274. La Convemar entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Hasta esa fecha, la CIJ había emitido tres sentencias sobre delimitación marítima, habiendo sido solo una de ellas anterior a la firma de la Convemar. En ese contexto se encuentran los casos de Plataforma Continental del Norte entre Alemania y Países Bajos / Alemania y Dinamarca, sentencia del 20 de febrero de 1969; caso sobre la Disputa fronteriza terrestre, insular y marítima entre El Salvador y Honduras, sentencia del 11 de septiembre de 1992; y caso de Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen, entre Dinamarca y Noruega, sentencia del 14 de junio de 1993. Luego de la fecha de entrada en vigor de la Convemar, existen cinco sentencias de la Corte sobre delimitación marítima: a) Cuestiones de Delimitación marítima y territorial entre Qatar y Bahrein con sentencia del 16 de marzo de 2001; b) Límite Territorial y Marítimo entre Camerún y Nigeria con sentencia del 10 de octubre de 2002; c) Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe con sentencias del 8 de octubre de 2007 y del 13 de diciembre de 2007; d) Delimitación marítima en el Mar Negro, entre Rumania y Ucrania, con sentencia del 3 de febrero de 2009; e) y el caso entre Perú y Chile, que se analiza en el presente artículo.

8 Ello se ve ilustrado, en el caso peruano, no solo por la controversia en materia de límites marítimos con Chile, sino también respecto de los límites terrestres logrados recién en 1942 entre Perú y Ecuador con el Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro. Respecto a la delimitación entre estos últimos dos países, destaca el intercambio de notas de mayo de 2011. Puede tomarse también en cuenta

problemas, los países latinoamericanos se han acercado a los mecanismos judiciales internacionales, siendo varios los casos que demuestran el alto nivel de confianza que los Estados tienen depositada en la CIJ para resolver sus controversias⁹. Países como Honduras, Nicaragua y Colombia dan muestras de ello. El hecho que Perú y Bolivia, respectivamente, hayan llevado sus casos contra Chile a la Corte confirma la tendencia regional hacia la opción por los mecanismos de solución pacífica de controversias que ofrece el derecho internacional.

Ello se refleja también en la existencia del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)¹⁰ –instrumento que fue ratificado por Perú el 28 de febrero de 1967 y por Chile el 21 de agosto del mismo año–, que en su artículo XXXI concede la jurisdicción a la CIJ para examinar problemas relativos al derecho internacional¹¹. Y es que, como sostiene Cançado Trindade, “el célebre Pacto de Bogotá (...) no deja de ser un aporte a la (...) formulación y sistematización de los métodos de solución pacífica de controversias internacionales”¹².

En este contexto, resulta una excepción el comportamiento de Colombia de impedir a Nicaragua acceder al Caribe luego del fallo de la Corte en el caso de delimitación terrestre y marítima entre ambos países de 2012¹³. Debe in-

la delimitación territorial entre Perú y Colombia con el Tratado Salomón Lozano de 1922. Otro caso importante sobre este punto es el de CIJ, Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras en el mar del Caribe, sentencia del 8 de octubre de 2007, párr. 146 y ss. En esta controversia, Nicaragua y Honduras, por ejemplo, no están de acuerdo respecto de los efectos del principio *uti possidetis iuris* sobre la soberanía de las islas en disputa.

9 Cabe mencionar los siguientes casos: *id.*; CIJ, Diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos, Costa Rica contra Nicaragua, sentencia del 13 de julio de 2009; CIJ, Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay), sentencia del 20 de abril de 2010. Entre los casos que aún están pendientes de resolución se encuentran aquel entre Bolivia y Chile sobre la obligación de negociar la salida al mar y la cuestión de delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas entre Nicaragua y Colombia, entre otros.

10 Este tratado fue suscrito el 30 de abril de 1948 y entró en vigor el 6 de mayo de 1949. Catorce Estados a la fecha son partes del Pacto de Bogotá.

11 Ese artículo declara: “De conformidad con el inciso 2° del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

12 Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, en *Por todos Cançado Trindade, Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, (Corte IDH), 2003, p. 49.

13 CIJ, Diferendo territorial y marítimo, Nicaragua contra Colombia, sentencia del 19 de noviembre de 2012.

dicarse que la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado la postura del gobierno de Santos al no reconocer la obligatoriedad del fallo de la CIJ en ese caso¹⁴. En efecto, el tribunal constitucional ha indicado lo siguiente:

[L]as decisiones de la Corte Internacional de Justicia adoptadas a propósito de controversias limítrofes, deben ser incorporadas al derecho interno mediante un tratado debidamente aprobado y ratificado, en los términos del artículo 101 de la Constitución Política¹⁵.

Se ha decidido anteponer el derecho interno frente al derecho internacional. La reacción de Nicaragua ha sido la de acudir nuevamente a la CIJ para que este tribunal resuelva el incumplimiento del fallo. Considero que, en la medida que Nicaragua optó por acudir a la Corte en este caso y en otros que siguen pendientes, la tendencia de los Estados latinoamericanos a apostar mayoritariamente por los mecanismos de solución pacífica de controversias se ve reforzada antes que aminorada.

Además, el nivel de incumplimiento de un fallo de la Corte es estadísticamente muy bajo. Y es que resulta un sinsentido acudir a una instancia internacional sin tener la finalidad *ex ante* de cumplir con el resultado de su fallo, el cual es de obligatorio cumplimiento para las partes en virtud del artículo 94 de la Carta de la ONU. Solo en casos excepcionales ha ocurrido la inobservancia, como, por ejemplo, en el asunto del *Canal de Corfú*, donde Albania rechazó cumplir con la sentencia debido al monto de indemnización fijado que debía pagar al Reino Unido por la destrucción de sus navíos Saumarez y Volage, así como por los muertos y heridos de ambas embarcaciones, en aguas albanesas¹⁶.

En relación a los problemas interestatales, debe respetarse la libre elección de mecanismos de solución; es decir, si bien existe la obligación del arreglo pacífico de controversias internacionales, el recurso a un mecanismo u otro dependerá de la voluntad de los Estados¹⁷. El abanico de mecanismos para el

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-269/14 del 2 de mayo de 2014. Ver también Latercera.com, Corte Constitucional colombiana ratifica que límites no pueden ser modificados por La Haya, 2 de mayo de 2014.

15 Corte Constitucional de Colombia, op. cit., párr. 1° de la decisión.

16 CIJ, Canal de Corfú, sentencia del 15 de diciembre de 1949, pp. 248-250; Llamzon, Aloysius, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", en *European Journal of International Law*, Vol. 18, N°5, 2008, p. 847.

17 Desde 1923, en el caso Carelia Oriental, sentencia del 23 de julio de 1923, p. 27, la Corte Permanente

arreglo de controversias es amplio, pudiendo clasificarse en procedimientos de solución jurisdiccional y procedimientos de solución no jurisdiccional. A los del primer tipo pertenecen el arbitraje y el arreglo judicial; a los del segundo, la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación y la conciliación. La práctica internacional se inclina por el empleo de medios no jurisdiccionales, especialmente, la negociación diplomática¹⁸. Debe destacarse que este mecanismo también fue un paso previo en la controversia entre Perú y Chile. Como se sabe, Chile se había mantenido firme en la postura de que las fronteras marítimas estaban establecidas entre ambos países. Debido a lo infructuoso de las negociaciones, se optó por la vía otorgada por el Pacto de Bogotá, que establece en su artículo XXXI que, de resultar improductivas aquellas, cabía la opción de llevar la controversia a la Corte.

Adicionalmente, debe destacarse que ambos Estados evitaron la ruta de la improvisación al delegar el patrocinio del caso a connotados juristas internacionales y especialistas en derecho del mar¹⁹. A su vez, antes del contencioso con Chile, Perú había estado “ligado” a la CIJ, orgánicamente, en el plano de la conformación de jueces y, a nivel procesal, como parte. El primer aspecto se refiere a que el jurista José Luis Bustamante y Rivero, presidente de la República del Perú entre 1945 y 1948, fue miembro de la CIJ desde 1961 y presidente de ese tribunal de 1967 a 1970. Bajo su mandato, la Corte se pronunció acerca del asunto *Barcelona Traction*, uno de sus casos más conocidos y estudiados, cuyo influjo se expresa en el concepto de obligaciones *erga omnes*²⁰. Si bien el caso de delimitación marítima es el primero iniciado por Perú ante la CIJ, no es la primera vez que participa en una controversia ante este tribunal. En el caso *Haya De La Torre*, Colombia demandó al Perú para examinar el otorgamiento de asilo al antiguo político aprista. Al respecto, la Corte dictó dos sentencias, el 13 de diciembre de 1950 y el 13 de junio de 1951,

de Justicia Internacional ha sostenido esta afirmación. Se trata de una obligación de comportamiento y no de resultado.

18 Rodríguez Cuadros, Manuel, *Delimitación marítima con equidad: El caso de Perú y Chile*, (Peisa), 2007, p. 75; Por todos González Campos, Julio Diego, *Curso de derecho internacional público*, (Civitas), 2008, p. 959.

19 El equipo peruano estaba encabezado por los coagentes Rodman Bundy, Vaughan Lowe, Alain Pellet, Tullio Treves y Michael Wood. Por su parte, los coagentes del equipo chileno fueron Pierre Marie Dupuy, James R. Crawford, Jan Paulson, David A. Colson, Luigi Condorelli, Georgios Petrochilos, Samuel Wordsworth y Claudio Grossman. Ver CIJ, *Diferendo marítimo de Perú contra Chile*, op. cit., pp. 4-8.

20 CIJ, caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, sentencia del 5 de febrero de 1970, p. 32, párr. 33.

en las que desarrolló su jurisprudencia respecto al asilo diplomático²¹. Por su parte, Chile había participado en una controversia contra el Reino Unido por territorio en la Antártida²² y queda pendiente para la Corte resolver el caso incoado por Bolivia en su búsqueda de salida al mar²³.

En general, en nuestra región los Estados ven en el derecho internacional una vía de solución a sus problemas jurídicos interestatales. Hay una clara tendencia hacia la juridicidad y una apuesta por convivir pacíficamente y solucionar las controversias a través del derecho. Entre la ilegalidad del uso de la fuerza armada y el derecho internacional, los Estados latinoamericanos han optado por este último. Ello se explica también por la tradición de los juristas y diplomáticos de la región que han contribuido al estudio del derecho internacional²⁴.

Justamente, el caso *Perú contra Chile* constituye una oportunidad de análisis único porque hace patente que el derecho internacional forma parte activa de la escena latinoamericana. Además, la participación y desenvolvimiento de los Estados peruano y chileno en las instancias judiciales internacionales han sido ejemplares. No obstante, el contenido de la sentencia ha suscitado una serie de aspectos controversiales en el plano jurídico.

Cuadros: Casos de delimitación territorial resueltos por la CIJ en la que son partes Estados latinoamericanos

| Casos | Partes | Fechas de las sentencias |
|--|---|--------------------------|
| Diferendo fronterizo terrestre, insular y marítimo | El Salvador contra Honduras (Nicaragua - interviniente) | 13 de septiembre de 1990 |
| | | 11 de septiembre de 1992 |

21 CIJ, Derecho de Asilo, sentencia del 20 de noviembre de 1950; CIJ, Haya de la Torre, sentencia del 13 de junio de 1951.

22 Este caso ante la CIJ no dio lugar a una sentencia y fue removido el 16 de marzo de 1956.

23 La demanda boliviana relativa a la obligación de negociar la salida al mar fue interpuesta el 24 de abril de 2013.

24 Bedjaoui, Mohammed, "L'humanité en quête de paix et de développement. Cours général de droit international public", en Recueil des cours, tomo 324, (Martinus Nijhoff Publishers), 2006, p. 234.

| | | |
|----------------------------------|---------------------------|--|
| Diferendo territorial y marítimo | Nicaragua contra Colombia | 13 de diciembre de 2007 (Excepciones preliminares) |
| | | 4 de mayo de 2011 (petición de Costa Rica a fin de poder intervenir) |
| | | 4 de mayo de 2011 (petición de Honduras a fin de poder intervenir) |
| | | 19 de noviembre de 2012 |
| Diferendo marítimo | Perú contra Chile | 27 de enero de 2014 |

| Casos por resolver | Partes |
|--|-----------------------------|
| Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas de las costa nicaragüense | Nicaragua contra Colombia |
| Delimitación marítima en el mar del Caribe y del océano Pacífico | Costa Rica contra Nicaragua |

Fuente: Elaboración propia

A continuación se evaluarán tales aspectos y se esbozarán las proyecciones a futuro en la construcción de una cordialidad fronteriza entre ambos Estados y en la integración de la región, una vez logradas las certezas sobre sus fronteras. Ello porque la indefinición de estas puede ser un factor que aumente las resistencias hacia una mayor integración jurídica, social, económica y en otros ámbitos.

2. Aspectos discutidos del fallo

Una vez emitida la sentencia de la CIJ, las reacciones ante la argumentación vertida en el fallo fueron disímiles, con carácter crítico desde la parte chilena y manifestando un alto nivel de conformidad de la parte peruana.

Los principales puntos controversiales han sido: la posibilidad de un acuerdo tácito derivado del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954; la delimitación a partir del Hito N° 1 y el trazado del límite hasta la milla 80 del paralelo; la aplicación del principio de equidistancia, partiendo de un punto lejano a las líneas de base; los pasos que se requieren para la implementación del fallo; y si el fallo tiene efectos sobre la delimitación terrestre. A continuación se analizará en detalle cada uno de estos problemas (para facilitar la comprensión de lo que sigue se presenta un mapa que ilustra el fallo de la CIJ en la página 497).

2.1. La posibilidad de un “acuerdo tácito” en la fijación de fronteras marítimas

Uno de los aspectos que ha suscitado mayores resistencias es el acuerdo tácito de frontera marítima que se habría generado entre 1952 y 1954 y del cual daría cuenta el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 en su artículo 1²⁵. En los casos que han sido elevados a ella, la Corte ha considerado necesario determinar si existe un acuerdo de carácter formal o tácito que dé sustento a la existencia de un límite marítimo²⁶, de modo que admite la posibilidad de que un acuerdo tácito especifique fronteras. Se puede definir por acuerdo tácito o *de facto* aquel que se basa en el comportamiento de los Estados y que genera obligaciones y derechos internacionales entre las partes. Algunos autores lo identifican como implícito en la costumbre²⁷, pero la mayoría se inclina por su diferenciación²⁸. Sin embargo, es discutible si el acuerdo tácito constituye propiamente un tratado, puesto que se basa en acciones o comportamientos y no en declaraciones de voluntad. La Corte no especifica en su análisis este aspecto ni parece lograr diferenciarlo de la costumbre internacional.

En este contexto, la CIJ tuvo que resolver si la Declaración de Santiago de 1952 (“Declaración sobre Zona Marítima”) y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 son propiamente tratados de límites marítimos. La posición

25 CIJ, Diferendo marítimo Perú contra Chile, op. cit., párr. 90.

26 Jiuyong, op. cit., pp. 277-278.

27 Ver Por todos Rocha Ferreira, André, “Formation and Evidence of Customary International Law”, en UFRGS Model United Nations Journal, Vol. 1, 2013.

28 Waldock, Sir Claud, “General Course on Public International Law”, en Recueil des cours, tomo 106, 1962, p. 49. El autor indica: “The question to which I referred at the beginning of this lecture, whether customary law rests upon the concordant recognition by States of the practice as law or upon a definite, if tacit, agreement between them, is not a merely academic question. For it closely affects the ambit of the operation of customary law. The view of most international lawyers is that customary law is not a form of tacit treaty but an independent form of law (...)”.

peruana era que estos instrumentos son, el primero, un acuerdo pesquero que define ciertos límites provisionales y, el segundo, un tratado específico “de naturaleza técnica y de carácter geográfico limitado”²⁹. Por su parte, Chile señaló en su contramemoria que del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima se puede asumir la existencia de límites laterales entre Chile, Perú y Ecuador³⁰.

Con relación a lo primero, la Corte indicó que, en base a las declaraciones de 1947, no se establecía ninguna frontera marítima. Asimismo, determinó que la Declaración de Santiago de 1952 es un tratado³¹ y que, por ello, su interpretación podía hacerse a partir de las normas consuetudinarias expresadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³². En base al sentido ordinario del texto, la Corte dedujo que este último instrumento, si bien constituye un tratado, no lo es de límites marítimos y no recoge elementos para la delimitación de las zonas marítimas generales, sino que se concentra en los territorios insulares³³.

Sin embargo, de acuerdo al tribunal, del artículo 3 del Decreto Legislativo peruano de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952 se desprende que Perú y Chile concebían que el criterio de delimitación era a través del paralelo geográfico. Como ha indicado el juez *ad hoc* Guillaume en su declaración:

El límite no había sido, por otra parte, establecido o por las proclamaciones unilaterales de 1947, o por la Declaración de Santiago, o por otro texto de tratado. Esto podría, por tanto, solo derivar de un acuerdo tácito alcanzado entre las partes antes de 1954³⁴.

En relación al Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, la Corte indicó que este instrumento es decisivo para demostrar la existencia de una frontera marítima, no por el instrumento *per se*, sino en la medida que refleja un acuerdo tácito anterior. La CIJ sostiene al respecto:

29 CIJ, Diferendo marítimo Perú contra Chile, op. cit., párr. 89.

30 Contramemoria de Chile, Diferendo marítimo Perú contra Chile, p. 84, párr. 2.180.

31 *Ibíd.*, párr. 48. En este párrafo se señala que “(...) la Corte observa que no cabe duda que la Declaración de Santiago de 1952 es un tratado internacional”. (Traducción propia).

32 *Ibíd.*, párr. 57. La Corte ha sostenido que tales normas son aplicables a tratados anteriores a la entrada en vigor de la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Se trata de una aplicación del derecho consuetudinario.

33 *Ibíd.*, párr. 60.

34 Ver el párr. 8 de la Declaración del juez *ad hoc* Guillaume.

El Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no indica cuándo y por qué medios esa frontera fue acordada. El reconocimiento expreso de las partes sobre su existencia, solo puede reflejar un acuerdo tácito al que llegaron previamente³⁵.

El presidente Tomka lo dice con suma precisión en su declaración: “El Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no establece el límite marítimo pero reconoce su existencia”³⁶. En opinión de la Corte, para que haya un acuerdo tácito que delimite fronteras marítimas, deben existir elementos probatorios convincentes³⁷, en virtud de que el establecimiento de una frontera marítima es una cuestión de gran importancia para la soberanía de los Estados. En esa línea, el acuerdo citado, según la Corte, brinda el suficiente material probatorio –que será respaldado, posteriormente, por los arreglos de 1968 a 1969 sobre los faros en las respectivas costas de ambos países– para configurar una frontera marítima que sigue el paralelo más allá de las 12 millas³⁸. Adicionalmente, como las partes no distinguen entre las aguas suprayacentes y el fondo y subsuelo marino en los documentos discutidos –principalmente en el Decreto de 1947 y la Declaración de 1952–, la Corte asume que no es necesaria tal distinción³⁹. De este modo, la frontera tendría “vocación general”⁴⁰.

Una de las grandes incógnitas que plantea el razonamiento de la sentencia es cómo llegó la CIJ a determinar que el acuerdo tácito se extendía hasta la milla 80 y no hasta otra distancia. De los fundamentos se deduce que se basa en la costumbre de las partes (actividades pesqueras, entre otras). No obstante, en una materia tan importante como es la delimitación marítima, considero que se incurre en imprecisiones y en un empleo escaso de la práctica uniforme y constante para demostrar la existencia de una costumbre. En la jurisprudencia de este tribunal se emplean dos tipos de métodos para demostrar la existencia de una costumbre: inductivo y deductivo. El primero se centra en determinar la génesis de la cos-

35 CIJ, *Diferendo marítimo Perú contra Chile*, op. cit., párr. 91. (Traducción propia).

36 Ver el párr. 2 de la Declaración del juez Tomka.

37 CIJ, *Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras en el mar del Caribe*, op. cit., párr. 253.

38 CIJ, *Diferendo marítimo Perú contra Chile*, op. cit., párr. 99.

39 *Ibid.*, párr. 102.

40 *Íd.*

tumbre internacional, desde la práctica general y constante. El método deductivo, en cambio, parte de la existencia de una *opinio juris* que se confirma a partir del elemento material de la costumbre. En el presente caso, la Corte pretende demostrar que existe una costumbre a partir del comportamiento de las partes, por lo que emplea el método inductivo; sin embargo, se produce un salto lógico en el empleo de este método al carecer de un sólido fundamento⁴¹.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los Estados latinoamericanos normalmente han enfatizado la necesidad de tratados limítrofes de carácter expreso o de la aplicación del principio *uti possidetis*⁴², no de acuerdos tácitos. Los propios jueces de la Corte han cuestionado este punto. Por ejemplo, el juez Sepúlveda Amor ha señalado:

Aunque el derecho internacional no impone ninguna forma particular en los medios y formas por las cuales los Estados podrán expresar su acuerdo de delimitación marítima, tratándose de una cuestión tan importante como el establecimiento de una frontera marítima, se esperaría encontrar evidencia adicional en cuanto a las intenciones de las partes fuera de la referencia aislada y limitada contenida en el Acuerdo de 1954, sobre todo en momentos en que Perú y Chile se comprometieron de manera activa con los asuntos marítimos a nivel internacional⁴³.

En esta misma línea, la jueza Sebutinde, en su declaración adjunta a la sentencia, ha afirmado lo siguiente:

Si bien el Acuerdo de 1954 es un elemento importante a tener en cuenta para determinar si el Perú y Chile acordaron delimitar sus respectivas zonas marítimas, tomado por sí solo, ese Acuerdo no de-

41 Para mayores luces sobre el método inductivo, ver la sentencia de Plataforma Continental del Mar del Norte. Asimismo, Álvarez-Jiménez, Alberto, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, N° 3, julio 2011, pp. 681-712.

42 Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, "L'uti possidetis et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers", en *Recueil des Cours*, tomo 263, (Martinus Nijhoff Publishers), 1997, pp. 149-382. La esencia de este principio "[...] reside, sobre todo, en asegurar el respeto de los límites territoriales en el momento de la adhesión a la independencia. Esos límites territoriales podrían ser no más que delimitaciones entre divisiones administrativas o colonias, todas ellas sometidas al mismo soberano. En este caso, la aplicación del principio del *uti possidetis* comportaba la transformación de las fronteras administrativas en fronteras internacionales propiamente dichas". CIJ, Controversia fronteriza Burkina Faso contra República de Mali, sentencia del 22 de diciembre de 1986, párr. 54.

43 Ver párr. 10 de la Declaración del juez Sepúlveda Amor. (Traducción propia).

muestra suficientemente la existencia de un acuerdo, a todo propósito, de frontera marítima. La existencia o no de un límite acordado debe ser determinado a través de un examen a fondo de la práctica de las Partes en la controversia, de los cuales el Acuerdo de 1954 es solo un ejemplo⁴⁴.

En efecto, para que se configure un acuerdo tácito o *de facto* que delimite fronteras marítimas, deben existir elementos probatorios convincentes, dado que el establecimiento de una frontera es una cuestión de gran importancia para las relaciones interestatales. Ahora bien, que los Estados normalmente utilicen tratados expresos no descarta la existencia de otro tipo de acuerdos en el derecho internacional sobre esta misma materia. Sin embargo, como indicó la juez Donoghue, en el caso *Perú contra Chile* era necesario contar con mayores indicios que corroboraran la intencionalidad de las partes de contraer obligaciones a partir de un acuerdo tácito, dado que ambos no tenían en consideración tal posibilidad, como se deriva de los documentos presentados ante la CIJ⁴⁵. Supuesto diferente es el del *Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* del 8 de octubre de 2007, en que Honduras alegó este argumento⁴⁶.

Por otra parte, el estándar de prueba parece disminuir. En el caso *Nicaragua contra Honduras* no se admite el argumento de que el acuerdo tácito sigue el paralelo 15 presentado por este último. La Corte, para ello, indicó lo siguiente:

La Corte ha de determinar si existió un acuerdo tácito suficiente para establecer una frontera. La evidencia de un acuerdo tácito en derecho ha de ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es un problema de gran importancia y no debe presumirse un asunto fácilmente. Una línea *de facto* podría, en determinadas circunstancias, corresponder a la existencia de una frontera convenida jurídicamente o tener más bien el carácter de una línea provisional o de una línea para un propósito específico y limitado (...). Incluso si ha habido una línea provisional que se ha considerado útil durante un

44 Ver párr. 8 de la Declaración de la jueza Sebutinde. (Traducción propia).

45 Ver la Declaración del juez Donoghue.

46 CIJ, *Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe*, op. cit., párrs. 202 y 273.

cierto tiempo, esto es algo completamente distinto a la existencia de una frontera internacional⁴⁷.

En el caso de *Perú contra Chile*, bastó el Convenio de 1954 citado y que entre 1968 y 1969 se fijaran arreglos sobre los faros, para que se entendiera confirmada la existencia de límites preexistentes.

2.2. La aplicación del principio de equidistancia a partir de las 80 millas

La Corte enfrenta dos posibles escenarios cuando se trata de la delimitación de una frontera marítima o terrestre. En caso de que ya exista un tratado de límites, no podría establecer ningún límite marítimo, salvo que haya una discusión sobre la interpretación de los alcances del tratado. Por eso, antes de fijar los límites marítimos, la Corte debe investigar si existen tratados de límites o si de los tratados en vigor se puede interpretar que se configura un límite marítimo. En el presente caso, la Corte, bajo una interpretación basada en la existencia de un acuerdo tácito, consideró que era clara la presencia de un límite marítimo que “va más allá de las 12 millas”. La Corte indicó que tal límite comenzaba en el paralelo en el Hito N° 1⁴⁸. De no existir un tratado, probablemente se habría fijado con una línea bisectriz que partiría de un hito más cercano a la costa.

El método basado en el principio de equidistancia que emplea la Corte para trazar límites marítimos no es de nueva data⁴⁹. En casos anteriores, como el fallo de la *controversia territorial y marítima Nicaragua contra Colombia* del 19 de noviembre de 2012 y el fallo en el caso *Nicaragua contra Honduras* de 2008, la Corte estableció pasos para delimitar las fronteras marítimas. En primer lugar, fija una línea provisional de delimitación equidistante. En segundo lugar, evalúa si hay circunstancias especiales que impliquen una variación sobre esta construcción hipotética. En el caso *Perú contra Chile*, el demandante había sostenido que, en el caso en discusión, no hay circunstancias especiales a tomar en consideración, lo que fue acogido por el razonamiento del fallo⁵⁰. En un tercer momento del análisis, el tribunal realiza un test de proporcionalidad para comprobar si la proyección de la línea trazada genera desproporciones

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 253.

⁴⁸ CIJ, *Diferendo marítimo Perú contra Chile*, op. cit., párr. 91.

⁴⁹ Ver la Declaración del juez Orrego Acuña en su opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente, *ibíd.*, párr. 36.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 191.

respecto de las costas de las partes contendientes⁵¹. En realidad, como se observa, en cada uno de estos pasos, el principio de equidad está presente.

En este caso, se ha empleado el método de la equidistancia desde un punto lejano a la costa, la milla 80. No es una cuestión novedosa en el derecho internacional, como señala el fallo de la Corte⁵². Ello se deriva de la base consuetudinaria hasta la milla 80 afirmada por la Corte, siguiendo el paralelo que comienza en el Hito N° 1. Como la Corte no ha encontrado mayor evidencia de actividad pesquera por la cual se pueda sostener que se encuentran definidos los límites más allá de la milla 80 –y, tomando en consideración que, en el actual derecho del mar, la zona económica exclusiva se extiende hasta la milla 200–, decidió emplear el método de equidistancia a partir del punto en el cual, de acuerdo a su razonamiento, ya no había clara definición fronteriza. Los jueces Tomka y Skotnikov han cuestionado cómo es que la Corte deriva la extensión del límite marítimo fuera del contexto de los documentos de 1947 y 1952⁵³ y sin considerar la mención a las 200 millas que hace cada instrumento⁵⁴.

Por mi parte quisiera señalar, en primer lugar, que era deber de la Corte precisar los límites marítimos donde no los había. Si deduce una práctica que es capaz de sustentar el paralelo como límite hasta la milla 80, debía determinar cómo se dibujaba el resto de la frontera. En segundo lugar, la Corte, en este punto, no hace una interpretación arbitraria del derecho, sino que emplea un método propio de su línea jurisprudencial y que está basado en el principio de equidad. Su fundamento tiene una proyección hacia el futuro. Es decir, busca lograr el escenario más favorable para ambos Estados en sus relaciones futuras.

2.3. Costa seca y triángulo terrestre

Uno de los efectos principales del fallo de la CIJ es que con este se da fin a las controversias de delimitación fronteriza entre ambos Estados. No se quiere decir con ello que la sentencia tenga efectos sobre la delimitación de la frontera terrestre, porque la CIJ no podía pronunciarse respecto de esta, dado que carece de competencia por estar la controversia centrada en la delimitación

51 Jiu Yong, op. cit., p. 281 y ss.

52 Para ver la práctica anterior en este punto, CIJ, *Diferendo marítimo Perú contra Chile*, op. cit., párr. 183.

53 Ver párrs. 3 y 6 de la Declaración del juez Skotnikov. En el último párrafo sostiene que a comienzos de 1950 Perú realizaba actividad pesquera esporádica hasta la milla 100.

54 Ver párr. 6 de la Declaración del juez Tomka.

marítima. Pero ello no impide que la Corte mencione lo que se acordó –como efectivamente hizo– con el fin de evaluar la demanda peruana. En el caso, la discusión pendiente con Chile se refería a la frontera marítima y fue por ello que el Perú envió la demanda a la Corte. Lo que ha sucedido con la sentencia es que las fronteras marítima y terrestre no coinciden y se genera, de este modo, una costa seca. Puede definirse a esta como aquella costa que no engendra mar territorial. Tiene carácter excepcional y, generalmente, convencional⁵⁵.

Ciertamente, la costa seca no es un imposible jurídico. Existen supuestos en la misma región latinoamericana en que las fronteras marítimas naturales no coinciden con las terrestres. En este sentido, existía el ejemplo del canal Beagle, que, de acuerdo con la lectura chilena del artículo tercero del Tratado de Límites del 23 de julio de 1881 entre ambos países⁵⁶, generaba costa seca porque bañaba tierras argentinas pero las aguas pertenecían a Chile⁵⁷. Otro supuesto es el del río San Juan de Nicaragua que baña parte de la costa costarricense pero que es de soberanía nicaragüense⁵⁸.

El denominado “triángulo terrestre” entre Perú y Chile se genera porque la frontera terrestre no coincide con la marítima. Como ha indicado el juez Gaja en su declaración adjunta a la sentencia, esta situación no es inconcebible:

[L]a coincidencia entre el punto de partida de la frontera terrestre y el punto de partida de la frontera marítima evita crear una situación en la que, si bien por un tramo limitado de la costa, el mar territorial adyacente estaría bajo la soberanía de un Estado distinto de aquel al que pertenece la costa. Este tipo de situación no es inconcebible, pero rara vez se recurre en la práctica de los Estados⁵⁹.

No obstante, varias autoridades chilenas, entre ellos el entonces presidente Sebastián Piñera y el canciller, en los días inmediatamente posteriores a la

55 Nweihed, Kaldone G., *Frontera y límite en su marco mundial: Una aproximación a su “fronterología”*, (Ediciones de la Universidad Simón Bolívar), 1992, p. 48.

56 Difrol.cl, *Tratado de Límites de 1881*.

57 Barboza, Julio, “The Beagle Channel Dispute: Reflections of the Agent of Argentina”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13 (1), 2014, pp. 147-184.

58 Querol, María, *Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con los sistemas hídricos y cuerpos de agua fronterizos*, (CEPAL), 2003, pp. 48-52.

59 Ver párr. 4 de la Declaración del juez Gaja. (Traducción propia).

lectura de la sentencia, afirmaron que, dado que de esta se obtenía que la CIJ había fijado la frontera marítima en el Hito N° 1, la frontera terrestre también comenzaría en este punto⁶⁰. Este planteamiento no era nuevo. Ya en 2001 Chile había argüido esta postura, llegando a colocar una caseta de observación para carabineros en el “triángulo terrestre”, que fue retirada como resultado de varias notas diplomáticas de protesta del Estado peruano. En todo caso, según Chile, el Tratado de Lima de 1929 otorga competencia al presidente de Estados Unidos para un arbitraje en que se encargue de solucionar, a través de un laudo, la controversia.

La titularidad chilena sobre el triángulo terrestre no tiene sustento jurídico, dado que no surge del fallo de la CIJ ni tampoco del artículo 2 del Tratado de Lima de 1929⁶¹. Por el contrario, se puede afirmar que el límite terrestre es el Punto Concordia. La CIJ ha sido clara en mencionar esta hipótesis:

Las partes reconocen que la frontera terrestre que los separa fue establecida y delimitada hace más de ochenta años, de acuerdo con el artículo 2 del Tratado de Lima de 1929 (...), que establece que “la frontera entre los territorios del Perú y de Chile, partirá de un punto de la costa que se denominará “Concordia”, distante diez kilómetros al norte del puente del Río Lluta”. El artículo 3 del Tratado de Lima de 1929 estipula que la demarcación de la frontera sería confiada a una comisión mixta conformada por dos miembros, cada una de las partes designando a uno de ellos⁶².

Además, la misma Corte sostuvo que esta:

(...) no está llamada a tomar posición respecto a la ubicación del Punto de la Concordia, donde empieza la frontera terrestre entre ambas par-

60 El presidente Piñera declaró: “Ambos países siempre coincidieron que la frontera marítima comenzaba en el último punto de la frontera terrestre. Y en consecuencia la confirmación por parte de La Haya de que la frontera marítima comienza en el paralelo del Hito Uno ratifica el dominio sobre el triángulo terrestre respectivo”. Por su parte, el ministro Alfredo Moreno argumentó que “a nuestro juicio, en esta materia no hay elementos pendientes, simplemente nos parece que lo que ha dicho la Corte es una reafirmación de lo que Chile dijo: que el límite marítimo se inicia en el paralelo del hito 1 porque ahí es donde termina el límite terrestre”. Ver *Elcomercio.pe*, ¿Por qué Chile no puede condicionar ejecución del fallo?, 29 de enero de 2014; *latercera.com*, Las cinco principales dudas y discrepancias entre Perú y Chile tras el fallo de La Haya, 29 de enero de 2014.

61 El mismo juez ad hoc Guillaume, nombrado por Chile, sigue esta consideración. Ver el párr. 15 de su Declaración.

62 CIJ, Diferendo marítimo Perú contra Chile, op. cit., párr. 153. (Traducción propia).

tes. La Corte anota que es posible que el mencionado punto no coincida con el punto de inicio del límite marítimo, tal como está definido⁶³.

Se debe recalcar que el único problema fronterizo que había con Chile era el marítimo, ya que el límite terrestre había quedado saldado con el Tratado de Lima de 1929. Por esa razón, el Perú se mostró en desacuerdo respecto de acudir a un arbitraje bajo el auspicio de Estados Unidos, por considerar que el tema ya estaba zanjado desde antes. Como ha indicado el presidente Humala, el fallo “no prejuzga, ni afecta, la intangibilidad de la frontera terrestre establecida en el Tratado del 29 ni a los trabajos de la Comisión Mixta de Límites de 1929 y 1930, que fijan su inicio en el Punto Concordia”⁶⁴. En la práctica y para evitar tensiones entre ambos países, se ha optado porque esta zona esté deshabitada.

El pequeño triángulo terrestre, una zona desértica con costa seca, ocasiona una situación extraña desde el punto de vista de la salida al mar, por cuanto existe un límite terrestre establecido en el Punto Concordia y un límite marítimo a partir del Hito N° 1. El tratado de Lima de 1929 es claro en afirmar que existe un límite terrestre ya establecido, por lo que no sería posible identificar ambos puntos de inicio de fronteras.

Además, de las Actas de la Comisión mixta demarcadora peruano-chilena de 1930, se deriva que el punto de inicio de la frontera terrestre entre Perú y Chile no es el Hito N° 1, sino el Punto Concordia⁶⁵. Por tanto, no se requiere de negociación ni tampoco acudir a arbitraje ante Estados Unidos para definir la delimitación terrestre⁶⁶.

Por otra parte, no es cierto que, luego del fallo, el Perú carezca de todo acceso al mar en la zona de Tacna. Esta afirmación no es del todo precisa en tanto el límite entre el mar chileno y la zona costera de Tacna no es precisamente la orilla de esta, sino la intersección entre la línea de bajamar y el paralelo de latitud sur que atraviesa el Hito N° 1⁶⁷.

63 *Ibíd.*, párr. 175 (Traducción propia).

64 Fragmento del discurso del 27 de enero de 2014 que impartió el presidente Ollanta Humala luego del pronunciamiento del fallo. Para el discurso completo, ver *Diario16.pe*, Mensaje a la nación del presidente de la República por el fallo de La Haya, 27 de enero de 2014.

65 CIJ, Réplica peruana, Diferendo marítimo Perú contra Chile, 9 de noviembre de 2010, párr. 2.43.

66 Esta ha sido la posición de la delegación peruana. Ver las declaraciones del excanciller Eduardo Ferrero Costa en *Rpp.com.pe*, Perú no acepta eventual arbitraje de EE.UU. en delimitación con Chile, 4 de junio de 2013.

67 CIJ, Diferendo marítimo Perú contra Chile, op. cit., párr. 176. Abugattas, Gattas, “Lo decidido y lo pen-

2.4. Implementación del fallo

Debe destacarse que tanto Perú como Chile han realizado esfuerzos encomiables por generar un ambiente propicio para el cumplimiento del fallo. La sociedad civil y diversos grupos de académicos e intelectuales han secundado la iniciativa, lo que ha promovido vínculos que ahora deben profundizarse.

Con relación a la implementación, desde antes de la emisión del fallo, el equipo técnico del Perú ante la Corte indicó que la puesta en marcha del resultado debía ser inmediata. Y, en los días posteriores a la lectura de la sentencia, se ha insistido en que la implementación puede realizarse sin mayores complicaciones, a diferencia de lo que sucedió con la controversia de Nicaragua y Colombia, en la que también se resolvía sobre cuestiones limítrofes. Por su parte, un sector de las autoridades chilenas afirmó que el fallo requería una aplicación gradual y progresiva puesto que se hacían necesarias modificaciones legislativas en ambos Estados para materializarlo.

Ahora bien, es necesario diferenciar entre la obligatoriedad y la implementación del fallo. La primera surge como efecto jurídico directo del dictado de la sentencia de la CIJ y, al ser una obligación jurídica internacional, no puede sujetarse a ninguna condición. La implementación, por su parte, requiere de pasos adicionales acordados a partir de la III Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y las reuniones 2 + 2 entre la canciller peruana Eda Rivas y el canciller chileno Alfredo Moreno, conjuntamente con los ministros de Defensa peruano y chileno⁶⁸.

El cumplimiento de las normas internacionales requiere la puesta en práctica de medidas nacionales de diversa naturaleza destinadas a que aquellas tengan plena vigencia en el derecho interno. Se trata de medidas que permitan que el ordenamiento nacional resulte conforme con los compromisos internacionales asumidos por los Estados y con las obligaciones que emanan de una sentencia de un tribunal como la CIJ. En este sentido, el proceso de implementación deviene en elemento infaltable para la plena vigencia del derecho internacional.

La implementación es una herramienta necesaria para la vigencia de normas del derecho internacional en general. Esta consiste en el conjunto de ac-

diente en torno a la sentencia de la CIJ en el caso relativo al diferendo marítimo entre el Perú y Chile”, en *Panorama Mundial*, Boletín Electrónico del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 6, N° 30, 2014. Disponible en: http://idei.pucp.edu.pe/boletin/panorama_mundial/boletin_30/docs/2_gattas_abugattas.pdf.

68 Las reuniones del 2+2 se iniciaron en 2001 y se suspendieron a raíz de la presentación de la demanda por parte del Perú ante la CIJ.

tos realizados para que el Estado esté en condiciones de cumplir con la norma internacional a la que se hubiere obligado y, en consecuencia, es condición para su aplicación. A tal efecto, se debe tener en cuenta la naturaleza autoejecutiva o no autoejecutiva de las normas internacionales y, en el ámbito del derecho interno, aquellas normas predispuestas en abstracto para la recepción y jerarquía de las normas internacionales y, en su caso, aquellas que se adoptan en concreto para la efectiva aplicación de la norma internacional. En estos términos, se debe partir de la siguiente premisa: el derecho internacional no prescribe una técnica determinada de implementación de normas internacionales en los ordenamientos estatales, por lo que impera la libertad de medios.

Se ha afirmado por algunas voces aisladas desde Chile que, para que el Perú realice la implementación de este fallo, sería necesario un cambio constitucional. En este sentido, el agente chileno Van Klaveren ha sostenido que sería necesario reformar la Constitución peruana, toda vez que este documento consagra 200 millas de “dominio marítimo” del Perú (artículo 54). Esta figura colisionaría con los derechos de zona económica exclusiva que contempla la Convemar y que Chile debe ceder a Perú de acuerdo al fallo de La Haya. En una posición similar, el canciller chileno Alfredo Moreno ha afirmado que Chile aplicará y exigirá las libertades de navegación y aeronavegación en la zona económica exclusiva del Perú; para ello será necesario que el Perú adecúe su legislación al concepto de zona económica exclusiva, como lo ha exigido la Corte.

Sin embargo, es necesario precisar que todos los Estados del mundo se rigen, en materia marítima, por casi las mismas normas. Y es que varias de las disposiciones de la Convemar coinciden con el derecho consuetudinario⁶⁹. Por tanto, no sería necesario cambiar el término “dominio marítimo” de la constitución peruana como prerrequisito para implementar el fallo de la CIJ. En este sentido, el embajador Allan Wagner ha declarado en representación del Estado peruano ante la Corte que, cuando se emplea esa terminología, se hace referencia al mar territorial y a la zona económica exclusiva⁷⁰. En ese sentido, el término “dominio marítimo” no resulta incompatible con el derecho internacional.

69 Iglesias Berlanga, Marta y Gutiérrez Castillo, Víctor Luis, “Competencias del Estado sobre los espacios marinos, canales, ríos y lagos internacionales”, en Sánchez, Víctor (dir.), *Derecho internacional público*, (Huygens), 2012, p. 230.

70 *Elcomercio.pe*, ¿Por qué Chile no puede condicionar la ejecución del fallo?, op. cit. Allan Wagner sostuvo que “el término dominio marítimo usado en la Constitución peruana es aplicado de una manera consistente con las zonas marítimas propuestas en la convención de 1982. La Corte toma nota de esta declaración que expresa un compromiso formal por Perú”.

A su vez, la CIJ reconoció este aspecto, lo cual constituye un elemento a considerar a fines de la implementación de la sentencia. En consecuencia, la sentencia no tiene como condición la modificación de la Constitución peruana, así como tampoco es necesario que el Estado peruano sea parte de la Convención Montego Bay para que se produzcan los efectos jurídicos del fallo. En esta misma línea, Eduardo Ferrero Costa ha indicado que en las negociaciones de la Constitución de 1993, cuyo origen no es lejano en el tiempo a la Convemar de 1986, ya se tenía plena conciencia de que aquella se estaba aprobando sin perjuicio de esta⁷¹.

Asimismo, es pertinente indicar que las sentencias de límites marítimos se diferencian de aquellas que establecen límites terrestres en que las primeras son atributivas, es decir, generan soberanía y jurisdicción inmediata⁷². Por tanto, la sentencia ya se está ejecutando y la ejecución no es un acto inamistoso, sino que es necesario para reconocer tanto las coordenadas exactas de las líneas que surgen de la unión de los puntos A, B y C, por la importancia ictiológica e hidrobiológica de la zona. La fijación de coordenadas no es una condicionante para el fallo, sino una tarea que debía realizarse y ya se realizó.

2.5. Fijación de coordenadas en el caso

Sin suponer el desconocimiento del espacio marítimo que la CIJ ha otorgado a ambos Estados, las coordenadas proporcionan mediciones precisas en el mar. No obstante ello, el mapa que aparece en la sentencia (ver *supra*) establece un espacio utilizable en la zona respectiva de ambos Estados, sin emplear una coordenada precisa.

Perú y Chile tuvieron que hacer su propio levantamiento cartográfico a partir del establecimiento de las coordenadas e intercambiar información para hacer los ajustes pertinentes. Esta operación no hubiera podido implicar la formación de comisiones burocráticas que atentaran contra el principio de buena fe, extensible también al cumplimiento de un fallo de un tribunal internacional.

Las coordenadas a fijarse fueron las líneas que recorren los puntos A, B y C del mapa. Se trató de una operación de medición que implicó el trabajo conjunto de los gabinetes. El resultado se elevó a actas el 25 de marzo de 2014 en el

71 García Belaúnde, Domingo, Constitución y dominio marítimo, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, (Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional), 2001, pp. 32-38.

72 *Radioexitosa.pe*, Rodríguez Cuadros, "Tacna no perdió, es la que menos ha ganado" (Audio), 3 de febrero de 2014.

Palacio de Torre Tagle, en Lima. Para realizar la medición de las coordenadas, la Marina de Guerra del Perú efectuó el trabajo de cartografía a través de la “Guardiamarina San Martín” y otras naves –entre ellas, el buque de investigación científica B.A.P. “Melo”–, las cuales cumplieron con la función de control y vigilancia de las actividades en la nueva zona adquirida y en el denominado “triángulo exterior”⁷³, además de los estudios de reconocimiento geográfico y de los recursos ictiológicos e hidrobiológicos. Luego de ello, se realizó una exploración en el denominado “triángulo interno”, el área de mar de aproximadamente 38.000 km² comprendida entre el paralelo que sigue el Punto Concordia y la línea equidistante pretendida por el Perú, ambas hasta la milla 200⁷⁴. Por su parte, un equipo técnico de Chile también realizó la medición de las coordenadas, para luego intercambiarlas con sus pares peruanos. Se trató de una medición en conjunto y de acuerdo con las técnicas correspondientes. En este punto, ambos países han demostrado un gran respeto al acatamiento del fallo.

De todo lo indicado, se puede resumir la posición de las partes y de la Corte en el siguiente cuadro:

| | Declaración de Santiago (1952) | Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima (1954) | Delimitación |
|-------|---|---|---|
| Chile | Establece límite marítimo. | La existencia de una frontera establecida fue aceptada y asumida. | Paralelo. Hito N° 1 |
| Perú | No establece límite marítimo. | Objetivo del Convenio era “específico y limitado”. | Línea equidistante. Punto Concordia |
| CIJ | Acuerdo respecto de los límites de ciertas zonas marítimas insulares. No acuerdo de frontera marítima lateral. (Párr. 62). | Reconocimiento expreso de las partes sobre existencia de un límite marítimo solo puede reflejar un acuerdo tácito al que llegaron previamente. Acuerdo tácito. (Párr. 91). | Paralelo hasta las 80 millas y partir de ese punto, en dirección suroeste, trazo de una línea bisectriz equidistante a las líneas de base de ambos países hasta las 200 millas. |

Fuente: Elaboración propia

73 El cual había sido considerado como alta mar por Chile y que la Corte, sin hacer una alusión específica a este término, reconoce dentro de las 200 millas peruanas proyectadas desde las líneas de base.

74 Debe precisarse que el concepto ha sido muy empleado por los medios de prensa, pero no corresponde propiamente al derecho internacional y variaría en dimensiones a partir de la nueva frontera establecida.

3. Efectos de la sentencia y camino hacia la paz

El fallo de la Corte del 27 de enero de 2014 cierra un importante capítulo de nuestra historia conjunta y comienza otro que debe apuntar a la cooperación multidireccional. En este sentido, tiene una relevancia fundamental para la configuración del futuro de las relaciones internacionales entre Perú y Chile, no solo en términos de la determinación de las fronteras (que ya quedaron establecidas), sino también de una mejor convivencia entre las poblaciones de ambos Estados, especialmente aquellas ubicados en las zonas limítrofes y que experimentan el flujo migratorio. Debe tenerse en cuenta que la convivencia pacífica entre el Perú y Chile no es solamente deseo de los gobiernos actuales, sino que se presenta como una aspiración política de ambos Estados y de sus respectivas poblaciones.

La lectura de la sentencia revela que los criterios adoptados por la Corte son jurídicos y ostentan, en general, un alto nivel técnico en lo relativo al derecho del mar. Si bien varios aspectos pueden ser objeto de discusión, el resultado final del fallo ya está dado y es necesario que Perú y Chile actúen como han procedido frente a todo el proceso ante la CIJ, es decir, con respeto y transparencia.

Si bien el resultado final es muy favorable al Perú en términos geográficos –se le reconocen las áreas comprendidas por el triángulo externo y gran parte del triángulo interno–, ello no implica que la decisión no haya sido equitativa. La CIJ, a través de varios de sus fundamentos jurídicos, ha mantenido el *status quo* de la explotación de recursos marinos en Chile al afirmar que el límite parte del Hito N° 1 y se extiende por el paralelo hasta la milla 80. Además, al declarar el Perú que su normativa interna, partiendo del artículo 54 de su propia Carta constitucional, se acomoda a la Convemar, implica que Chile puede transitar a través de aguas peruanas. Así, de conformidad con este tratado y el derecho consuetudinario, Chile puede recorrer el mar territorial del Perú por medio del paso inocente o transitar por la zona económica exclusiva a través de la libre navegación. Además, la repartición de las zonas marinas otorga un espacio a Chile rico en anchoveta y una producción cuantiosa de harina de pescado, mientras que ofrece a Perú la oportunidad de desarrollar la pesca industrial⁷⁵. En este sentido, el fallo tiene consecuencias que constituyen una excelente oportunidad para lograr un fortalecimiento del desarrollo comercial y pesquero de y entre ambos países.

⁷⁵ Entre los tipos de pescado que se obtendrían de la pesca industrial están el jurel, la caballa, el perico, el pez espada, la pota, el bacalao de profundidad y la centolla.

En el escenario post La Haya, se requiere que ambas partes ejerzan sus derechos de soberanía sobre las correspondientes zonas que la CIJ ha repartido. Una vez trazadas las coordenadas de acuerdo al derecho internacional, se prepara una vía hacia la integración de países hermanos, especialmente en el marco de la Alianza del Pacífico⁷⁶.

Se trata, además, de una victoria del derecho frente a la violencia⁷⁷. En efecto, la obligación de acudir a los medios pacíficos de solución de controversias (artículo 2 párrafo 3 de la Carta de la ONU) surge como corolario de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza (artículo 2 párrafo 4 de la misma Carta). En ese sentido, generada una controversia, se activa la obligación internacional del arreglo pacífico tal y como ha sido plasmada en esa Carta⁷⁸, en otros instrumentos regionales⁷⁹ y en instrumentos de *soft law*⁸⁰. Se trata, por tanto, de una obligación *erga omnes* que aparece como corolario directo de la prohibición contenida en el artículo 2 párrafo 4.

En este ámbito, ambos Estados han mostrado su convicción por la solución de controversias a través del derecho internacional, convicción que se va haciendo cada vez más fuerte en Latinoamérica por su respeto de los tratados y las costumbres internacionales. Si bien existen tensiones iniciales que son propias de la pérdida o ganancia de territorio, lo cierto es que la vía hacia la amistad y la paz es cada vez más convincente.

En este sentido, considero que la controversia de delimitación marítima entre el Perú y Chile constituye una importante muestra de cómo Estados de la región acuden a las más altas instancias internacionales para solucionar sus problemas de fronteras. Ello constituye un ejemplo de que en Latinoamérica existe una tendencia general por la solución pacífica de controversias internacionales y por el cumplimiento de los dictámenes de la CIJ.

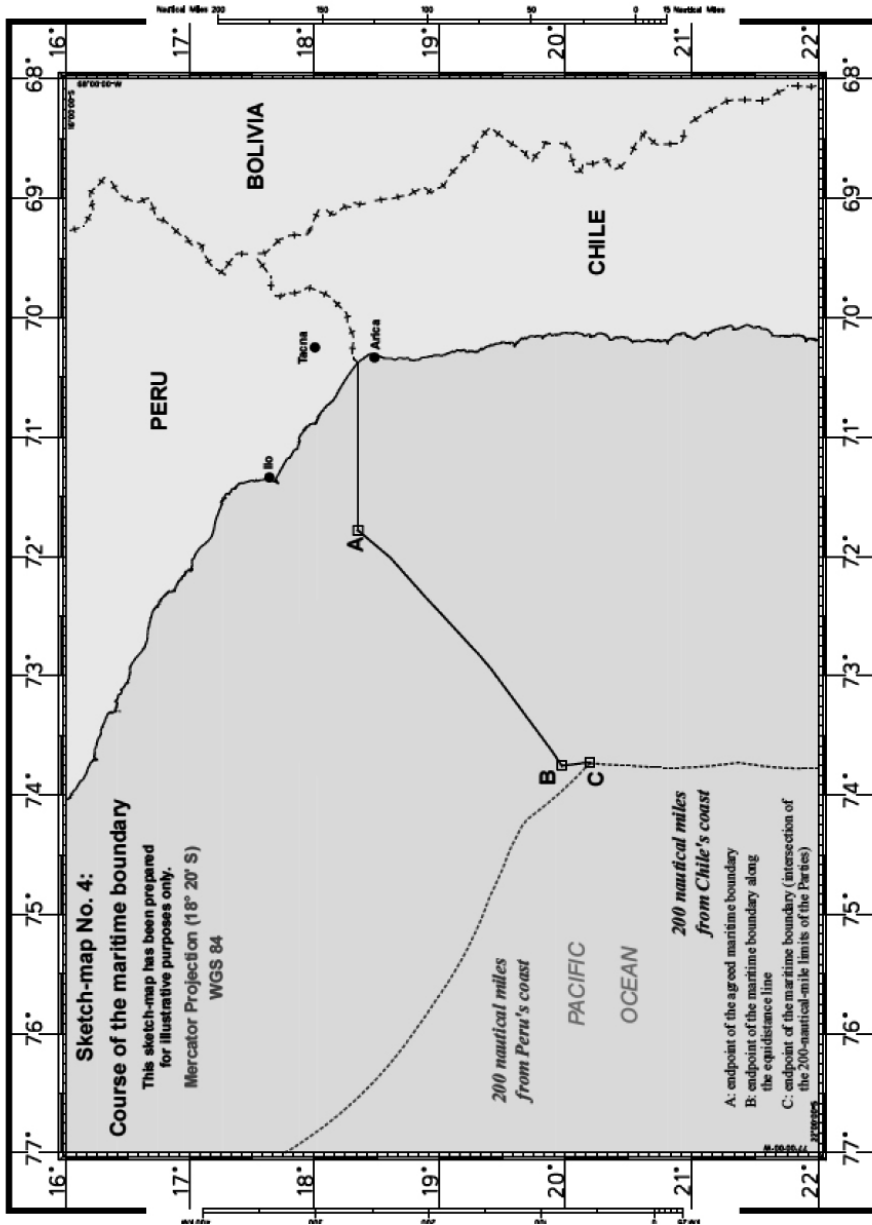
76 Sobre los aspectos principales de este proceso de integración económico, ver García, Jaime, "Alianza del Pacífico ¿Hacia dónde vamos?", en *Agenda Internacional*, año XX, N° 31, 2013, pp. 43-54.

77 Como ha subrayado el ministro ecuatoriano de Seguridad, Homero Arellano, "La paz en América Latina es un ejemplo para el mundo. En otras latitudes la gente está muriendo por límites, por kilómetros más, por kilómetros menos, mientras acá en la región le apostamos a la paz". Ver *Andes.info.ec*, Ecuador aplaude "la responsabilidad histórica" de Chile y Perú frente al fallo de La Haya que determina límites marítimos, 29 de enero de 2014.

78 Ver el art. 2.5 de la Carta de la ONU. En la práctica del Consejo de Seguridad, ver la Resolución 822 del 30 de abril de 1993, en la que este órgano encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales reafirma, para el caso de la injerencia de la República Armenia en la República Azerbaiyana, "la inviolabilidad de las fronteras internacionales y la inadmisibilidad del uso de la fuerza para adquirir territorio". Esta resolución fue reafirmada posteriormente en la Resolución 853.

79 Ver el artículo 3.i de la Carta de la OEA, artículo 4.e del Acta Constitutiva de la Unión Africana y el artículo V de la Carta de la Liga de los Estados Árabes.

80 Ver, por ejemplo, la Resolución 2625 de 1970 de la Asamblea General de la ONU y la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales del 15 de noviembre de 1982.



Mapa extraído de la sentencia del caso de delimitación marítima (Perú contra Chile)

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO PERÚ CONTRA CHILE

*Ximena Fuentes Torrijo*¹

Resumen

Este comentario analiza la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la disputa marítima entre Perú y Chile, pronunciada el 27 de enero de 2014. Si bien la Corte no dice haber fallado en equidad, la verdad es que las deficiencias argumentativas del fallo llevan a pensar que la Corte intentó dibujar un límite que dejara a ambas partes relativamente contentas. En este texto se estudia la forma en que la Corte desecha la posición chilena sobre la existencia de un acuerdo de delimitación marítima de una extensión de 200 millas marinas. En particular se señala que la Corte no dio aplicación a las reglas sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En base a un análisis fragmentado de la práctica la Corte concluye que entre Perú y Chile existe un acuerdo tácito de delimitación marítima que corre por 80 millas náuticas por el paralelo geográfico que pasa por el Hito No. 1 de la frontera terrestre. En el resto, la Corte dividió las zonas marítimas de ambas partes con una línea equidistante. Es muy lamentable que las partes no hayan tenido posibilidad de presentar pruebas específicamente dirigidas a establecer la distancia abarcada por el acuerdo tácito que la Corte determinó que existía entre las partes. De esta manera la Corte se contentó con las pocas pruebas que constaban en el proceso y las que logró obtener ella misma, sin contar siquiera con la opinión de las partes sobre el valor de esas pruebas.

¹ D. Phil, University of Oxford. Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile. Miembro del equipo de defensa de Chile ante la Corte Internacional de Justicia en la disputa marítima entre Perú y Chile. Las opiniones vertidas en este artículo representan mis opiniones personales académicas y en ningún caso representan la opinión del Estado de Chile.

Introducción

Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia deben ser decisiones basadas en el derecho internacional. Así lo establece el propio Estatuto de la Corte en su artículo 38 y así lo esperan legítimamente las partes que dan su consentimiento para que esta resuelva sus controversias jurídicas. La Corte no puede resolver como amigable componedor, en equidad, salvo cuando las partes la han autorizado expresamente para ello.

Obviamente, ello no evita que una sentencia yerre en la identificación e interpretación del derecho aplicable. En ese caso, la sentencia estará mal fundada y será objeto de crítica. Mucho más preocupante es el caso de aquellas sentencias que, para conseguir un resultado determinado, consideran no solo las reglas jurídicas aplicables sino también otros factores. Esos otros factores podrían tal vez tenerse en consideración para inclinarse por una de varias interpretaciones posibles. Sin embargo, lo que no es correcto es que esos factores lleven al tribunal a alejarse de la correcta aplicación del derecho en un determinado caso, para así encontrar una solución políticamente adecuada.

El objetivo de este artículo es evaluar la calidad de la argumentación jurídica contenida en la Sentencia del 27 de enero de 2014, para concluir si es una buena o una mala sentencia, y hasta qué punto puede haber estado inspirada en razones políticas.

1. La posiciones de las partes

Perú demandó a Chile ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la Corte), alegando la inexistencia de un acuerdo de delimitación entre las zonas marítimas de ambas partes. La expectativa del Perú era convencer a la Corte que las partes no habían realizado ninguna delimitación marítima entre ellas, de tal manera que fuera el tribunal quien delimitara aplicando la regla consuetudinaria de la delimitación equitativa. Al respecto se debe tener presente que, bajo el derecho internacional del mar, todo Estado que tiene costa puede proyectar su jurisdicción en el mar hasta un máximo (en general) de 200 millas náuticas. En muchos casos, de Estados con costas frente a frente o de Estados con costas adyacentes, por las características geográficas de esos países, se produce una superposición de zonas y, en consecuencia, se hace necesario delimitar las proyecciones marítimas de cada país y así terminar con esa superposición.

De no existir acuerdo de delimitación, efectivamente, las proyecciones marítimas máximas de Chile y Perú producen una situación de superposición. En esos casos, la regla que establece el derecho internacional es que, a falta de acuerdo entre las partes, la delimitación debe realizarse de manera de lograr un resultado equitativo. Esta regla de la delimitación equitativa no autoriza a los tribunales a efectuar delimitaciones conforme a su propio criterio de lo que es justo en el caso concreto. Por lo tanto, no debe pensarse que esta regla constituye una autorización para que los tribunales apliquen la equidad *ex aequo et bono*. La regla de la delimitación equitativa consiste en determinar una línea de delimitación marítima que sea el resultado de una evaluación de ciertos factores específicos relevantes para estos efectos y que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte². Entre esos criterios se encuentran los siguientes: el derecho de los Estados costeros a proyectarse en el mar por el solo hecho de tener costa y hasta una distancia máxima, que normalmente alcanza las 200 millas náuticas; el largo de las costas; criterios de seguridad; la existencia y ubicación de recursos naturales en algunos casos; y la existencia de circunstancias geográficas especiales. La metodología establecida en la jurisprudencia de la Corte plantea que debe partirse normalmente de una línea equidistante de las costas de ambas partes, para luego ajustar esa línea por la existencia de circunstancias especiales y tomando en cuenta que el resultado debe ser proporcional al largo de las costas de las partes.

La argumentación de Chile se desarrolló en torno a la existencia de un acuerdo de delimitación entre las partes, que estableció que la línea de delimitación marítima corre por el paralelo geográfico del Hito N° 1 de la frontera terrestre. Para Chile, por lo tanto, este no era un caso de delimitación marítima en que la Corte tuviera que dibujar una línea conforme al derecho internacional consuetudinario, sino que esta debía establecer la existencia de un acuerdo de delimitación basándose en las evidencias que constaran en el proceso. Desde el punto de vista de Chile, este era un caso sobre interpretación de tratados. En particular, sostuvo que la delimitación había sido acordada en la Declaración de Santiago, suscrita por Chile, Ecuador y Perú el 18 de agosto de 1952.

² Esta jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia comienza con su decisión en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969) y se ha seguido desarrollando en los siguientes casos de delimitación marítima que le ha tocado conocer. La metodología que la Corte emplea para llegar al resultado equitativo consiste en partir con una línea equidistante que puede ser ajustada mediante el test de proporcionalidad. Así lo dice expresamente la Corte en el párrafo 180 de la Sentencia que se comenta. CIJ, Sentencia sobre el Diferendo marítimo Perú contra Chile, 27 de enero de 2014.

2. Resumen de la decisión de la Corte

La Corte decidió que, contrario a lo defendido por Chile, la Declaración de Santiago de 1952 no efectuó una delimitación de las zonas marítimas generales de los respectivos Estados. La Corte realizó una interpretación de la Declaración de Santiago pero rechazó concluir que el artículo IV de este instrumento efectuara una delimitación marítima entre Chile y Perú. Dicho artículo IV dispone que:

IV. En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos.

Como se puede apreciar, el artículo IV no es completamente explícito sobre la línea de delimitación de las zonas marítimas generales de los Estados. Por esta razón, la tarea de Chile era persuadir a la Corte de que la interpretación correcta del artículo IV es que esta disposición contiene el acuerdo de las partes en el sentido que el paralelo geográfico del punto al que llega al mar la frontera terrestre delimita tanto la proyección de las islas como la proyección de las zonas marítimas continentales. Los antecedentes del caso exigían que la Corte no se conformara con una interpretación literal. En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige que la interpretación sea un ejercicio complejo que no se agota en la interpretación literal de los términos de un tratado. Es así como, el artículo 31 de esa Convención establece que:

31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre

- todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Esta disposición es clara en que la interpretación de un tratado debe considerar el texto, el contexto y el objeto y fin del mismo. Todos estos elementos deben ser considerados por el intérprete y ninguno tiene una primacía sobre los otros³. Sin embargo, la Corte decidió hacer una interpretación literal, concluyendo que el artículo IV de la Declaración de Santiago solo se aplica a las islas entre Perú y Ecuador, y que esta disposición no efectuó ninguna delimitación entre las zonas marítimas proyectadas por las costas continentales de Perú y Chile.

Para la Corte, no existe ningún instrumento en que se contenga un acuerdo de delimitación marítima de las zonas de 200 millas marinas que corresponden a las partes. Sin embargo, ella establece que en el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 las partes reconocen en forma clara la existencia de un acuerdo de delimitación previo. En efecto, en el artículo 1 del Convenio de 1954 se dispone que:

PRIMERO: Establécese una Zona Especial, a partir de las 12 millas marinas de la costa, de 10 millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países.

Esto llevó a la Corte a concluir que estaba en presencia de un acuerdo tácito de delimitación marítima entre Perú y Chile, de fecha anterior a diciembre de 1954, que corría por el paralelo geográfico que pasa por el Hito N° 1 de la fron-

3 Gardiner, Richard K., *Treaty Interpretation*, (Oxford University Press), 2008, pp. 141-142.

tera terrestre. Lo siguiente fue determinar la naturaleza y la distancia cubierta por dicho acuerdo tácito.

Respecto a la naturaleza de la delimitación acordada tácitamente por las partes, la Corte concluyó que se trataba de una línea multipropósito, es decir, que dividía tanto el suelo y el subsuelo como la columna de agua sobre el lecho del mar. En lo relativo a la distancia, la Corte estimó que era muy improbable que las partes en la década de los cincuenta hubieran acordado una delimitación que tuviera efecto en toda la extensión de 200 millas marinas y, en base a las capturas pesqueras de la época, decidió que el paralelo geográfico que delimita el primer segmento de la zona en controversia solo se extiende por una distancia de 80 millas marinas. Más allá de las 80 millas marinas, la Corte le ordenó a las partes delimitar con una línea equidistante de la costa de ambos países.

Procederé a analizar los aspectos en los que se pueden apreciar los defectos argumentativos de esta sentencia.

3. Los defectos argumentativos de la sentencia

3.1. La interpretación literal del artículo IV de la Declaración de Santiago, sin tomar en cuenta el sentido lógico ni el contexto de dicha disposición

Es verdad que el artículo IV de la Declaración de Santiago de 1952 no establece expresamente un límite marítimo entre las zonas marítimas que proyectan las costas continentales de las partes. La disposición parece solo regular expresamente la proyección de las islas que se encuentran a menos de 200 millas marinas de la zona marítima del otro Estado, ordenando que esta proyección quede limitada por el paralelo geográfico del punto al que llega al mar la frontera terrestre. El tenor literal podría permitir interpretar esta norma como si solo se aplicara a las islas. Sin embargo, la aplicación en el terreno exige poder determinar cuándo una isla realmente se encuentra a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general del otro Estado. Es decir, es imposible llevar esta disposición a la práctica sin considerar que existe claridad sobre los límites laterales de las zonas marítimas generales de los Estados y sin concluir que la proyección de las islas sigue el mismo paralelo geográfico que divide las zonas marítimas generales. Sin embargo, la Corte realizó una lectura completamente abstracta del artículo IV, rehusando hacer un ejercicio que le fue sugerido por Chile en sus presentaciones: imaginar cómo un cartó-

grafo podría dar aplicación al artículo IV sin entender que el paralelo también divide las zonas marítimas generales de las partes.

Por lo tanto, la interpretación de la Corte es contraria a la lógica interna del propio artículo IV. Desde este punto de vista, se puede decir que la forma de entender la regla contenida en el artículo IV contradice la interpretación natural de los términos de la disposición, que establecen como condición para la aplicación del paralelo geográfico que la isla o grupo de islas estén ubicados a menos de 200 millas de la zona marítima general del otro Estado. También se podría decir que en este punto la Corte desafió al contexto mismo de la disposición, ya que la interpretación de todos los términos empleados en el texto de un artículo deben tomarse en su conjunto.

Es aquí donde es importante destacar, como ya se dijo, que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece tres criterios de interpretación (sentido natural, contexto, y objeto y fin) que deben ser considerados todos en una operación compleja de interpretación. La propia Comisión de Derecho Internacional aclaró en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados que el artículo 31 de la Convención contiene una regla de interpretación que se compone de tres operaciones que deben trabajar en forma combinada:

La Comisión, al haber titulado el artículo «Regla general de interpretación» en singular y por la relación que subyace entre los párrafos 1 y 2 y entre el párrafo 3 y los dos párrafos anteriores, intentó indicar que la aplicación de los medios de interpretación en este artículo constituirían una sola operación combinada. Todos los diversos elementos, presentes en un caso determinado, serían introducidos en un crisol y su interacción resultaría en la interpretación jurídicamente relevante⁴.

3.2. La Corte desecha el objeto y fin de la Declaración de Santiago

El objeto y fin de la Declaración de Santiago también era importante para arrojar luz sobre la compleja redacción del artículo IV. El objeto y fin de un tratado es un criterio de interpretación establecido en el artículo 31 y, por lo tanto, resulta obligatorio para la Corte darle debida consideración. Para establecer el objeto y fin las partes pueden recurrir al preámbulo del tratado (que también

⁴ ILC, Yearbook, Vol. II, 1966, p. 219, párr. 8. Traducción propia.

es parte del contexto del mismo) y a los trabajos preparatorios del acuerdo. En relación con este punto, es importante distinguir el uso de los trabajos preparatorios como medio complementario de interpretación conforme al artículo 32 y los trabajos preparatorios como medio para establecer el objeto y fin de un tratado y así interpretar un acuerdo conforme al artículo 31.

La Corte simplemente omitió el objeto y fin de la Declaración de Santiago, que era establecer zonas de 200 millas náuticas de soberanía y jurisdicción exclusivas. La exclusividad en el ejercicio de esta soberanía requería que cada parte tuviera claro hasta dónde llegaban sus derechos y comenzaban los del vecino. Adicionalmente, las Actas de la Conferencia de Santiago clarificaban este objetivo y la consecuente delimitación de zonas que las partes quisieron efectuar en la Declaración. En las Actas, las partes se manifiestan de acuerdo en que debe hacerse más clara la versión original del artículo IV, que decía:

La zona indicada comprende todas las aguas que quedan dentro del perímetro formado por las costas de cada país y una paralela matemática proyectada en el mar a 200 millas marinas de distancia del territorio continental, siguiendo la orla de las costas.

En caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas.

Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, según lo establecido en el primer inciso de este artículo, la zona marítima de dicha isla o grupo de islas quedará limitada, en la parte que corresponda, a la distancia que la separa de la zona marítima del otro Estado o país.

El acuerdo de las partes fue modificar esta redacción original para hacer más claro que, en el caso de interferencia entre las islas y la zona marítima general de cada Estado, la línea divisoria era el paralelo. Así lo propuso el delegado ecuatoriano al señalar que “a fin de evitar cualquier error de interpretación de la zona de interferencia en el caso de las islas”, sugiriendo “que se redactara sobre la base de que la línea limítrofe de la zona jurisdiccional de cada país fuera el paralelo respectivo desde el punto en que la frontera de los países toca o llega al mar”. Todas las partes se manifestaron de acuerdo con esta propuesta y es así como se llegó a la redacción definitiva del artículo

IV que, entonces, pretendió que fuera más claro que el paralelo geográfico dividía las zonas marítimas insulares y continentales de las partes.

La Corte no quiso otorgar a estas Actas el peso que las propias partes quisieron darle. Para eso invocó el hecho que las Actas, como trabajos preparatorios, tienen un segundo lugar en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Corte prefirió reducir la importancia de los trabajos preparatorios en este caso, a pesar de que contenían el acuerdo al que llegaron las partes respecto a la forma de entender la Declaración de Santiago y que permitían establecer la relación entre el objeto y fin de la Declaración de Santiago y la redacción definitiva que adoptó el artículo IV.

3.3. La Corte desecha la íntima relación que hay entre el Convenio de 1954 y la Declaración de Santiago de 1952

El Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 probó ser fundamental para la defensa de los intereses de Chile, pues es este tratado el que reconoce en forma clarísima la existencia de un paralelo geográfico como límite marítimo.

En este Convenio, los tres países (Chile, Ecuador y Perú) establecieron una zona de tolerancia de 10 millas de ancho a cada lado “del paralelo que constituye el límite marítimo”. La idea que los inspiraba era hacer la vida más fácil a las pequeñas embarcaciones que no contaban en esa época con los instrumentos técnicos para conocer su ubicación en el mar con exactitud. La lógica indica que, en 1954, las partes tenían plena claridad y ninguna confusión sobre cómo implementarían esta zona de tolerancia. Dicho de otra manera, sabían hasta dónde debían hacer cumplir esta zona de tolerancia. Siguiendo con esta línea de argumentación, es difícil concebir que las partes hubieran establecido una zona de tolerancia que hubiera tenido una extensión menor a las 200 millas marinas que ya habían declarado bajo soberanía exclusiva de cada país. El sentido común lleva a pensar que, si las partes hubieran querido que esta zona de tolerancia fuera de menos de 200 millas marinas, que era el máximo de su soberanía y jurisdicción en el mar en ese momento, hubieran dejado explícitamente señalado que la extensión era menor al área marítima que cada uno manejaba. Sin embargo, la Corte no opina lo mismo y señala que en su opinión habría sido muy improbable que las partes hubieran considerado que el límite se extendía por 200 millas:

La Corte recuerda que la naturaleza multipropósito del límite marítimo [...] significa que la evidencia relativa a la actividad pesquera, en sí misma, no puede ser determinante de la extensión de ese límite. Sin perjuicio de ello, la actividad pesquera proporciona cierto apoyo a la idea que era muy improbable que las partes al momento en que ellas reconocieron la existencia de un límite marítimo acordado entre ellas, *hubieran considerado que este se extendía hasta el límite de las 200 millas náuticas*⁵.

Es decir, la Corte nos ha querido convencer que en 1954 se estableció una zona de tolerancia a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo, pero las partes no tenían realmente claridad sobre hasta dónde llegaba y prefirieron dejar la extensión de esta zona de tolerancia en la nebulosa de la práctica pesquera de los Estados. La Corte nos ha querido convencer, además, que el Convenio de 1954 se pactó con total independencia de la Declaración de Santiago, siendo que su cláusula 4 declara que este Convenio es parte integrante de lo acordado en 1952, al señalar que:

Todo lo establecido en el presente Convenio se entenderá ser parte integrante, complementaria y que no deroga las resoluciones y acuerdos adoptados en la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, celebrada en Santiago de Chile, en agosto de 1952.

La Corte reduce esta última disposición a una simple “cláusula de estilo”, común en los instrumentos jurídicos de la época. Esta postura de la Corte es grave porque le resta efectos jurídicos a una cláusula específicamente pactada por las partes.

3.4. El acuerdo tácito: Una excusa para cortar la extensión del paralelo en 80 millas náuticas desde la costa

Después de concluir que la Declaración de Santiago no efectuaba una delimitación entre las zonas marítimas continentales de las partes, la Corte determinó la existencia de un acuerdo tácito de delimitación marítima entre estas. El reconocimiento de la existencia de un acuerdo estaba claro en el artículo 1

5 CIJ, op. cit., párr. III. Traducción propia. Énfasis añadido.

del Convenio de 1954. Ese hecho no podía ser desmentido por la Corte. Pero, teniendo todos los elementos interpretativos que permitían concluir que el acuerdo de delimitación se encontraba contenido en el artículo IV de la Declaración de Santiago, la Corte prefirió decir que se trataba de un acuerdo tácito cuya existencia era independiente de la Declaración de Santiago. De esta manera, la Corte se puso en posición de poder determinar ella misma, con bastante libertad, el contenido de ese acuerdo tácito, en particular en lo referido a la extensión de la línea de la frontera marítima.

En cuanto a la naturaleza del acuerdo tácito, la pregunta se refería a determinar si el paralelo solo tenía efectos sobre la columna de agua o también sobre el suelo y subsuelo del mar. En derecho internacional es posible que no coincida la línea de delimitación de la columna de agua con la delimitación del lecho del mar. La fijación de dos líneas de delimitación diferentes ciertamente habría exigido de las partes una gran coordinación en el desarrollo de sus actividades. Pero la Corte prefirió concluir que el acuerdo tácito del paralelo se aplica tanto a la columna de agua como al suelo y subsuelo del mar. Para justificar esta conclusión, la Corte invocó como contexto relevante tanto las Proclamaciones de 1947 como la Declaración de Santiago de 1952:

[...] El acuerdo tácito, reconocido en el Convenio de 1954, debe ser entendido en el contexto de las Proclamaciones de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952. Estos instrumentos expresaron reclamos sobre el lecho marino, las aguas sobre el lecho marino y sus recursos. En este sentido, las partes no distinguieron, en ese momento ni posteriormente, entre esos espacios. La Corte concluye que el límite es uno multipropósito⁶.

Como se aprecia, la Corte tuvo en cuenta la íntima y lógica relación que existe entre la Declaración de Santiago y el Convenio de 1954 para determinar que el paralelo pactado se aplicaba al suelo y subsuelo marino y a la columna de agua. Sin embargo, esa íntima y lógica relación desaparece para la Corte cuando ella tiene que responder la pregunta sobre cuál es la distancia cubierta por el paralelo. Al responder esta pregunta la Corte decide olvidar que las partes en esa época estaban reclamando soberanía y jurisdicción exclusiva para la explotación de todos los recursos, vivos y no vivos, de las respectivas zonas

6 Ibid., párr. 102. Traducción propia.

de 200 millas náuticas, para realizar ella misma un trabajo de investigación relativo a las distancias a las que se realizaban capturas pesqueras por ambas partes.

3.5. El análisis sesgado de la práctica

En atención a que la Corte concluyó que el acuerdo de delimitación entre las partes era meramente tácito y no se conformó con la constatación de que los poderes jurisdiccionales de los Estados fueron establecidos en 1952 hasta la distancia de 200 millas marinas, decidió examinar la práctica de los Estados. El análisis es sesgado porque ella solo se concentra en las capturas pesqueras de determinadas especies para fijar el alcance del paralelo geográfico, que en 1954 las partes reconocieron que constituía el límite marítimo entre ambos países. En esta sección, de nuevo la sentencia cae en contradicciones. Por una parte, la Corte reconoce que la pesca no podía ser el único factor a considerar, pero de igual forma se permite concluir que los registros de pesca de determinadas especies (anchoveta, bonito y atún) dan cuenta de la improbabilidad del hecho que las partes hubieran considerado un paralelo de 200 millas marinas en 1954.

En este punto se puede criticar la forma en que la Corte maneja la evidencia del caso. La propia jueza Donoghue expresa en su voto separado que: “En lo que se refiere a la extensión de la frontera marítima acordada, la Corte no tuvo la ventaja de contar con las opiniones de las partes sobre esta cuestión”. Por ese motivo, la Corte hace un examen propio mirando lo que consta en los documentos presentados por la partes, pero también va a buscar en documentos que están fuera del procedimiento, como son las estadísticas de la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), por ejemplo. El problema es que, en sus argumentos, ninguna de las partes se hizo cargo del contenido de un acuerdo tácito. Por lo tanto, ninguna de las partes presentó evidencia concreta sobre este punto. En términos estrictos, se podría decir que la Corte ha fallado una cuestión, la de la distancia que alcanza el paralelo fijado tácitamente por las partes como límite marítimo, sin haber escuchado a las partes sobre ese punto. Es obvio que, si la Corte solo se basa en las escasas evidencias sobre actividades pesqueras de las partes y sobre la información que puedan encontrar en bibliotecas y en internet los ayudantes de los jueces de la Corte, el espacio para el error es bastante grande.

Con todo, en el caso existían evidencias que habrían permitido a la Corte concluir que la distancia del límite marítimo pactado alcanzaba las 200 millas marinas. Desde luego, ya se ha señalado que la mayor evidencia que la Corte desecha injustificadamente es la propia Declaración de Santiago en que las partes declararon soberanía y jurisdicción exclusiva sobre 200 millas marinas. Adicionalmente, en relación con las actividades pesqueras, la Corte debía haber considerado en su real dimensión la importancia de la caza de la ballena en los años cincuenta y la influencia que esta industria tuvo en la creación de las 200 millas marinas de soberanía y jurisdicción. Uno de los objetivos principales de la Declaración de Santiago era evitar que barcos extranjeros capturaran ballenas frente a las costas de los países del Pacífico Sur. Por lo tanto, el límite marítimo que se reconoció en 1954 tuvo necesariamente efectos sobre el ámbito en que se podía desarrollar la industria ballenera de ambos países en esa época. Así como la Corte usó como evidencia el alcance que habría tenido una pequeña embarcación pesquera que hubiera tomado dirección sur desde el puerto peruano de Ilo⁷, señalando que habría intersectado al paralelo del Hito N° 1 alrededor de la milla 100, debió entonces haber tomado en cuenta la distancia que habría alcanzado un buque ballenero en los años cincuenta partiendo desde alguna estación ballenera chilena o peruana. En esa época, el alcance de una flota ballenera chilena o peruana era de unas 200 millas marinas desde la costa⁸. Es claro que el límite marítimo reconocido en 1954 debía aplicarse hasta esa distancia para tener efecto entre los buques balleneros de ambos países. Contando con ciertas evidencias importantes sobre el control que las partes ejercían sobre la captura de la ballena en sus aguas, como era el hecho de que la flota pesquera de Onassis fue capturada en la milla 126⁹, la Corte no le otorga a esta actividad pesquera la real importancia que tiene para el caso.

Otra importante prueba desechada por la Corte, relativa a la distancia cubierta por el paralelo del límite marítimo, fue la Resolución Suprema 23 aprobada por el Perú en 1955. Dicha Resolución Suprema dispone lo siguiente:

CONSIDERANDO: Que es menester precisar en los trabajos cartográficos y de geodesia la manera de determinar la zona marítima peruana

7 Ibid., párr. 108.

8 Sobre la relación entre las estaciones balleneras y la distancia de 200 millas, ver Investigación sobre los balleneros de Quintay realizada por la Universidad Andrés Bello, disponible en <http://balleneros-dequintay.unab.cl/historia-de-la-compania-industrial-indus/contexto-politico-y-social/>

9 CIJ, op. cit., párr. 150.

de 200 millas a que se refiere el Decreto Supremo del 1° de agosto de 1947 y la Declaración Conjunta suscrita en Santiago el 18 de agosto de 1952 por el Perú, Chile y el Ecuador.

SE RESUELVE: 1. La indicada zona está limitada en el mar por una línea paralela a la costa peruana y a una distancia constante de esta, de 200 millas náuticas.

2. De conformidad con el inciso IV de la Declaración de Santiago, dicha línea no podrá sobrepasar a la del paralelo correspondiente al punto en que llega al mar la frontera del Perú.

Chile alegó ante la Corte que esta Resolución Suprema constituía un reconocimiento por parte del Perú de que su zona de 200 millas estaba limitada lateralmente por el paralelo geográfico del punto al que llega al mar la frontera peruana, tanto por el norte como por el sur. Al rechazar el argumento chileno, la Corte fue escueta. Simplemente reiteró que ella ya había llegado a la conclusión que el artículo IV de la Declaración de Santiago solo se aplicaba a las islas, por lo tanto, en esta Resolución de 1955, no había razón para apartarse de esa conclusión. Aquí la Corte demuestra que en este caso no quiso realmente hacer el ejercicio de interpretación completo que exige el derecho internacional cuando un tribunal debe fijar el sentido y alcance de un tratado. La razón descansa tal vez en los beneficios políticos que la Corte pensó que podía tener una sentencia que recogiera parcialmente las pretensiones de las partes.

Conclusión

A modo de conclusión, se puede decir que los efectos positivos o negativos de este fallo en la relación futura de Chile y Perú serán evaluados en años posteriores, por historiadores, cientistas políticos y las personas que habitan en las regiones fronterizas. Con todo, desde el punto de vista del derecho internacional es una sentencia preocupante, porque los países que han dado jurisdicción a la Corte lo han hecho bajo el convencimiento que este tribunal falla en derecho y no como un amigable componedor.

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

EL CONFLICTO ARMADO EN SIRIA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

*Eugenia López-Jacoiste*¹

*Christina Binder*²

Resumen

Desde la perspectiva del derecho internacional, los tres años de conflicto armado en Siria arrojan un resultado contradictorio. Por una parte, porque resulta inevitable comparar la agilidad de decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ante la crisis de Libia de 2011 con su pasividad y bloqueo político en relación con Siria. Por otra, porque solo ante la inminente amenaza de una intervención militar, las partes involucradas y sus socios más importantes han alcanzado un plan de desarme químico en Siria asumido por el Consejo de Seguridad, igualmente incomparable, en cuanto a sus términos, plazos y cumplimiento, al establecido para Irak hace décadas.

El mayor motivo de preocupación radica en la deplorable situación de desprotección y sufrimiento de la población civil. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometidos por todas las partes beligerantes –gubernamentales y no– quedarán impunes si no se remite la situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional, a pesar de las declaraciones y condenas oficiales de las instituciones internacionales de derechos humanos.

Introducción

La complejidad del actual conflicto sirio viene marcada por la situación geopolítica y social del país y por la influencia de las denominadas “primaveras

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Navarra (España), ejacoiste@unav.es. Este artículo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación I+D+I titulado “La creciente participación de la UE en la sociedad internacional contemporánea: Regionalismo en la práctica e imbricación de los intereses de España en las relaciones euro-mediterráneas”, del Ministerio de Economía y Competitividad (2013-2015), cuyo investigador principal es el profesor Cesáreo Gutiérrez Espada.

² Profesora Asociada de Derecho Internacional de la Universidad de Viena (Austria), christina.binder@univie.ac.at.

árabes”. Desde 2007, Bashar Al-Asad es el presidente de la República Árabe Siria, que tiene una población de unos 20 millones de habitantes en su mayoría sunitas, quienes conviven con otros grupos musulmanes como los drusos, alawuitas y chiitas. En los últimos años, el discurso provocador de Damasco hacia las grandes potencias occidentales y algunos países árabes ha llevado a Siria a un aislamiento diplomático internacional y a un acercamiento a los islamistas más radicales, en detrimento de sus proyectos de reforma económica. Pero Siria sigue siendo un socio crucial para Irán y Rusia. Por su emplazamiento, puede conferir a Irán acceso a Líbano y a Hezbolá por tierra. El puerto sirio de Tartús es la única base rusa en el Mediterráneo. Por ello, Siria compra armas a esos dos Estados, a pesar de las sanciones internacionales. El régimen de Damasco estima que podrá resistir el actual conflicto si mantiene dichas relaciones.

Las manifestaciones sociales desencadenadas en diversos países del norte de África a partir de 2010 provocaron reacciones muy diferentes en los Estados que las sufrieron. Mientras que en algunos (Marruecos, Yemen o Bahrein) se frenaron con tímidas reformas, en otros lograron acabar con dictaduras consolidadas durante décadas (Túnez y Egipto), convocándose elecciones libres, aunque todavía no se pueda hablar de un final feliz para ninguno. En cambio, Siria y Libia representan el lado más oscuro de la Primavera Árabe³. En ambos Estados, las manifestaciones populares fueron violentamente reprimidas y pese a que crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y grandes flujos de refugiados son elementos comunes a ambas, la respuesta de la comunidad internacional ha sido muy diferente.

En el caso sirio, en los tres años de conflicto armado se ha constatado más de 130.000 muertos y 4,25 millones de desplazados. Las protestas civiles sirias fueron duramente reprimidas en 2011 por los cuerpos de seguridad del Estado, en las que se puso de manifiesto el abrumador desequilibrio entre el gobierno y la oposición. La brutal represión provocó que una parte de la sociedad civil y algunos sectores del ejército se alzaran en armas formando el llamado Ejército Libre Sirio, al que se sumaron otros grupos opositores al gobierno, como el Frente Islámico Sirio y grupos yihadistas vinculados a Al-Qaeda. Todos ellos luchan por el derrocamiento del régimen sirio. Lejos de contener la rebelión, la represión gubernamental provocó una espiral de violencia que desembocó en una guerra civil.

3 Cervell Hortal, María José, *La UE ante el lado más oscuro de la Primavera Árabe (Libia y Siria)*, Documento de opinión 30/2014 del Instituto Español de Estudios Estratégicos. Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEO30-2014_UE_PrimaveraArabe_MJoseCervell.pdf.

A mediados de 2012, la obtención de armas pesadas por parte de la oposición y el apoyo de inteligencia externa, en particular de Turquía, permitió a los rebeldes ocupar zonas de población mayoritariamente sunita. En 2012, comenzaron a llegar grupos radicales islamitas que se unieron al bando rebelde para derrocar a Bashar Al-Asad. Estos grupos, algunos ligados al terrorismo, son más extremos en su actuar y tienen una visión distinta del futuro de Siria, por lo que se han distanciado gradualmente del bando rebelde hasta el extremo de tener enfrentamientos. Desde finales de 2012, se empezaron a registrar conflictos armados de distinta intensidad entre rebeldes islamistas y grupos kurdos sirios.

Ante esta situación, en 2013, la estrategia del gobierno sirio se centró en formar un círculo defensivo alrededor de Damasco, eliminar a los rebeldes de la ciudad de Homs y atacar la resistencia en Alepo. Aunque las tropas del régimen estaban mejor equipadas, la superioridad numérica de los rebeldes era evidente, por lo que Bashar Al-Asad decidió pasar al ataque con el objetivo de dominar Homs y Damasco para ganar la guerra aprovechándose de la fragmentación política y militar de la oposición⁴. El 21 de agosto de 2013 tuvo lugar un hecho trascendental en la guerra en Siria: un ataque con cohetes que portaban gas sarín en un suburbio de Damasco que provocó la muerte de 1.429 personas⁵. Ante estos hechos, la comunidad internacional, incluyendo a los Estados Unidos y muchos otros Estados, condenó el ataque y culpó al régimen del mismo. Desde entonces se han sucedido varias reuniones diplomáticas de negociación de paz para establecer una hoja de ruta, más conocidas como las Conferencias de Ginebra I y II.

En marzo de 2014, no obstante, la situación sigue siendo la de un conflicto armado sin atisbos de un alto el fuego inmediato y sin que se hayan implementado mecanismos eficaces de protección a la población civil.

El presente artículo pretende analizar por qué el Consejo de Seguridad de la ONU parece mantenerse al margen del conflicto, a pesar de 1) ciertas acciones de otros órganos onusianos y de las iniciativas de la Liga Árabe; matizando sobre 2) el compromiso colectivo de la comunidad internacional alcanzado como consecuencia del uso del gas sarín; prestando la debida atención a 3) la difícil situación de la población civil ante las graves violaciones del derecho

4 Laborie Iglesias, Mario, *La división del apoyo internacional a la oposición siria es global*, 3 de junio de 2013. Disponible en <http://www.esglobal.org/la-division-del-apoyo-internacional-a-la-oposicion-siria>.

5 *LA Times*, Richter, Paul, "John Kerry Says Syria Chemicals Attack Killed at Least 1,429 people", 30 de agosto de 2013. Disponible en: <http://www.latimes.com/world>.

internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos; y realizando, a modo de conclusión, 4) un balance de los esfuerzos de la comunidad internacional para restablecer la paz en Siria y la seguridad de su población.

1. La pasividad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La rápida actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el caso de Libia se contrapone a la pasividad respecto a Siria; el desenlace libio está sirviendo para justificar las posiciones actuales de algunos miembros permanentes del Consejo. Como es sabido, el Consejo de Seguridad adoptó diversas medidas para hacer frente al conflicto interno libio: remitió el caso al Fiscal de la Corte Penal Internacional –Resolución 1970 (2011)– e impuso un embargo de armas, prohibiciones de viajes, la congelación de activos y una zona de prohibición de vuelos, y autorizó a los Estados a tomar medidas para proteger a los civiles –Resolución 1973 (2011)–, con una formulación muy particular. Así, en el apartado 4 de la parte dispositiva el Consejo:

Autoriza a los Estados Miembros [...] a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias para proteger a los civiles [...] aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio...⁶

Los acontecimientos posteriores a la Resolución 1973 desbordaron ampliamente las previsiones de ese apartado. La intervención de la OTAN –con Francia y Reino Unido a la cabeza– mediante ataques aéreos, el suministro de armas y el envío de asesores militares, fue decisiva no solo para la protección de los civiles sino para el triunfo de los inicialmente llamados rebeldes. Como es sabido, Rusia y China se abstuvieron en la votación de esta resolución, al igual que Brasil, India y Alemania, esgrimiendo reservas sobre el uso de la fuerza, mientras que el resto de los Estados dio su aquiescencia a la actuación, que sobrepasó, sin duda, la autorización concedida.

6 Consejo de Seguridad de la ONU, S/RES/1973 (2011).

Ante una situación humanitaria en Siria, comparable a la de Libia, al menos, en cuanto a la feroz represión gubernamental y al número de víctimas, la acción del Consejo de Seguridad para restablecer la paz y seguridad ha sido francamente magra. Desde que comenzó la crisis, el desacuerdo entre sus miembros permanentes ha impedido la adopción de resoluciones. En octubre de 2011, Alemania, Francia, Portugal y el Reino Unido presentaron un proyecto de resolución que condenaba las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y el uso de la fuerza contra civiles, y exigía el fin de la situación, a pesar de que hubiese sido deseable un embargo de armas y la solicitud de apelar a la Alta Comisionada de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos de remitir los antecedentes sobre la represión ejercida por el gobierno sirio a la Corte Penal Internacional. Para evitar el veto ruso y chino, el proyecto de resolución no contemplaba la adopción de sanciones, si bien advertía que se estaba dispuesto a contemplar esa opción⁷, y tampoco se hacía referencia a la recomendación de la Alta Comisionada. Como había sido anunciado, el proyecto fue vetado por Rusia y China esgrimiendo como argumento el nefasto uso de la fuerza en el caso libio⁸. También Sudáfrica – que se abstuvo junto con Brasil, India y Líbano – recordó que se ha hecho un uso indebido de las resoluciones del Consejo de Seguridad y que su aplicación ha ido mucho más allá del mandato previsto. En esencia, lo que realmente preocupaba en el Consejo era la intención oculta de los patrocinadores de la resolución, puesto que no se excluía con claridad la intervención militar para solucionar la crisis de Siria⁹. Ante el bloqueo del Consejo, algunos de sus miembros permanentes expresaron su decepción¹⁰ o su indignación¹¹, mientras que Alemania subrayó el incumplimiento de las responsabilidades del Consejo con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas¹².

En febrero de 2012, Marruecos presentó otro proyecto de resolución en nombre de la Liga Árabe¹³, en el que se exigía al gobierno de Siria que se ajus-

7 El texto puede verse en S/2011/612. El apartado 11 de la parte dispositiva expresaba la intención de examinar la aplicación de la resolución por parte de Siria en un plazo de 30 días y de “estudiar sus opciones, incluida la de adoptar las medidas previstas en el art. 41 de la Carta de las Naciones Unidas”.

8 Consejo de Seguridad de la ONU, S/PV.6627, p. 4.

9 Consejo de Seguridad de la ONU, S/PV.6627, p. 12.

10 Así lo hizo el Reino Unido, *ibíd.*, p. 7.

11 Es el caso de los Estados Unidos, *ibíd.*, p. 9.

12 *Ibíd.*, p. 11.

13 Con el apoyo de otros 18 Estados (véase el texto en S/2012/77). En la sesión del Consejo de Seguridad

tara al Plan de Acción de la Liga Árabe aprobado en noviembre de 2011, pero sin contemplar la imposición de sanciones. Esta propuesta fue vetada igualmente, pero solo por Rusia y China, que consideraron que deberían tomarse medidas contra los grupos armados opositores¹⁴.

En julio de 2012, se presentó otro proyecto de resolución, que se basaba, por primera vez, en el Capítulo VII de la Carta y proponía la adopción de medidas en virtud del artículo 41 si en un plazo de diez días las autoridades sirias no cumplían sus compromisos y, en particular, las Resoluciones 2042 y 2043 (2012). Esta chocó de nuevo con el voto en contra de Rusia y China, que se justificaron señalando que la presión de sanciones solo pretendía favorecer la participación militar externa en los asuntos internos sirios¹⁵. El tercer intento fallido tuvo lugar pocos meses después, cuando el Consejo se propuso apoyar el Comunicado Final adoptado por el denominado Grupo de Acción para Siria, convocado por el Enviado Especial Conjunto y constituido el 30 de junio de 2012. Dicho Comunicado Final contenía medidas e iniciativas que deberían adoptar las partes para aplicar íntegramente el plan de seis puntos del Enviado Especial Conjunto y las Resoluciones 2042 y 2043 (2012) del Consejo de Seguridad. También contenía principios y directrices para una futura transición política¹⁶. El proyecto de resolución hacía suyo en su totalidad el Comunicado Final y lo incorporaba como anexo. La participación de China y Rusia en el Grupo de Acción no impidió que vetaran el nuevo proyecto.

Ante estos desencuentros políticos, el Consejo de Seguridad ha intentado paliar su inactividad coercitiva a través de Declaraciones de la Presidencia del Consejo. Así, el 3 de agosto de 2011, el Consejo emitió una declaración que “condena las violaciones generalizadas de los derechos humanos y el uso de la fuerza contra civiles por las autoridades sirias”, “pide que se ponga inmediatamente fin a todo acto de violencia e insta a todas las partes a que actúen con la máxima moderación”, “pide a las autoridades sirias que respeten plenamente los derechos humanos” y estima que “la única solución a la crisis actual es

celebrada el 31 de enero de 2012, el Secretario General de la Liga Árabe solicitó expresamente la adopción por parte del Consejo de una resolución de apoyo a la adoptada por el Consejo de la Liga el 22 de enero. Consejo de Seguridad de la ONU, S/PV.6710, p. 10.

14 *Ibid.*, pp. 9-10.

15 Consejo de Seguridad de la ONU, S/PV.6810, p. 9. También, Rusia calificó el proyecto de parcial porque “las amenazas de sanciones se dirigían exclusivamente al gobierno de Siria” (p. 9), argumento que compartieron China (p. 14) y Sudáfrica (p. 12).

16 Sobre la iniciativa, puede verse el Informe del Secretario general relativo a la aplicación de la resolución 2043 (2012) del Consejo de Seguridad (S/2012/523), pp. 10-11 y 20-24.

poner en marcha un proceso político inclusivo y dirigido por Siria”¹⁷. En marzo de 2012, una vez que ya se había producido el nombramiento del Enviado Especial Conjunto de las Naciones Unidas y la Liga de los Estados Árabes, el Consejo de Seguridad apoyó la propuesta de reconciliación de este –sintetizada en seis puntos– pidiendo a los Estados su colaboración de buena fe con el Enviado¹⁸. Para hacer valer los citados seis puntos, el Consejo de Seguridad creó la Misión de Supervisión de las Naciones Unidas en la República Árabe Siria (en adelante, UNSMIS), en su Resolución 2043 (2012), con el fin de vigilar el cese de la violencia en todas sus formas. El mandato de la UNSMIS ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones¹⁹ y ha contado con 300 observadores militares no armados, así como con 71 civiles internacionales y 14 nacionales. Un mes después, en abril 2012, el Consejo instó al gobierno sirio a cumplir cuanto antes los compromisos asumidos, a cesar los movimientos de tropas hacia los centros de población, dejar de utilizar armas pesadas en dichos lugares y comenzar la retirada de las concentraciones militares en ellos²⁰. En octubre de 2013 tuvo lugar una solemne Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad condenando las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas por las autoridades sirias²¹. Solo en septiembre de 2013, el Consejo de Seguridad fue capaz de adoptar la Resolución 2118 (2013), como medida obligatoria, según el capítulo VII de la Carta, haciendo suyo el plan pactado por todas las partes implicadas que contemplaba un programa de control y destrucción de las armas químicas existentes en Siria. Posteriormente, con el fin de hacer frente a la grave situación de la población civil, el Consejo adoptó la Resolución 2139 (2014) del 22 de febrero de 2014 en la que, entre otras medidas, exigió que “se respete el principio de la neutralidad médica y franqueen el paso a todas las zonas al personal, el equipo, el transporte y los suministros médicos, incluido el material quirúrgico, y recuerda que, con arreglo al derecho internacional humanitario, los heridos y los enfermos deben recibir, en la medida en que sea

17 Consejo de Seguridad de la ONU, S/PRST/2011/16.

18 Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de la ONU, S/PRST/2012/6, 21 de marzo de 2012.

19 Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 2131 (2013) del 18 de diciembre de 2013, hasta junio de 2014.

20 Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de la ONU, S/PRST/2012/10, 5 de abril de 2012.

21 Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de la ONU, S/PRST/2013/16, 2 de octubre de 2013.

factible y con la mínima dilación, la atención y los cuidados médicos que exija su condición y que se debe respetar y proteger al personal, las instalaciones y el transporte médicos y humanitarios, y expresa grave preocupación a este respecto por la retirada de los suministros médicos de los cargamentos humanitarios” (punto 8) y que “todas las partes adopten todas las medidas adecuadas para proteger a la población civil” (punto 9). Huelga decir que esta última Resolución, a pesar de sus bondades de contenido, ha aportado pocas acciones decisivas a favor de la población civil, al carecer de la fuerza vinculante del capítulo VII de la Carta.

El bloqueo político del Consejo de Seguridad, hasta septiembre de 2013, ha sido duramente criticado, sobre todo en comparación con la agilidad de sus resoluciones en el caso de Libia²². A la luz de las explicaciones de los vetos, es evidente que Rusia no estaba dispuesta a permitir otra intervención militar para derrocar a un régimen amigo, y se ha validado del pretexto de una falsa “responsabilidad de proteger” a la población civil, tal como ocurrió en el caso libio. El conflicto sirio resulta ser, lamentablemente, un ejemplo más de la subordinación del Consejo a las exigencias de la geoestrategia²³.

2. La acción de otros órganos de las Naciones Unidas y la Liga Árabe

El conflicto sirio ha presentado elementos novedosos en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, debido a la acción complementaria de otros órganos de la ONU y de la Liga Árabe.

A partir de diciembre de 2011, la Asamblea General de la ONU adoptó una postura muy activa frente a la crisis siria. Por una parte, aprobó la Resolución 66/176 sobre la situación de los derechos humanos en Siria, condenando la situación, invitando al Secretario General a prestar apoyo a la misión de observadores de la Liga Árabe y exhortando a las autoridades sirias a cumplir las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos. En febrero de 2012 adoptó la Resolución 66/253 en la que acogía las iniciativas de la Liga de los Estados Árabes, patrocinada por el Grupo de los Estados Árabes e inspirada en el pro-

22 Sobre la crisis libia, véase el conjunto de estudios doctrinales de Bermejo, Gutiérrez Espada, Cervell y López-Jacoiste en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 9-208.

23 Andrés Saenz de Santamaría, Paz, “Las Naciones Unidas ante el conflicto de Siria”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 93/2012, 18 de diciembre de 2012; Garwood-Gowers, Andrew, “The Responsibility to Protect and the Arab Spring: Libya as the Exception, Syria as the Norm”, en *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 36, N° 2, 2013, pp. 594-618.

yecto de resolución fracasado días antes en el Consejo de Seguridad. Se exigía en ella el fin de la violencia, la libertad de los detenidos arbitrariamente, la retirada de las fuerzas armadas de las poblaciones, el respeto a la libertad de manifestación, y el pleno acceso y circulación sin trabas de las instituciones de la Liga y de los medios de comunicación. En la resolución, la Asamblea apoyaba asimismo la decisión de la Liga de los Estados Árabes de facilitar una transición política y solicitaba a los demás órganos de las Naciones Unidas que prestasen apoyo a los esfuerzos de la Liga con el fin de promover una solución pacífica, incluido el nombramiento de un Enviado Especial. En agosto de 2012, adoptó la Resolución 66/253 B en la que, entre otras cuestiones, se reafirmó el apoyo al Enviado Especial Conjunto, se exigió a todas las partes el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad, se expresó la preocupación por la situación humanitaria y se hizo un llamamiento a favor de una transición política inclusiva. El 20 de diciembre de 2012, la Asamblea adoptó la Resolución 67/183 en la que se solicitó al gobierno que permitiera que la comisión de investigación de la ONU accediera libremente y sin condiciones a cualquier punto del país. En mayo de 2013, la Asamblea adoptó la Resolución 67/262 en la que alentaba al Consejo de Seguridad a que estudiase “medidas apropiadas” para garantizar la rendición de cuentas por la violencia y las violaciones de derechos humanos existentes en Siria. La resolución incluía el llamamiento más enérgico formulado por la Asamblea General de la ONU hasta la fecha para que se investigaran de forma independiente e imparcial todas las presuntas violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario desde el inicio del levantamiento en Siria, en marzo de 2011. Exigía también que se concediese un mandato más amplio a la Comisión Internacional Independiente sobre Siria y se le permitiese mayor acceso para que pudiera llevar a cabo su labor de investigación.

Por otra parte, el Secretario General también ha desempeñado un papel protagonista en este conflicto, actuando como enlace entre la Liga de los Estados Árabes y el Consejo de Seguridad, trasladando al Consejo de Seguridad las iniciativas de la Liga. En febrero de 2012 se adoptó un acuerdo entre los Secretarios Generales de las Naciones Unidas y de la Liga de los Estados Árabes para nombrar a Kofi Annan como Enviado Especial Conjunto a Siria. En marzo de 2012 se acordó con el gobierno sirio un Plan de Paz de seis puntos²⁴

24 El Plan establece el inicio de un proceso político, el cese de la violencia por todas las partes bajo supervisión de las Naciones Unidas, el acceso de ayuda humanitaria, la excarcelación de los presos políticos, el libre acceso a la prensa y la aceptación de las manifestaciones pacíficas y de la libertad de asociación.

que, aunque ha tenido una aplicación más teórica que práctica, supuso, al menos, una alternativa a la pasividad del Consejo de Seguridad y a la intervención militar reclamada por algunos Estados. El fracaso del Plan de Paz llevó a Annan a presentar su dimisión y al nombramiento de Lakhdar Brahimi como mediador especial, en virtud de su larga y reputada trayectoria diplomática. Posteriormente, el Secretario General propuso al Consejo de Seguridad la creación de la UNSMIS con el fin de vigilar el cese de la violencia armada en todas sus formas y por todas las partes, y para vigilar y apoyar la plena aplicación de la propuesta de seis puntos.

Han sido asimismo relevantes las acciones y declaraciones del Consejo de Derechos Humanos en relación con Siria, en las que manifiesta una preocupación clara por los abusos de derechos humanos cometidos en estos años por parte de todas las partes implicadas. En abril de 2011, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos creó una comisión para estudiar e informar sobre la situación de los derechos humanos de la población civil en Siria. La Alta Comisionada presentó el informe ante el Consejo de Seguridad en agosto 2011, calificando los hechos documentados como crímenes contra la humanidad. En ese mismo mes, el Consejo de Derechos Humanos decidió, en su Resolución S-17/1, crear otra comisión de tres expertos para investigar las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos cometidas desde marzo de 2011 en Siria e identificar a los responsables. Sus informes recogen de forma ordenada e inequívoca la comisión de crímenes de lesa humanidad por todas las partes beligerantes, aunque con más intensidad por el gobierno. Ahora bien, ni el Consejo de Derecho Humanos ni la Alta Comisionada para los Derechos Humanos gozan de competencia para solicitar al Fiscal de la Corte Penal Internacional que ejerza sus facultades para no dejar impunes tales violaciones, ya que la República Árabe Siria no ha ratificado su Estatuto. Por tanto, la persecución judicial de tales crímenes queda en manos del Consejo de Seguridad, que podría activar el artículo 13 b) del Estatuto de Roma, tal como hizo en la resolución 1970 (2011) sobre Libia.

La Liga de los Estados Árabes ha impulsado también constantes acciones internacionales con el propósito de poner fin al conflicto, destacando los acuerdos alcanzados con el gobierno sirio en noviembre de 2011. Tales acuerdos incluyeron el envío de una misión de observadores y la aprobación de un Plan de Acción árabe para resolver la crisis de Siria, que se desarrollaría mediante la adopción de la propuesta de paz de seis puntos de enero de 2012 y la iniciativa de nombrar al Enviado Especial Conjunto.

3. La destrucción de las armas químicas: Un compromiso colectivo

El punto de inflexión que dio lugar a la primera acción coercitiva del Consejo de Seguridad fueron los ataques del 21 de agosto de 2013 con armas químicas (gas sarín) en un suburbio de Damasco. No existe certeza sobre la autoría, solo de su utilización y de los miles de muertos entre la población civil, los rebeldes e incluso algunos efectivos del ejército sirio. Pocos días después de la matanza, los Estados Unidos amenazó con la intervención militar y comenzó el transporte de sus tropas al Golfo Pérsico. El 14 de septiembre de 2013, el secretario de Estado norteamericano, John Kerry, y su homólogo ruso, Sergei Lavrov, alcanzaron en Ginebra –en la denominada Conferencia de Ginebra I– un acuerdo para evitar una acción militar por parte de Washington si Bashar Al-Assad se comprometía a eliminar su armamento prohibido, para lo cual debía entregar una lista de sus productos químicos y permitir que inspectores internacionales eliminasen todas sus armas. El 27 de septiembre de 2013, y con base en ese acuerdo, el Consejo de Seguridad adoptó por unanimidad la Resolución 2118 (2013) en cuyo Anexo I se recoge la decisión del Consejo Ejecutivo de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, titulado “Decisión sobre la destrucción de las armas químicas sirias”. La resolución daba una semana al régimen sirio para que informase sobre las cantidades precisas de sus depósitos de armas químicas y entregase su arsenal²⁵. También abría un plazo hasta noviembre de 2013 para que Siria permitiese que inspectores internacionales certificaran esos datos. De acuerdo con lo previsto, la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ) recibió la declaración inicial de las armas químicas en posesión de Siria y su aceptación de destruirlos. Sin duda, el padrinazgo ruso al régimen de Damasco predeterminó la respuesta siria, que fue acogida con alivio por la comunidad internacional, ya que, de lo contrario, la respuesta militar hubiese supuesto una masacre aun mayor.

La Resolución 2118 (2013) condenaba enérgicamente el uso de armas químicas en Siria y, en particular, el ataque del 21 de agosto de 2013, que “viola el derecho internacional”. Se establecía que Siria «no podrá utilizar, desarrollar, producir, adquirir, almacenar o retener armas químicas, ni transferir, directa o indirectamente, armas químicas a otros Estados o actores no estatales». El documento subrayaba que la misma prohibición afectaba a todas las partes

25 Consejo de Seguridad de la ONU, S/PV.7038 del 27 de septiembre de 2013

en el conflicto. Igualmente se decidía que, en caso del incumplimiento de esta resolución, incluyendo la transferencia no autorizada de armas químicas o cualquier uso de armas químicas en Siria, «se impondrán medidas bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas», que regula la imposición de sanciones e incluso el uso de la fuerza autorizado por la ONU. Pero esas medidas no quedaron detalladas, por lo que debían ser objeto de una nueva discusión en el Consejo de Seguridad. Además, se exigía que los actores no estatales «no desarrollen, adquieran, fabriquen, posean, transporten, transfieran o usen armas nucleares, químicas, o biológicas, y sus métodos para lanzarlas», y que los Estados, en particular los países vecinos de Siria, denuncien «de inmediato» cualquier violación de este apartado al Consejo de Seguridad. Siria se comprometió a cumplir con «todos los aspectos» de la decisión del Consejo Ejecutivo de la OPAQ sobre la «expedita destrucción» de sus armas químicas y con una «rigurosa verificación». Para ello se estableció un sistema de supervisión a través de la OPAQ que informaría mensualmente al Consejo de Seguridad. Por otra parte, la resolución reafirmó que todos los Estados miembros (de la ONU) evitarían proveer cualquier tipo de apoyo a actores no estatales que intentaran conseguir, transferir o utilizar «armas nucleares, químicas o biológicas», así como los medios para lanzarlas. Y, por último, se alentó a los Estados miembros a que respaldaran, incluso con personal, equipos y apoyo técnico y financiero, la eliminación del programa de armas químicas de Siria. Esta resolución respaldó plenamente el comunicado de Ginebra del 30 de septiembre de 2012, que establecía varios pasos «clave» para la transición política en Siria, comenzando con la creación de un gobierno de transición con «plenos poderes ejecutivos» que podría incluir a miembros del gobierno actual, líderes de la oposición y otros grupos.

En su conjunto, la Resolución 2118 (2013) significó un avance en cuanto supone un plan de desarme químico más creíble que el impuesto a Irak en 1991 tras su invasión de Kuwait. Sin embargo, adolece de algunos elementos que hubiesen reforzado su intencionalidad teórica. Así, por ejemplo, aunque condena el uso de armas químicas, no atribuye culpabilidades. Su párrafo 15 establece que los miembros del Consejo “expresan su firme convicción de que aquellos individuos responsables del uso de armas químicas en la República Árabe de Siria deberían ser responsabilizados por ello”. No señala la responsabilidad directa de Bashar Al-Asad en el ataque del 21 de agosto de 2013 y se elimina la referencia contemplada en el proyecto de resolución a que el régimen sirio respondiese por ese crimen ante la justicia internacional. Se

echa en falta una remisión a la Corte Penal Internacional. Resulta poco creíble el afán de exigir responsabilidades cuando no se activan los procedimientos para la acción del Fiscal de la Corte Penal Internacional. Además, la redacción del párrafo 15 parece reconocer implícitamente que los responsables no son necesaria y exclusivamente miembros del régimen de Damasco, con lo que se pretendería afirmar, según han reiterado con frecuencia los medios rusos, que la oposición islamista ha utilizado también ese tipo de armas.

El párrafo 21 de la Resolución 2118 (2013) dista mucho del párrafo 13 de la Resolución 1441 (2002) relativa a Irak, ya que establece que, en caso de incumplimiento de esa resolución, incluyendo la transferencia no autorizada de armas químicas o cualquier uso de armas químicas por quienquiera que sea en la República Árabe de Siria, se impondrán medidas conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”. A Irak se le advertía de forma breve (pero elocuente) que “en caso de seguir infringiendo sus obligaciones, se pondrá a graves consecuencias”²⁶.

Así, la Resolución 2118 (2013) evita cualquier referencia a la “responsabilidad de proteger” a los civiles, que fundamentó la Resolución 1973 (2011) por la que se autorizó a los Estados miembros a «tomar todas las medidas necesarias» en Libia para «proteger a los civiles y a las áreas pobladas bajo amenaza de ataques”. Y es que la sombra de Libia todavía está presente. Tras la aprobación de la Resolución 2118 (2013), Rusia ha advertido que, no solo el gobierno sino también los rebeldes sirios tendrán que colaborar en garantizar la seguridad de los inspectores internacionales, lo que parece sugerir que la oposición tendrá que contener su ofensiva para el cumplimiento de un plan que, de forma indirecta, da por sentada la permanencia de Bashar Al-Asad en el poder. Por su parte, las fuerzas rebeldes sirias manifestaron su oposición a la resolución, que a su juicio suponía un espaldarazo para el régimen de Damasco.

No se debe olvidar que el futuro de Siria, según recuerda el párrafo 16 de la Resolución 2118 (2013), pasa por la reanudación efectiva de la Conferencia de Ginebra. Posponer el problema puede ser el prelude de una huida hacia adelante, pudiendo convertirse esta solución en otro asidero para el régimen de Asad. En definitiva, la resolución ha servido para controlar las armas químicas en Siria pero también para lavar de cara de los Estados Unidos, que se veía empujado a una intervención militar.

²⁶ Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 1441(2002) del 8 de noviembre, punto 13 de la parte dispositiva.

El 31 de enero de 2014 finalizó la primera ronda de negociaciones de la Conferencia de Paz de Ginebra II, continuación de la Conferencia de Ginebra I. En ella participaron el gobierno sirio y la oposición. En la reunión no se produjo un acercamiento de posturas sobre un posible gobierno de transición y sobre cómo combatir el terrorismo. La segunda ronda, que finalizó el 14 de febrero de 2014, fue un auténtico fracaso y terminó con duras declaraciones que ponen en entredicho la convocatoria misma de una tercera ronda de diálogo. El gobierno se quejó de que la oposición había acudido a Ginebra con un único punto en su agenda: la formación de un gobierno de transición; además, reprochó que no se haya reconocido el “problema del terrorismo” que sufre Siria.

El calendario de trabajo propuesto por la OPAQ se ha ido cumpliendo, al menos, hasta las reuniones de Ginebra II²⁷. Durante los primeros meses, los inspectores de la OPAQ verificaron que se había destruido el 60% del arsenal prohibido.

Calendario de trabajo de la OPAQ

| Fecha | Objetivo |
|-------------------------|--|
| 9 de diciembre de 2013 | La Secretaría Técnica de la OPAQ remitirá al Consejo Ejecutivo los planes para la verificación y destrucción de todas las instalaciones de producción de armas químicas. |
| 17 de diciembre de 2013 | El Director General de la OPAQ debe presentar al Consejo Ejecutivo un Plan concreto para la eliminación de las armas químicas fuera del territorio sirio. |
| 31 de diciembre de 2013 | Destrucción en territorio sirio de las municiones sin carga. |
| 31 de enero de 2014 | Retirada de territorio sirio de la iperita (gas mostaza) y de los compuestos de las bombas binarias (DF, A, B y BB, incluyendo su sal). |
| 5 de febrero de 2014 | Retirada del territorio de Siria del resto de compuestos químicos declarados, a excepción del isopropanol, que será destruido en territorio sirio antes del 1 de marzo. |
| 1 de marzo de 2014 | Destrucción de la iperita residual presente en los contenedores. |
| 31 de marzo de 2014 | Destrucción efectiva de la iperita y componentes binarios DF, A, B y BB, incluyendo su sal. |
| 30 de junio de 2014 | Destrucción del resto de los compuestos químicos declarados. |

²⁷ Hidalgo García, María del Mar, “La destrucción de armas químicas de Siria”, en Documentos informativos del Instituto Español de Estudios Estratégicos, 4 de diciembre de 2013.

Para hacer realidad el plan trazado ha sido menester la colaboración internacional. Así, por ejemplo, Chipre y el Líbano han contribuido con el apoyo logístico; Alemania, Italia y Holanda, con el transporte aéreo de los equipos de inspección. La Unión Europea y los Estados Unidos, con los vehículos blindados para realizar las inspecciones sobre el terreno, contando además con la aportación de Canadá para el transporte aéreo de los vehículos blindados ofrecidos por la Administración de Obama. Por su parte, Dinamarca, Italia y Noruega se han encargado del transporte marítimo, mientras que los Estados Unidos llevarán a cabo y financiarán la destrucción de las armas químicas, proporcionando la tecnología adecuada. En la actualidad, está habilitando un buque comercial (MV Cape Ray) para instalar una planta de hidrólisis portátil para llevar a cabo la neutralización de las armas químicas y precursores, conforme a las directrices de la Convención para la Prohibición de la Armas Químicas (CAQ).

4. La población civil y del derecho internacional

4.1. Hechos: La situación de la población civil en Siria

Durante los tres años de conflicto en Siria se están cometiendo graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario por todas las partes beligerantes: tanto por las fuerzas militares del gobierno de Siria y grupos paramilitares asociados al régimen como por las distintas fracciones no gubernamentales (los rebeldes y la oposición). En concreto, se han constatado ataques indiscriminados a civiles, con bombas barril, a ciudades enteras, por parte de las fuerzas militares del gobierno²⁸; y se han documentado torturas, malos tratos²⁹ y actos de violencia sexual contra las mujeres³⁰. Este conflicto supone un impacto desproporcionado para los niños³¹: se ha constatado el asesinato de niños en ataques ilegales por parte de las fuerzas

28 Comisión Internacional Independiente sobre Siria, Informe A/HRC/25/65 del 12 de febrero de 2014; véase también, sobre la situación de los derechos humanos en la República Árabe Siria, Consejo de Derechos Humanos, Resolución 19/22 del 14 de septiembre de 2013; Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la situación en Siria, Informe A/HRC/21/32 del 15 de septiembre de 2013.

29 Comisión Internacional Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, p. 2 y ss. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/OralUpdate18March2014.pdf>

30 *Ibid.*, pp. 4-5.

31 Secretario General de la ONU, Informe S/2014/3 sobre los niños en el conflicto armado en Siria, 27 de enero de 2014; Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, pp. 5-6.

militares del gobierno y que cientos de menores han sido utilizados como soldados. También se han cometido otras atrocidades contra la población civil por parte de las fuerzas militares del gobierno y de las milicias progubernamentales, como, por ejemplo, ataques a hospitales, al personal médico y a la propiedad cultural. Todas estas violaciones han sido constatadas por la Comisión Internacional Independiente sobre Siria³².

Por otra parte, los grupos no gubernamentales han cometido graves violaciones de derechos humanos y ataques contra la población civil y no combatiente³³. Hay informes de torturas por parte de los rebeldes, de asesinatos ilegales o selectivos, así como de actos de violencia sexual contra mujeres. También se han documentado abusos a menores por parte de los grupos no gubernamentales, que los utilizan como niños soldados³⁴. Todas estas violaciones han sido recogidas en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas³⁵.

Durante los años del conflicto, la desesperación de la población civil ha provocado un gran número de desplazados internos y refugiados. Según las últimas estimaciones, 9 millones de personas han tenido que abandonar sus casas³⁶. Entre ellos, al menos 4,25 millones son desplazados internos, principalmente, mujeres, niños y ancianos³⁷. La situación de la población en ciertas ciudades, como Homs, es terrible, ya que carecen de lo más mínimo para sobrevivir³⁸.

4.2. El derecho internacional aplicable frente a estas violaciones

Para identificar las normas del derecho internacional aplicables a la situación de la población siria, se debe calificar previamente el tipo de conflicto armado. La aplicabilidad de las reglas del derecho internacional humanitario depende, en principio, de la existencia de un conflicto armado en el territorio

32 *Ibid.*, p. 1.

33 *Ibid.*, p. 2 y ss.

34 Secretario General General de la ONU, Informe S/2014/3 sobre los niños en el conflicto armado en Siria, *op. cit.*

35 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Resolución 19/22, *op. cit.*, pp. 1-2.

36 Noticias de la ONU, “‘Compassion Does Not Suffice,’ UN Rights Panel Says, Urging Immediate End to Bloodshed in Syria”, 18 de marzo de 2014.

37 Asamblea General de la ONU, A/67/931 del 15 de julio de 2013, sobre la protección y asistencia internacional a los desplazados: La situación de los desplazados internos en la República Árabe Siria, p. 7.

38 Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, pp. 1-2.

de un Estado. En términos generales, dos criterios determinan la existencia de un conflicto armado, según lo previsto en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra³⁹: la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes beligerantes. El caso sirio cumple con ambos criterios, a pesar de suscitar ciertas dudas en sus inicios en relación con la necesaria organización de las partes beligerantes. En la actualidad, el elevado grado de organización de los grupos armados no estatales y su control efectivo de ciertas partes del territorio disipa cualquier atisbo de duda al respecto⁴⁰. Por ello, el conflicto en Siria es un conflicto armado de índole no internacional.

4.2.1. El derecho internacional humanitario aplicable en Siria

La existencia de un conflicto armado de índole no internacional en Siria implica la aplicación de los estándares de protección del derecho internacional humanitario pertinentes a este tipo de conflicto. De acuerdo con la doctrina consolidada del derecho internacional humanitario, para que se puedan aplicar sus normas y principios es necesario un vínculo (*nexus*) con el conflicto –como, por ejemplo, ataques aislados a combatientes realizados fuera de las zonas de combate–, con independencia de que la lucha armada se concentre solamente en determinadas partes del territorio sirio. En este sentido, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II (1977), y el derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a conflictos internos de índole no internacional⁴¹, establecen estándares mínimos de protección a la población civil y a las personas que no participen directamente en las hostilidades. En concreto, el artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra establece el necesario trato humano y reconoce que las personas “que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera

39 El Protocolo Adicional II determina su ámbito de aplicación material en su art. 1(1): “El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ... se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales [...] y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

40 Ver Rule of Law in Armed Conflicts Project (RULAC), *Applicable International Law*, del 13 de julio de 2013; Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, párr. 152.

41 La situación es distinta en los Altos del Golán que está bajo la ocupación militar israelí, donde se aplica el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional. Ver Rule of Law in Armed Conflicts Project, *Applicable International Law*, op. cit.

de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad [...]”. Se prohíben, consecuentemente, “en cualquier tiempo y lugar los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios”⁴².

El Protocolo Adicional II desarrolla y completa las garantías del citado artículo 3 común, estableciendo las garantías fundamentales de trato humano de manera general (artículo 4), para las personas privadas de libertad (artículo 5) y el debido proceso (artículo 6). Más aun, se contemplan garantías especiales para los heridos, enfermos y náufragos (artículos 7-12), con explícitas garantías en cuanto a la protección de personal sanitario o religioso, la misión médica y las unidades y medios de transporte. Asimismo, se concretan medios específicos para la protección de la población civil (artículos 13-18). La mayoría de estas garantías son de derecho consuetudinario⁴³, el que en este caso adquiere una mayor importancia, ya que Siria no ha ratificado el Protocolo Adicional II⁴⁴. La protección que dispensa el Protocolo Adicional II es aplicable en Siria en virtud de su carácter consuetudinario.

Los estándares de protección del derecho internacional humanitario son aplicables a todas las partes beligerantes del conflicto en Siria. Es decir, tanto a las fuerzas militares del gobierno (y sus grupos progubernamentales) como a los grupos armados no gubernamentales. Esta “extensión” a actores no gubernamentales está prevista en el artículo 3 común al referirse a “cada una de las Partes en conflicto”. Aunque el Protocolo Adicional II es menos explícito, su aplicación a todas las partes del conflicto se puede deducir de su contexto en aras de su necesaria efectividad⁴⁵. Además, esta aplicabilidad del derecho internacional humanitario a todas partes de conflicto ha sido

42 El art. 3 común a los 4 Convenios de Ginebra.

43 Henckaerts, Jena-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional consuetudinario*, Volumen I: Normas (CICR), 2007.

44 Ver texto completo disponible en: <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=475>.

45 Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe y Zimmermann, Bruno (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (CRC/Nijhoff), 1987, párr. 4442: “La supresión en el texto de toda mención de ‘partes en conflicto’ solo afecta al borrador del instrumento, y no cambia su estructura desde el punto de vista legal. Todas las reglas se basan en la existencia de dos o más partes enfrentadas entre sí. Estas reglas otorgan los mismos derechos e imponen las mismas obligaciones al gobierno establecido y al partido insurgente, y todos estos derechos y deberes tienen carácter puramente humanitario”. (Traducción propia).

confirmada por la jurisprudencia internacional⁴⁶ y la doctrina. Así, sostiene Clapham:

Aunque las posibilidades teóricas siguen siendo para los Estados de otorgar derechos y obligaciones a los rebeldes mediante el reconocimiento, ya sea como insurgentes o beligerantes, tiene más sentido hoy para considerar rebeldes insurgentes (no reconocidos insurgentes) simplemente como destinatarios de las obligaciones internacionales en virtud del derecho internacional humanitario contemporáneo, especialmente las obligaciones contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en el Protocolo II de 1977 a los Convenios de Ginebra y en el artículo 19 de la Convención de La Haya sobre los Bienes Culturales de 1954⁴⁷.

Estas disposiciones son igualmente aplicables en Siria, tal y como lo corroboran los informes de las Naciones Unidas⁴⁸. Por ello, los grupos armados no gubernamentales también tienen obligaciones de derecho internacional humanitario.

4.2.2. El derecho internacional de los derechos humanos aplicable en Siria

El régimen internacional de los derechos humanos también es aplicable al conflicto sirio. En términos generales, los estándares de protección de derechos humanos se aplican durante los conflictos armados si el Estado en conflicto no ha derogado sus obligaciones y siempre y cuando el régimen general de los derechos humanos no esté relegado a un segundo plano por el derecho humanitario, que opera como *lex specialis* de los derechos humanos en tiempos de guerra⁴⁹. Las obligaciones de derechos humanos no se derogan

46 Véase, por ejemplo, la Sala de Apelación del Tribunal Especial de Sierra Leona, que sostuvo: “está bien establecido que todas las partes en un conflicto armado, ya sean Estados o actores no estatales, están obligados por el derecho internacional humanitario, a pesar de que solo los Estados pueden ser partes en los tratados internacionales”. (Traducción propia). *Prosecutor vs. Sam Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-2004-14-AR72 (E), 31 de mayo de 2004, párr. 22.

47 Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, (OUP), 2006, p. 271. (Traducción propia).

48 Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, pp. 1-2.

49 Véase *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict* (UN Human Rights Office of the High Commissioner), 2011; Lubell, Noam, “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, 2006, p. 737. Ver ICJ, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza uso de armas nucleares, 8 de julio de 1996, párr. 25.

automáticamente, sino que se consideran los estándares de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario como un bloque unitario, asumiendo que esos estándares son comunes a ambos regímenes. Por ejemplo, la prohibición de la tortura se garantiza en diversos instrumentos jurídicos, como en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT); y en alusión al necesario “trato humano” del artículo 4.2.a) del Protocolo Adicional II, que prohíbe “los tratos crueles tales como la tortura”. En este ámbito, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ofrecen una protección similar.

Durante el conflicto, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Siria son plenamente aplicables⁵⁰. En concreto, el PIDCP; la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño; la CAT; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer; constituyen el marco legal pertinente. Por el contrario, Siria no ha ratificado la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁵¹. También el derecho internacional consuetudinario de derechos humanos resulta aplicable. Las obligaciones de derechos humanos más relevantes para la situación de la población civil siria son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, las garantías de la libertad y seguridad de las personas, los derechos económicos y sociales –como el derecho a la salud y a un estándar adecuado de vida– y los derechos de las mujeres y de los niños. En este contexto, la pregunta que se suscita es si estas obligaciones de derechos humanos afectan igualmente a los actores no estatales. Esta cuestión es más controvertida⁵² que la relativa a la obligatoriedad del derecho internacional humanitario a los grupos no gubernamentales⁵³. Según

50 Estado de las ratificaciones de tratados internacionales por parte de la República Árabe Siria: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=170&Lang=EN (31 de marzo de 2014).

51 Íd.

52 Sobre la opinión tradicional, véase, Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, (OUP) 2012, pp. 95-100.

53 Esto es así por varias razones. Primero, porque los instrumentos de derechos humanos estipulan obligaciones solamente para los Estados (y no para grupos no gubernamentales). Por ejemplo, el art. 2 PIDCP establece: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto [...]”. Esa formulación se distingue del art. 3 común que

la doctrina tradicional, las fuerzas armadas sirias estarían vinculadas por el régimen internacional de derechos humanos, pero no los grupos no gubernamentales. Sin embargo, existe la tendencia hacia una aplicabilidad de los estándares mínimos de protección consuetudinarios de derechos humanos a los actores no estatales. Así lo afirma Clapham al considerar que los actores no gubernamentales estarían obligados por un mínimo de obligaciones de derechos humanos:

Con respecto a las obligaciones de derechos humanos, se ha visto que estas son actualmente presumidas por las Naciones Unidas de aplicar cuando son flagrantemente negadas por una facción, las partes en un conflicto o un grupo de la oposición armada. Para Dieter Fleck es simplemente “lógico” que, si los insurgentes pueden tener obligaciones en virtud del derecho humanitario, también deben ser capaces de soportar las obligaciones de derechos humanos. Desde aquí hay un pequeño paso a sugerir que tales obligaciones internacionales de derechos humanos se aplican en todo momento a todos los grupos armados de oposición (incluso antes de que los llamamientos del Consejo de Seguridad)⁵⁴.

En el conflicto de Siria, se aplicaría esta amplia interpretación en el sentido de que también los grupos no gubernamentales son destinatarios de las obligaciones de derechos humanos. En principio, algunas instituciones de las Naciones Unidas aceptan la aplicabilidad de estas obligaciones. Por ejemplo, la Comisión Independiente de Investigación afirmó que los grupos no gubernamentales asumían igualmente un mínimo de obligaciones de derechos humanos⁵⁵. En relación con las desapariciones forzadas, la Comisión estableció:

se refiere a “las partes de conflicto”, admitiendo la inclusión de grupos no gubernamentales. Segundo, se niega el reconocimiento a grupos no gubernamentales como destinatarios de obligaciones de derechos humanos porque ello daría legitimidad a esos grupos armados no gubernamentales de ser considerados destinatarios. Finalmente, por razones prácticas: los grupos no gubernamentales carecen de los sistemas necesarios para garantizar determinados derechos humanos, como, por ejemplo, el debido proceso, que se supone solo apela al gobierno de un Estado. Véase Moir, Lindsay, *The Law of International Armed Conflict*, (CUP), 2002, p. 194; Clapham, “Non-State Actors”, <http://ssrn.com/abstract=1626284>, p. 18, en Moeckli, Daniel, Sha, Sangeeta y Sivakumaran, *International Human Rights Law*, 2ª ed., (OUP), 2013.

54 Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit.

55 Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, párrs. 106-107.

aunque los grupos armados contrarios al gobierno no son per se parte en la Convención [Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas], sus acciones pueden ser evaluadas con arreglo a los principios de derecho internacional consuetudinario, y están sujetas a responsabilidad penal por la desaparición forzada que asciende a un crimen contra la humanidad⁵⁶.

Se puede asumir, por tanto, que en el conflicto sirio también los grupos no gubernamentales están vinculados por un mínimo de obligaciones de derechos humanos. Esta realidad adquiere especial importancia debido a que el derecho internacional de los derechos humanos prevé mecanismos de rendición de cuentas más amplios que el derecho internacional humanitario, como, por ejemplo, sus sistemas de relatores especiales⁵⁷.

4.2.3. El derecho internacional penal aplicable en Siria

En el contexto del conflicto sirio están en juego también cuestiones de justicia penal internacional para las personas responsables de cometer crímenes internacionales. Son aplicables las normas del derecho internacional penal en caso de ciertas violaciones graves de derechos humanos; en particular, por crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional y crímenes de lesa humanidad⁵⁸. Todos los individuos responsables de graves violaciones de derechos humanos –con independencia de si apoyan al gobierno o a los rebeldes– son susceptibles de incurrir en responsabilidad individual penal ante un tribunal internacional. Es relevante destacar que Siria ha firmado pero todavía no ha ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)⁵⁹. Por ello, la Corte Penal Internacional será solo competente para juzgar los crímenes antes señalados si el Consejo de Seguridad refiere la situación de Siria al Fiscal de la Corte Penal Internacional en virtud del artículo 13.b) del Estatuto de Roma. No ha sido el caso hasta ahora y resulta improbable que ello ocurra en un futuro próximo, teniendo en cuenta el apoyo ruso a Siria y su facultad de “vetar” una resolución del Consejo de Seguridad al respecto.

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 85. (Traducción propia).

⁵⁷ Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., p. 285

⁵⁸ Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, párr. 152.

⁵⁹ Estado de las ratificaciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en (31 de marzo de 2014).

En definitiva, el derecho aplicable al conflicto sirio, y, en particular, a la situación de la población civil, resulta complejo ya que se compone de varios regímenes autónomos pero complementarios entre sí. Por una parte, el derecho internacional humanitario es aplicable al caso, ya que las hostilidades tienen la intensidad y los rebeldes el grado de organización necesarios para su aplicación. Igualmente resulta aplicable el régimen internacional de los derechos humanos, así como el derecho internacional penal, aunque hasta la fecha la Corte Penal Internacional carezca de jurisdicción. Se debe analizar cómo aplicar estos regímenes para la protección de la población siria.

4.3. Las violaciones de derechos humanos en Siria y el marco legal internacional

4.3.1. Las violaciones del derecho internacional humanitario

A la luz de los informes, se han constatado ataques indiscriminados a la población civil cometidos por las fuerzas armadas del gobierno y por los diversos grupos no gubernamentales; en concreto, asesinatos, torturas, desapariciones forzadas, toma de rehenes y el empleo de niños soldados⁶⁰. En el derecho internacional humanitario estos actos constituyen violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. En este se establece, *inter alia*, que toda parte del conflicto tiene la obligación de tratar con humanidad a las personas que no participen directamente en las hostilidades, independientemente de si son civiles o miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o que estén fuera de combate por enfermedad, por estar heridos, por detención o por cualquier otra causa. Asimismo, el artículo 4 del Protocolo Adicional II prescribe el necesario trato humano a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas. En particular, el artículo 4(2) del Protocolo Adicional II prohíbe en todo tiempo los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, los tratos crueles tales como la tortura de personas, la toma de rehenes, o los actos de terrorismo. Los ataques con bombas barril realizados por las fuerzas armadas del gobierno violan las obligaciones del derecho internacional humanitario, a pesar de que resulta controvertido si el artículo 3 común regula directamente esta forma de combate. Sin embargo, el derecho internacional consuetudinario y los principios de distinción y proporcionalidad sí prohíben

⁶⁰ Véase apartado 4.2 supra.

ataques indiscriminados utilizando, por ejemplo, ese tipo de bombas. Tales ataques constituyen también violaciones del Protocolo Adicional II; en particular, de su artículo 13, que prohíbe que la población civil sea objeto de ataque.

Los ataques a hospitales o medios de transporte sanitario cometidos por las fuerzas militares del gobierno y de grupos no gubernamentales contravienen las obligaciones de los artículos 9-11 del Protocolo Adicional II, que exigen la protección del personal sanitario (y religioso), la protección general de la misión médica y la protección de las unidades y medios de transporte sanitario.

4.3.2. Las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos

Las obligaciones de derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales deben aplicarse igualmente a los actos antes descritos. Por ejemplo, los ataques indiscriminados a la población civil constituyen también una violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del PIDCP. Esta misma norma se debe aplicar ante los asesinatos selectivos, ya que, como, establece el párrafo 1 de esa norma, “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Las torturas y los tratos inhumanos quedan prohibidos en el artículo 7 del PIDCP, así como en el artículo 2 de la CAT. Se debe destacar que la prohibición de la tortura constituye una norma del *ius cogens*. Es decir, que no puede ser derogada en tiempos de guerra. También resulta aplicable la protección del derecho a la libertad y seguridad de las personas, según el artículo 9 del PIDCP⁶¹, frente a las desapariciones forzosas constatadas en el conflicto sirio. El rapto de mujeres pueden ser considerado como tortura en el sentido del citado artículo 7 del PIDCP, además de suponer una violación de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Los abusos y violaciones de menores descritos anteriormente contravienen, sobre todo, la Convención sobre los Derechos del Niño. El empleo de niños soldados viola, además, las obligaciones específicas del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño. La situación terrible de la población sitiada en ciudades como Homs constituye graves violaciones

⁶¹ Una excepción de no tan fácil cumplimiento en conflictos armados es el art. 9 (4) del PIDCP: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

de los derechos económicos, sociales y culturales, tal y como son reconocidos y garantizados en el PIDESC. En particular, el asedio prolongado merma por igual el derecho a la vida y el derecho a la salud. Por todo ello, la Comisión Independiente de Investigación constató en su informe que

La República Árabe Siria ha actuado en violación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Las fuerzas gubernamentales han hecho caso omiso de los derechos humanos fundamentales de las personas bajo su control y en su custodia. Como Estado, la República Árabe Siria es responsable de todos los actos cometidos por sus agentes sancionados oficialmente, en violación de sus obligaciones en virtud de tratados internacionales⁶².

En relación con los rebeldes, la Comisión Independiente de Investigación constató en 2013 violaciones concretas al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que “grupos armados antigubernamentales también son responsables de la utilización de niños menores de 18 años en hostilidades en violación del CRC-OPAC [Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño], que por sus términos se aplica a los actores no estatales”⁶³. Estas violaciones han sido condenadas por el Presidente del Consejo de Seguridad en octubre de 2013⁶⁴ y provocaron la adopción de la ya citada Resolución 2139 (2014) del 22 de febrero de 2014.

4.3.3. Las violaciones del derecho internacional penal

Como se ha analizado anteriormente, algunas de las violaciones graves de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos constituyen crímenes internacionales, crímenes de guerra y crímenes de lesa de humanidad, al tenor del artículo 8 (2.c) del Estatuto de Roma. Esta norma establece

62 Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, párr. 151. (Traducción propia).

63 *Ibíd.*, párr. 44 y p. 2. (Traducción propia).

64 Presidente del Consejo de Seguridad de la ONU, S/PRST/2013/15, 2 de octubre de 2013.

una lista de actos que constituyen crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional, en los siguientes términos:

A los efectos del presente Estatuto, se entiendo por crímenes de guerra: [...] c. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 d agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i. los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura [...]

Además, el artículo 8(2.e) del Estatuto de Roma puntualiza que se entien-
de por crimen de guerra:

[...] Otras violaciones graves de las leyes y los usos en los conflictos armados que no sean de índole internacional, [...] dirigir intencionalmente ataques contra la población civil [...] contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios [...] ataques contra edificios dedicados a la religión [...] cometer actos de violación, esclavitud sexual, [...] reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades [...]

El artículo 7 del Estatuto de Roma resulta relevante para la responsabilidad penal individual en cuanto a los crímenes de lesa humanidad cometidos en Siria, entendidos como

[...] cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado [...] o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a. Asesinato; [...] f. Tortura; g. Viola-
ción, esclavitud sexual, prostitución forzada, [...] o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; [...] i. Desaparición forzada de personas [...]

Al amparo de estas disposiciones, se puede afirmar la responsabilidad penal individual de los responsables de estos crímenes cometidos a lo largo del conflicto en Siria. Así, todas las violaciones graves de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos antes mencionadas cometidas por el régimen de Damasco y por los grupos no gubernamentales pueden ser consideradas crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, tal y como se recoge por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 19/22 del 10 de abril de 2012⁶⁵.

Siria no ha ratificado el Estatuto de Roma, por lo que la Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción sobre la situación en ese país. En el caso de que se estableciese su competencia por remisión del Consejo de Seguridad, de acuerdo con artículo 13.b) del Estatuto de Roma, la Corte podría llegar a enjuiciar a los responsables de tales crímenes, independientemente de si sus autores son miembros del ejército sirio o de los grupos armados no gubernamentales. Es más, el artículo 25 del Estatuto de Roma establece que “[q]uien cometa un crimen en la competencia de la Corte será responsable individualmente [...]”, sin importar que “[c]ometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro [...] [o]rdene, proponga o induzca la comisión de ese crimen“. Además, el artículo 28 establece la responsabilidad de los jefes y otros superiores por los crímenes cometidos bajo su comando y control efectivo cuando hubiere sabido o hubiere debido saber de esos crímenes y no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión.

Consideraciones finales

Como se ha podido comprobar, los tres años de conflicto armado en Siria arrojan un balance contradictorio. Por una parte, existen numerosas violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos que afectan a la población siria y que han sido cometidos tanto por las fuerzas armadas del gobierno y grupos paramilitares asociados al régimen de Damasco como por facciones no gubernamentales y grupos yihadistas vinculados a Al-Qaeda, violaciones reconocidas y condenadas por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 19/22 del 10 de abril de

65 Comisión Independiente sobre Siria, Informe del 18 de marzo de 2014, p. 1.

2012 y por el Consejo de Seguridad de la ONU en su Resolución 2139 del 22 febrero de 2014. Estos reconocimientos y condenas no bastan para aliviar el sufrimiento de la población.

Por otra parte, en el ámbito político, el Consejo de Seguridad está bloqueado por el veto casi sistemático de Rusia y China que busca evitar una intervención militar. Esto resulta deplorable ya que impide poner fin a los sufrimientos de la población y llevar ante la justicia internacional a los responsables de esos crímenes, a través de la acción del Consejo de remitir la situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Ante esta situación, son entendibles las críticas a la “pasividad” del Consejo de Seguridad. Las instituciones internacionales de derechos humanos –en particular, Consejo de Derechos Humanos– no han cesado de poner en evidencia ante la opinión pública internacional la preocupante situación en Siria y las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en ese país, aunque con ello no se consiga frenarlas. La Comisión Independiente de Investigación ha hecho un llamamiento a los Estados de la Comunidad Internacional a ejercer su influencia sobre Siria con el fin de que esta cumpla con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, de forma clara y contundente, al señalar que

[...] los Estados que ejercen influencia sobre las facciones en la República Árabe Siria deben actuar para garantizar que estas partes cumplan con las normas del derecho internacional humanitario. El Consejo de Seguridad tiene responsabilidad por permitir que las partes en conflicto violen estas reglas con impunidad⁶⁶.

Tampoco las dos Conferencias de Ginebra han abordado con decisión la situación de la población civil, que carece de las condiciones mínimas de subsistencia, a pesar de los intentos de Lakhdar Brahimi, el mediador de la ONU.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 2. (Traducción propia).

EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU DIÁLOGO CIRCULAR CON LA POLÍTICA DOMÉSTICA E INTERNACIONAL: ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL FALLO SOBRE LA CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA NICARAGUA CONTRA COLOMBIA DE 2012 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Fabián Augusto Cárdenas Castañeda¹

Resumen

El presente artículo realiza una presentación completa del fallo de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) relativo a la *Controversia territorial y marítima Nicaragua contra Colombia* de 2012. El texto determina el área disputada, explora los antecedentes remotos e inmediatos del diferendo y explica los fundamentos de la demanda, los argumentos de la defensa y el fallo de excepciones preliminares, así como el fallo de fondo, junto con ofrecer reflexiones sustanciales y un análisis de la metodología vigente de la CIJ para la delimitación marítima. Asimismo, el texto discute los diversos escenarios jurídicos y políticos que se han presentado con posterioridad a la emisión del fallo y que han determinado que el mismo aún no haya sido implementado, incluidos algunos debates constitucionales e internacionales que se han presentado en Colombia. La finalidad del artículo no es simplemente descriptiva, sino que busca poner en evidencia como, antes, durante y después del fallo, el derecho aplicable se vio siempre influenciado por factores no legales, ilustrando que el derecho internacional ha sido objeto de un diálogo circular entre lo jurídico y la política doméstica e internacional. Tal fenómeno resalta los aciertos de la escuela crítica del derecho internacional y plantea una invitación a considerar la formalización de lo informalizado.

¹ Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. LLM en Derecho Internacional Público de Leiden University (Países Bajos). Abogado (Diploma de Honor) y especialista en Derecho Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor e Investigador en Derecho Internacional en diversas universidades colombianas. Miembro Fundador y editor general del blog oficial de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. TTR @fbncardenas

Introducción: La política del derecho internacional

Los postulados teóricos del positivismo jurídico excluyente, propios de la modernidad, defienden la tesis de la separabilidad² entre el derecho y todo lo que no lo es (como la moral, la política, la sociología, la psicología, la economía, etc.)³, pero hechos concretos como los ocurridos antes, durante y después de la *Controversia territorial y marítima Nicaragua contra Colombia* desafían y ponen en duda tales postulados. Estos acontecimientos evidencian un diálogo permanente y circular entre la política nacional, el derecho internacional y la política internacional. Este diálogo suele estar enmarcado dentro de lo que se denomina derecho internacional.

En este sentido, la postmodernidad, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, ha traído consigo perspectivas que han buscado entender eventos donde es innegable la influencia de factores no legales dentro de lo legal. Martti Koskenniemi, una de las caras visibles de la escuela crítica (CLS, en su sigla en inglés), afirma al respecto que: “El derecho internacional es una expresión de la política al igual que el cristianismo constituye el tipo de expresión de la espiritualidad religiosa”⁴.

Ahora bien, no se trata de un problema descriptivo, respecto a que el derecho esté ligado o no a la política. La verdadera dificultad se presenta cuando la existencia de dicho vínculo pueda generar indeterminación, incoherencia, prejuicios, fallas, *inter alia*, del sistema jurídico, ya que ello pone en entredicho el ejercicio de la justicia implementada desde el derecho, como puede ocurrir, por ejemplo, con una sentencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ). En tal sentido, desde una perspectiva trágica, Koskenniemi concluye que: “la indeterminación, la decisión y el sesgo son aspectos inevitables de todo el trabajo en el derecho internacional”⁵.

Entre ambas miradas totalmente opuestas, aquella que defiende la “pureza” del derecho y esta que lo cataloga como una expresión más de la política,

2 La tesis de la separabilidad propia del positivismo jurídico incluyente defiende la relación dicotómica entre Derecho y otras ciencias. Ver, por ejemplo, Waluchow, Wil, “Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism”, en Alder, Mathew y Himma, Kenneth Einar (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford Scholarship Online), 2009. Disponible en: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780195343298.001.0001/acprof-9780195343298>

3 Himma, *Derecho y moral: El debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 56, (Universidad Externado de Colombia), 2011, pp. 53-57.

4 Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law*, (Hart Publishing), 2011, p. v. (Traducción propia).

5 *Ibid.*, p. vi.

se encuentra la práctica internacional cotidiana. En lo que respecta a la CIJ, existen diversos reportes que dan cuenta de su (usual) efectividad⁶, así como del rol que ha desempeñado para la implementación de uno de los principios claves del derecho internacional contemporáneo: la obligación de solucionar pacíficamente las controversias. Estados políticamente importantes –como EE.UU.– han decidido apartarse de la jurisdicción de la CIJ, pero la mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional respaldan su ejercicio⁷. Asimismo, en algunas oportunidades los fallos de la CIJ no han sido acatados –frente a lo cual el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) ha decidido no usar sus poderes para implementarlos⁸–, aunque la mayoría de sus decisiones ha sido implementada. La pregunta central que esto plantea es si la eficacia del derecho internacional se mide con la vara *weberiana* de la capacidad total de ejercer un monopolio infalible de coacción⁹ o si su verdadera eficacia y razón de ser radica en su capacidad prescriptiva –y no solo adjudicativa–¹⁰, a pesar de sus eventuales y posibles fallas.

Normalmente los fallos de la CIJ suelen implementarse. El caso de la *Controversia territorial y marítima Nicaragua contra Colombia* –hasta el momento– constituye una de las excepciones. Hoy en día su implementación efectiva depende en gran medida de capacidades políticas al interior de los Estados involucrados y de los espacios internacionales a los cuales puede acudir la CIJ, como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la Asamblea General de Naciones Unidas. El diferendo, desde sus antecedentes más remotos y aún con posterioridad a la emisión del fallo de fondo, ha sido influenciado por diferentes coyunturas políticas nacionales e internacionales. Es un ejemplo ilustrativo para los críticos.

6 Coiller, J. G., “The International Court of Justice and the Peaceful Settlement of Disputes”, en Fitzmaurice, Malgosia, *Fifty Years of the International Court of Justice*, (Cambridge University Press), 1996, p. 364.

7 A la fecha, la base de datos de la ONU registra 83 países que, de forma abierta o restringida, aceptan la jurisdicción de la CIJ. Mas detalles en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-4&chapter=1&lang=en#1 (consultado por última vez el 4 de abril de 2014).

8 Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto y Herrera, Viviana, “Desenmascarando el tabú: La Corte Internacional de Justicia y el incumplimiento a sus fallos”, en Prieto Sanjuan, Rafael (coord.), *La defensa jurídica internacional del Estado*, (Pontificia Universidad Javeriana), 2014 (en preparación).

9 Weber, Max, *The Vocation Lectures. Science as Vocation and Politics as Vocation*, Owen David y Strong, Tracy (eds.), Rodney Livingstone (traductor), (Hackett Publishing Company), 2004.

10 Yasuaki, Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, The Hague Academy Course Collected, Vol. 342, (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, p. 185.

El presente artículo, que incluye un cuerpo descriptivo en la fase inicial y un marco reflexivo en la parte final, pretende ofrecer una mirada completa y comprensiva de esta controversia desde el derecho internacional. Para tales efectos, 1) se identificará el trasfondo del diferendo y las áreas territoriales y marítimas en disputa; 2) se presentarán los principales antecedentes históricos del caso, que fue demandado en 2001 pero que data desde la época de la colonia; 3) se hará una revisión detallada de las pretensiones de la demanda y del resultado de los fallos preliminares y 4) del fallo de fondo, con especial énfasis en los resultados finales y en los argumentos determinantes de la decisión, incluyendo el (ab)uso del principio de equidad; 5) finalmente, se hará una descripción ligada a algunas reflexiones sobre la implementación del fallo y su presunta confrontación con sistemas constitucionales domésticos.

Este relato sintético pero completo del caso no solo busca fines de reconstrucción fáctica, sino que pretende poner en evidencia el debate teórico escuetamente enunciado en estas reflexiones preliminares, reflexionando sobre la medida en que las causas, desarrollo y resultado de una controversia jurídica internacional están altamente mediados por circunstancias, contextos y decisiones de naturaleza política, de modo que el derecho internacional genera un diálogo circular entre política doméstica, derecho y política internacional.

1. Determinación general de la controversia

El fallo de la Corte Internacional de Justicia relativo a la *Controversia territorial y marítima Nicaragua contra Colombia* (2012) concierne a una disputa de hecho y de derecho frente a la titularidad del archipiélago de San Andrés, ubicado en el Mar Caribe –cuya conformación hace parte también del diferendo–, así como a la delimitación marítima entre los Estados. Mientras que Colombia alegaba la soberanía sobre el archipiélago y todas sus formaciones localizadas al oriente del meridiano 82 –el cual también sería para ese país el límite marítimo entre los dos países–, Nicaragua buscaba hacer valer presuntos títulos históricos y normas consuetudinarias del mar para reclamar dichos espacios marítimos y formaciones terrestres, sobre los que Colombia tradicionalmente ha sido ejercido soberanía.

En primer lugar, se llevará a cabo una identificación geográfica de la zona en discusión, para luego hacer mención de las pretensiones y argumentos presentados por las partes a lo largo del procedimiento.

El archipiélago de San Andrés (ver sketch-map No. 11 del fallo, pág. 571)

De conformidad con el fallo, “[e]l área donde se ubican las formaciones marítimas en disputa (listadas en las pretensiones de las partes en los párrafos 16 y 17 superiores) y donde se deberá llevar a cabo la delimitación se encuentra en el mar Caribe. El mar Caribe es un brazo del océano Atlántico parcialmente rodeado al norte y al este por las islas de las indias occidentales y ligadas al oeste y al sur por América del sur y América central”¹¹. Al respecto, Prieto Sanjuán complementa que “El archipiélago hace parte de una cordillera submarina llamada elevación de Nicaragua (Nicaragua Rise), que se extiende entre Nicaragua y las islas de Jamaica y La Española, compartida por Haití y República Dominicana”¹².

En adición de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –de 26; 17,5 y 1 km² respectivamente–, las islas principales del archipiélago, también formaron parte de las formaciones en disputa los cayos Albuquerque (North y South Cay), Este Sudeste, Roncador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo. Fue criticado el hecho de que la CIJ no identificara de forma completa el archipiélago y se limitara a mencionar únicamente las formaciones en disputa, ya que, en adición de las mencionadas, también hacen parte del archipiélago los bancos Alicia, Cayo Bajo, Bayley, Basalt, Bolívar, Cayo Arena, Cayo del Este, Cayo del Oeste, Easy, Grunt, Palm, Southwest Cay, Cayo Beacon, Cayo Medio y West Breaker, además de los cayos Santander, Rocosó, Acuario, Córdoba, Sucre (Johnny Cay), Cayo Hermanos y Cayo Cangrejos¹³.

La importancia del archipiélago y demás espacios marítimos envueltos en la controversia no se limita a los valores inmateriales que conllevan el ejercicio de la soberanía colombiana sobre una porción de su territorio o al mensaje de poder y capacidad jurídico política internacional que va incluido en toda controversia de orden territorial, sino que también se relaciona con el enorme valor de tipo económico, social y cultural que representa el archipiélago para Colombia. Esto explica por qué el diferendo siempre ha sido de la mayor sensibilidad al interior del Estado colombiano: si bien en

11 Corte Internacional de Justicia (CIJ), Controversia Territorial y Marítima Nicaragua contra Colombia. Fondo, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012, párr. 18. Traducción de Ricardo Abello Galvis, Walter Arévalo Ramírez, Andrés Sarmiento y María Carolina Caro Ferneyes, en Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Vol. 5, 2012, pp. 219-396.

12 Prieto Sanjuán, Rafael y Lozano Almario, Andrea, *El fallo de La Haya en la controversia territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia)*, (Colección Monografías Universidad Javeriana - Ed. Ibañez), 2013, p. 27.

13 *Ibíd.*, p. 33.

la CIJ se vio como un caso más, internamente se consideró un asunto de la máxima gravedad.

Como reseña Prieto Sanjúan: “vale la pena resaltar que en 1953 la Isla de San Andrés fue declarada como puerto libre menor; declaración que fue acompañada de las respectivas exenciones de impuestos a las mercancías [...]. Esto tuvo como consecuencia la transformación del archipiélago en un punto clave del turismo y el comercio en general”. Asimismo, esta región colombiana ha tenido una importante significación para la economía nacional, por cuanto “se encuentra entre los diez departamentos colombianos con el porcentaje de PIB más alto. Por ello, el archipiélago se constituye en foco central de las relaciones económicas con los países vecinos”¹⁴.

Respecto del valor medioambiental del archipiélago de San Andrés, Bolaños y Acosta han enunciado los siguientes factores:

1. Es el departamento más grande del país;
2. Dentro de la reserva de la biósfera (seaflower) se tiene la décima área marina protegida más grande del mundo;
3. Posee el tercer arrecife periférico oceánico más largo del mundo y barreras coralinas que se extienden por 223km [...];
4. Representa el área coralina más extensa de Colombia y en mejor estado de desarrollo y condición;
5. Incluye una muestra de todos los tipos de arrecife de coral (atolón, arrecife barrera, de plataforma, de parche y comunidades coralinas);
6. Presenta otros ecosistemas estratégicos someros como lo son las praderas de fanerógamas marinas (“pastos marinos”, antes habitados por manatíes) y los bosques de manglar, de gran importancia, por ser lugares de crianza, diversidad (presencia de peces, crustáceos, moluscos, equinodermos, entre otros) y productividad¹⁵.

Respecto de la riqueza pesquera del área, Serrano y García señalan que “el espacio sujeto a la controversia contiene mas de 400 especies de peces, 48 tipos de corales duros, 54 de corales blandos, 130 de esponjas, 37 de moluscos, 37 de crustáceos, 157 de aves, 3 de pastos marinos y 4 de manglares”¹⁶.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 50.

¹⁵ Bolaños, Nacor y Acosta, Alberto, “¿Qué perdió Colombia con el fallo de La Haya?”, en *Revista Javeriana*, N° 792, (Pontificia Universidad Javeriana), 2013, p. 56.

¹⁶ Serrano Rojas, Oriana y García Mora, Natalia, “El fallo de La Haya y sus implicaciones en la pesca en la voz de los pobladores”, en *Revista Javeriana* N° 792, (Pontificia Universidad Javeriana), 2013, p. 80.

Asimismo, se debe mencionar la posible existencia de grandes cantidades de petróleo en el área disputada, además del valor geoestratégico del archipiélago, que ha generado el interés del grupo chino HKND del empresario Wang Jing para la construcción de un nuevo canal interoceánico. Estas aspiraciones han sido ventiladas por Nicaragua con posterioridad al fallo, dando origen a controvertidas posiciones al interior de Colombia respecto a una supuesta conspiración China o “llegada del dragón”, como la denominó la ex canciller colombiana Noemí Sanín¹⁷.

Aunque las anteriores no son las únicas características de valor que tiene el archipiélago de San Andrés, es evidente por qué existió tanto interés de las partes por las zonas en disputa a lo largo de décadas, tanto en el plano diplomático como, por más de once años, en el procedimiento ante la CIJ, ya que se encontraban en juego tanto títulos históricos y valores soberanos, como activos patrimoniales, económicos, culturales, ambientales y ecológicos de notable relevancia.

2. Antecedentes históricos de la controversia

Debido a la conmoción que generó en Colombia un proceso judicial internacional en el que estaba en juego el archipiélago de San Andrés, el gobierno manifestó su aparente sorpresa frente a la demanda, aunque lo cierto es que la controversia se encontraba latente por varias décadas hasta que, el 6 de diciembre de 2001, se depositó oficialmente la aplicación de Nicaragua. Las tensiones políticas que generaron el diferendo y la intención de Nicaragua de llevar el tema a la justicia internacional, así como los posibles argumentos jurídicos que esgrimiría, eran previsibles. Como hemos manifestado en otra oportunidad, la demanda de Nicaragua no fue sino un vino añejo en odres nuevas¹⁸.

Aunque en 1967 se produjo un incidente importante entre los dos países derivado del otorgamiento de concesiones petroleras que hizo Nicaragua en el área relevante, lo que motivó notas de protesta de la cancillería colombiana, el debate respecto del archipiélago de San Andrés y el límite marítimo solo se agudizó en 1980.

17 Ver comentario a tales argumentos, *El Espectador*, Cárdenas, “El efecto dragón causado por Noemí”, 12 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/el-efecto-dragon-causado-noemi-articulo-463882>

18 Cárdenas, “¿Vino añejo en odres nuevas? El Libro blanco de la República de Colombia de 1980 y el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 2012 por el diferendo con Nicaragua”, en *Revista Javeriana*, N° 792, (Pontificia Universidad Javeriana), 2013, p. 46.

En abril de ese año, el canciller colombiano Diego Uribe Vargas publicó el *Libro blanco de la República de Colombia*¹⁹, elaborado en respuesta a una declaración y memorial adjunto expedidos por la Junta de Reconstrucción Nacional de Nicaragua del 4 de febrero de 1980, titulado también *Libro blanco*²⁰. En el documento escrito por el canciller nicaragüense se alegaba la supuesta irregularidad de la adopción del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, tradicionalmente considerado como un tratado de límites entre Nicaragua y Colombia.

El *Libro blanco* colombiano hace un recuento histórico de los territorios y espacios marítimos en controversia. De acuerdo con la reseña, Cristóbal Colón, durante su cuarto viaje, hizo un reconocimiento a la costa comprendida entre el Golfo de Urabá y el Cabo Gracias a Dios, que en su momento recibió la denominación de “Veragua”. Posteriormente, el territorio fue asignado a Diego de Nicuesa mediante Cédula Real de 1508, a la gobernación a cargo de Felipe Gutiérrez en 1534, a la gobernación de Tierra Firme en 1537 y al Virreinato de Nueva Granada en 1739.

El *Libro blanco* da cuenta de los acontecimientos que rodearon los sucesos más importantes de la Costa de Mosquitos, a causa de los incidentes entre España y Portugal generados por la Guerra de Sucesión de España, que permitieron las ingestas revolucionarias de los indígenas miskitos apoyados por los ingleses; y de que, a lo largo de los años, se reiteró el ejercicio soberano de la Corona española en el territorio y los espacios marítimos puestos en discusión. Se narra que ese proceso histórico terminó con la Cédula Real de 1803, en la cual se dispuso que la Costa de Mosquitos, desde el Cabo Gracias a Dios hasta el río Chagres y el archipiélago de San Andrés, quedarían asignados a la Capitanía General de Guatemala, dependientes del Virreinato de Nueva Granada. A esto se añade un minucioso estudio del valor jurídico de la Real Orden de 1803 y su correspondiente lectura a la luz del derecho internacional vigente. Esta Real Orden es el fundamento que aseguró el concepto de *uti possidetis juris* como uno de los argumentos históricos más sólidos que presentó Colombia.

El canciller Uribe Vargas también expuso que bastaba con demostrar la *effectivités* ejercida sobre las formaciones marítimas para concluir que Colombia había venido realizando de forma pacífica e ininterrumpida actos

19 Uribe Vargas, Diego, *Libro blanco de la República de Colombia*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (Imprenta Nacional), 1980.

20 D'Escoto, Miguel, *Libro blanco sobre el caso de San Andrés y Providencia*, (Ministerio de Relaciones Exteriores de Nicaragua), 1980.

au nom du souverain o *con animo domine* sobre los territorios, lo que, de conformidad con el derecho internacional, corroboraba sus títulos sobre las formaciones²¹.

El *Libro blanco* de Colombia concluía, luego de minuciosos argumentos, que Nicaragua había vulnerado el principio de *Pacta Sunt Servanda* de categoría de *Jus Cogens*, y también desconocido que un tratado bilateral solo puede terminarse por acuerdo entre las partes y atendiendo a las normas del derecho de los tratados que regulan la terminación de estos, tales como: la ejecución del propósito del tratado, el cambio fundamental de circunstancias, la imposibilidad subsiguiente de ejecución del mismo, *inter alia*. Igualmente se enfatizaba que el Tratado Esguerra-Bárceñas era de aquellos que excluían la posibilidad de una denuncia o retiro, citando para el efecto Informes de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1966²².

Frente a la clara situación jurídica del Tratado, sostenía el canciller Uribe Vargas:

El Gobierno de Nicaragua debe continuar observándolo como lo ha hecho hasta el presente: no tiene otra alternativa. Colombia por su parte está atenta y vigilante para exigir y hacer respetar los deberes y obligaciones que, de conformidad con el Derecho Internacional se derivan del Tratado sobre Cuestiones Territoriales entre Colombia y Nicaragua. La República de Colombia cumplirá con las obligaciones y hará respetar los derechos que de dicho instrumento para ella se derivan²³.

En el marco del debate, siempre jugó un papel muy importante el contenido del Tratado sobre asuntos territoriales Esguerra-Bárceñas del 24 de marzo de 1928, en el cual Colombia reconocía “la soberanía y pleno dominio de la República de Nicaragua sobre la costa de Mosquitos comprendida entre el Cabo de Gracias a Dios y el río San Juan, y sobre las islas Mangle Grande y Mangle Chico, en el Océano Atlántico (Great Corn Island y Little Corn

21 Cárdenas, “¿Vino añejo en odres nuevas?”, op. cit.

22 Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Informe General Reportero Especial, 17 Período de Sesiones, 1966.

23 Uribe Vargas, *Libro blanco de la República de Colombia*, op. cit.

Island)”²⁴. Nicaragua –en congruencia con lo anterior– reconocía a su vez la soberanía de Colombia sobre “las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho archipiélago de San Andrés”²⁵. Mientras que Colombia consideró por varias décadas que el asunto se encontraba resuelto, Nicaragua pretendió desconocer este tratado alegando su invalidez así como la indeterminación respecto de las formaciones que se creían integraban el archipiélago, pese a lo que consagraba el Acta de Canje de los instrumentos de ratificación del Tratado de 1930, que claramente determinaba que “el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del Tratado referido no se extiende al occidente del Meridiano 82 de Greenwich”²⁶. Tal aseveración originó la creencia razonable de que el meridiano 82 era de hecho el límite marítimo entre Colombia y Nicaragua.

Aunque en 1980 se dio un debate acalorado entre ambos países a través de las citadas notas de protesta y los bien conocidos libros blancos, curiosamente el asunto fue adormecido por más de 20 años, hasta que, en 2001, Nicaragua decidió presentar la aplicación de la demanda. Resulta curioso que Nicaragua no persistiera en el promover la vía diplomática y que Colombia no hiciera nada para contener la pretensión durante dos décadas.

3. La demanda y el fallo de excepciones preliminares

El 5 de diciembre de 2001, ante los rumores que circulaban en La Haya respecto de la presencia del embajador nicaragüense Carlos Arguello, junto con abogados internacionalistas encabezados por Alain Pellet, con la motivación de instaurar una demanda ante la CIJ, Colombia dirigió una nota a la ONU manifestando su deseo de renunciar a la cláusula optativa del numeral 2 del artículo 36 de la CIJ que reconoce la jurisdicción de la CIJ²⁷. Al día siguiente, el 6 de diciembre de 2001, Nicaragua radicó la aplicación en contra de Colom-

24 Tratado sobre cuestiones territoriales entre Nicaragua y Colombia, Esguerra-Bárcenas, 24 de marzo de 1928. Art. 1.

25 *Ibid.* Arts. 1 y 2.

26 Acta de Canje de los instrumentos de ratificación del Tratado sobre cuestiones territoriales entre Nicaragua y Colombia Esguerra-Bárcenas, 5 de mayo de 1930.

27 El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su art. 36-2, sostiene: “Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre [...]”.

bia en la que desde entonces se denominó *Controversia Territorial y Marítima Nicaragua contra Colombia*²⁸.

En la demanda, Nicaragua solicitó que la Corte declarara que tenía soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y accesorias, así como sobre las islas y cayos de Roncador, Serrana, Serranilla, y Quitasueño²⁹. También solicitó a la Corte la determinación de la línea de delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua de conformidad con los principios de equidad así como las circunstancias relevantes reconocidos por el derecho internacional vigente. También se reservó el derecho de solicitar adicionalmente la compensación por el supuesto enriquecimiento ilícito de Colombia a causa de la posesión de las formaciones en disputa³⁰.

Pese a que en Colombia se dio, durante dos años, un fuerte debate interno acerca de la conveniencia de no presentarse ante la Corte como muestra de coherencia frente a la renuncia a la jurisdicción de la CIJ, Colombia decidió entrar en el pleito y presentó excepciones preliminares en julio de 2003. En ese documento argumentaba que la Corte no era competente para conocer de la controversia por cuanto Colombia había decidido retirar la jurisdicción.

En su fallo del 13 de diciembre de 2007³¹, la CIJ decidió que sí tenía competencia para conocer del diferendo. La Corte consideró que el retiro que hiciera Colombia un día antes de la presentación de la demanda por parte de Nicaragua no podía ser tenido en cuenta para efectos del presente caso, atendiendo al inveterado principio de la buena fe que regula las relaciones internacionales y, por ende, el funcionamiento de la CIJ. Adicionalmente, sostuvo que, aunque el retiro de la cláusula optativa por parte de Colombia hubiese sido aceptado, existía un instrumento adicional por medio del cual las partes le otorgaron competencia a la Corte para resolver este tipo de controversias: el Pacto de Bogotá sobre la Solución Pacífica de las Controversias³².

Aunque el fallo de excepciones preliminares únicamente tenía como objetivo pronunciarse sobre asuntos de jurisdicción y competencia, la CIJ determinó que era necesario referirse a asuntos de fondo determinantes para

28 CIJ, Aplicación instituyendo procedimientos, *Controversia Territorial y Marítima Nicaragua contra Colombia*, 6 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/7079.pdf>

29 *Ibid.*, p. 8.

30 *Íd.*

31 CIJ, *Controversia Territorial y Marítima Nicaragua contra Colombia. Excepciones preliminares*, 2007, p. 832.

32 Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, 30 de abril de 1948.

la claridad de la jurisdicción. Bajo tales premisas, en esta instancia, la Corte decidió la validez del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 pese a que determinó que este no era en estricto sentido un tratado de límites entre Nicaragua y Colombia. Así, declaró que el meridiano 82 no era el límite entre las partes pero sí debía ser considerado como una línea de adjudicación para efectos de la resolución del diferendo, siendo el Tratado de 1928 el referente legal para ello.

En el mismo orden de ideas, a partir de la validez de dicho Tratado, la Corte determinó que las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no hacían parte de la presente controversia, en tanto que el instrumento de 1928 y su Acta de Ratificación de 1930 se pronunciaban con claridad al respecto, siendo la titularidad de Colombia sobre las mismas indiscutible. Este fallo de excepciones preliminares fue sin lugar a dudas una victoria para Colombia, la cual generó mucho optimismo al interior del país³³, promoviendo la motivación que hacía falta para que el Estado decidiera seguir adelante con el procedimiento. Así las cosas, en el fondo habrían de resolverse la titularidad sobre las islas, islotes y cayos pendientes, así como la línea de delimitación marítima entre las partes.

4. El fallo de fondo y el abuso de la equidad

Las determinaciones sustanciales tomadas por la CIJ en el fallo de excepciones preliminares obligó a las partes a dar un giro en sus pretensiones, dando un nuevo rumbo al litigio.

En la réplica, Nicaragua solicitó a la Corte que declarara que tenía soberanía sobre todas las formaciones del Caribe cuya pertenencia al archipiélago de San Andrés no estuviera probada³⁴. Asimismo, solicitó a la Corte que realizara una delimitación marítima mediante una línea media entre la costa nicaragüense y la costa Caribe colombiana, buscando así el trazo de una línea limítrofe que –de acuerdo a la aspiración de Nicaragua– iría al oriente de las islas de San Andrés y Providencia (ver sketch-map No. 2 del fallo, pág. 570). Solicitó a la Corte que, alrededor de las islas colombianas que quedaran

33 *El Espectador*, Cárdenas, “Las tres victorias de Colombia”, 11 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-374104-tres-victorias-de-colombia>

34 En particular los Cayos del Este Sudeste, Roncador, Cayo del Sudoeste, Cayo del Norte y demás cayos del banco de Serrana; el Cayo del Este, Beacon Cay y todos los demás del banco de Serranilla; y también Low Cay y demás del banco de Bajo Nuevo.

al occidente del límite, se establecieran enclaves de 12 millas náuticas para San Andrés y Providencia y 3 millas náuticas para las demás, conforme con las reglas del derecho del mar vigente. También pidió que se declarara que Colombia había violado el derecho internacional y que, por lo tanto, debía pagar a Nicaragua una reparación y compensación según hubiera a lugar, tal como lo había anunciado desde la aplicación inicial de 2001³⁵.

Por su parte, aceptando que el meridiano 82 en efecto no era el límite entre los dos países, en la dúplica Colombia solicitó a la Corte que declarara que el Estado tenía la soberanía sobre todas las formaciones en cuestión³⁶. Requirió a la Corte que realizara la delimitación marítima trazando una línea media entre la costa nicaragüense y las líneas de base generadas, no desde la costa Caribe colombiana, sino desde el archipiélago. La propuesta de Colombia daría como resultado el trazo de una línea que iba más allá incluso de lo que otorgaba el meridiano 82 (ver sketch-map No. 3 del fallo, pág. 571).

En la decisión de fondo del 19 de noviembre de 2012, la CIJ se centró en cuatro aspectos principales, a saber: a) la determinación de la soberanía y titularidad sobre las formaciones en controversia, b) la delimitación de las plataformas continentales extendidas alegadas por Nicaragua, c) el trazo de la delimitación marítima entre las partes y d) la determinación de enclaves respecto de las formaciones que quedarán fuera de los límites establecidos.

4.1. Determinación de la soberanía y titularidad sobre las formaciones en controversia

La lectura del fallo generó mucho entusiasmo en Colombia, toda vez que la Corte declaró que el Estado posee la titularidad y soberanía sobre todas las formaciones en controversia, incluidas las islas, cayos e islotes. La Corte basó su argumentación en el principio de *effectivités*, según el cual se probó que Colombia había ejercido y venía ejerciendo actos de señorío sobre todas las formaciones demandadas por Nicaragua. La CIJ estableció, conforme a su jurisprudencia, que, mientras la soberanía sobre la tierra era determinada por criterios de hecho, la soberanía sobre los espacios marítimos lo era por criterios de derecho, en este caso, del derecho del mar consuetudinario, ya que Colombia no era parte de la Convención del Mar de Jamaica.

35 CIJ, Controversia Territorial y Marítima Nicaragua contra Colombia, Réplica del Gobierno de Nicaragua, 18 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/16971.pdf>

36 A saber Albuquerque, Este-Sudeste, Roncador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo.

4.2. Delimitación de las plataformas continentales extendidas alegadas por Nicaragua

En la etapa final del procedimiento, Nicaragua propuso un controvertido argumento: el trazo de una línea media que dividiera las plataformas continentales extendidas presuntamente superpuestas. Según Nicaragua, su territorio posee una plataforma continental que se extiende naturalmente más allá de 200 millas náuticas y, por lo tanto, debía aplicarse el artículo 76 de la Convención del Mar (en adelante, CONVEMAR) de 1982³⁷, el cual era de costumbre internacional. La CIJ no acogió el argumento de Nicaragua al considerar que no estaba probado, dentro del procedimiento, el hecho que daría origen al análisis jurídico propuesto: la existencia efectiva de condiciones geomorfológicas que evidenciaran una plataforma de la extensión sugerida. Según la CIJ, correspondía a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental hacer dicha determinación, conforme a lo postulado por la CONVEMAR.

El asunto de las plataformas fue desestimado dentro del presente caso, siendo objeto de una nueva demanda interpuesta por Nicaragua el 17 de septiembre de 2013. En la misma, Nicaragua solicita que la Corte determine “el trazo exacto de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia en las áreas de la plataforma continental que atañen a cada uno de ellos, más allá de los límites determinados por el Tribunal en su sentencia de 19 de noviembre de 2012”³⁸.

4.3. Determinación del trazo de la delimitación marítima entre las partes y determinación de enclaves respecto de las formaciones que quedarán fuera de los límites establecidos

Otro elemento substancial del fallo de fondo fue el trazo de la línea de delimitación marítima realizado por la Corte. Se trata del asunto que causó mayor conmoción en Colombia, debido a que dicha instancia de la decisión significó la pérdida de 75.000 kms² en espacios marítimos cuya explotación económica estaba a cargo del Estado colombiano.

³⁷ El art. 76.1 de la Convención del Mar determina: “La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”.

³⁸ CIJ, Aplicación de Nicaragua contra Colombia solicitando la determinación de la delimitación marítima de las plataformas continentales que se extienden más allá de las 200 mn, 17 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/154/17530.pdf> [traducción propia].

No obstante que las partes solicitaban el trazo de una línea media –Nicaragua entre las costas de los dos países y Colombia entre la costa nicaragüense y el archipiélago–, la Corte decidió tomar una perspectiva diferente a las propuestas, continuando con su línea jurisprudencial en eventos similares, a través de la denominada “metodología de las tres etapas”. El resultado fue el trazo de un límite muy particular conforme se observa en el mapa presentado por la propia Corte (ver sketch-map No. 11 del fallo, pág. 571).

Aunque la “metodología de las tres etapas” contiene un alto componente de subjetividad, tal como se ha podido exponer en mayor profundidad en otra oportunidad³⁹, es innegable que el uso de dicho criterio no fue novedoso ni sorpresivo –como intentó presentar el gobierno de Colombia–, sino que obedeció a parámetros previamente establecidos y aplicados en la jurisprudencia de la propia Corte, en particular en los casos de la *Plataforma Continental Jamahiriya Árabe Libia contra Malta* y de la *Delimitación Marítima en el Mar Negro Rumania contra Ucrania*.

En la primera etapa, la Corte acoge la propuesta de delimitación hecha por Colombia y traza una línea media provisional entre la costa nicaragüense y el archipiélago de San Andrés y Providencia, lo que da como resultado un límite temporal entre los dos Estados que queda ubicado al oeste del archipiélago, incluso más allá del meridiano 82, lo que daba a Colombia ilusiones de una efímera victoria. En esta instancia, parecía que Colombia obtendría un espacio mayor respecto a la creencia de que el meridiano 82 era la línea limítrofe con Nicaragua.

No obstante, en una segunda etapa, la Corte tomó en consideración circunstancias relevantes –el contexto geomorfológico de los espacios en cuestión y la desproporción entre las aguas de uno y otro Estado– para encontrar un “resultado equitativo”. La Corte observó en un plano abstracto la disparidad existente entre la extensión que correspondería a cada Estado, encontrando un desproporcionado beneficio a favor de Colombia. Esto la llevó a hacer ajustes a la línea media provisional de forma que la equidad no fuera ignorada en el procedimiento de delimitación marítima. La línea fue desplazada hacia el este con miras a alcanzar una relación de tres a uno a favor de Nicaragua. La Corte también decidió trazar dos líneas horizontales al norte y sur del archipiélago, extendiéndolas a lo largo de los paralelos correspondientes hasta

39 Cárdenas y Herrera, “Una dosis de subjetividad para nada sorpresiva o innovadora: La equidad y el caso Nicaragua vs. Colombia ante la CIJ”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 22, enero-junio 2013, pp. 243-251.

alcanzar las 200 millas de la costa nicaragüense. Puesto que Quitasueño y Serrana quedaron fuera de los espacios colombianos por dicha causa, los enclavó dándoles a cada uno 3 millas de mar territorial.

La tercera etapa consistió en verificar que los cambios realizados en la segunda etapa hubieran logrado un resultado ecuatorial, de modo que la repartición de los espacios no resultara tan desproporcionada que fuera inequitativa. La Corte concluyó que la repartición dejó una relación entre las costas pertinentes de 1 a 8, 22 a favor de Nicaragua y que la repartición del área relevante había sido distribuida en una relación de 1 a 3, 44 a favor de Nicaragua. Atendiendo a la desproporción de los espacios entre los dos países, estimó la Corte que la aplicación de la etapa dos no conducía a un resultado inequitativo.

El resultado final se ilustra gráficamente en el mapa definitivo incluido en el fallo (ver sketch-map No. 11 del fallo). Como conclusión se tiene, por una parte, la reivindicación de la soberanía de Colombia sobre todas las formaciones terrestres en disputa sobre las cuales históricamente ha ejercido actos de señor y dueño y, por otra, el trazo de una nueva línea de delimitación marítima que, aunque no afecta el mar territorial de Colombia, sí cambia la destinación de 75.000 kms², que antes eran una zona económica exclusiva (ZEE) colombiana y ahora son ZEE de Nicaragua. Asimismo, la Corte resolvió el asunto de las islas colombianas de Quitasueño y Serrana, que quedaron por fuera de los espacios trazados, mediante el establecimiento de enclaves alrededor con un espacio de 3 millas náuticas de mar territorial.

4.4. Comentarios a la utilización del concepto de equidad

En relación al diálogo entre política y derecho respecto de la aplicación de la CONVEMAR y al apoyo en conceptos subjetivos como la equidad, Koskenniemi ha señalado: “La Convención del Mar de 1982 es un ejemplo típico: en lugar de una lista de qué hacer y qué no hacer esta establece un marco para la delimitación de los poderes soberanos y la asignación de jurisdicciones; asumiendo que los problemas sustantivos de los usos del mar pueden ser mejor tratados a través de la asignación de la toma de poder en otra parte, en su contexto y, por lo general, en referencia a los ‘principios de equidad’”⁴⁰.

Está claro que la CIJ había establecido con anterioridad que el ejercicio de la delimitación marítima debía hacerse “de conformidad con principios equitativos y tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes de manera

40 Koskenniemi, op. cit., p. 28.

que se le conceda a cada parte, en la medida de lo posible, las porciones de la plataforma continental que constituyan una extensión natural de su territorio, sin que se invada la prolongación natural del territorio de la otra”⁴¹, de modo que mal haría un análisis en concluir que la Corte decidió de manera arbitraria o que se apartó de su línea jurisprudencial. Todo lo contrario, es evidente que la Corte mantuvo una consistencia en la metodología que ha venido construyendo para casos en los que se vio llamada a realizar el trazo de líneas de delimitación marítima. Ello no impide cuestionar la validez de dicha metodología y considerar errado su proceso argumentativo, el que, pese a ser usado de forma consistente en su jurisprudencia, sigue estando cimentado en profundos criterios subjetivos⁴².

El aspecto controversial se encuentra en el uso del concepto de equidad en la aplicación de la etapa número dos de la “metodología de las tres etapas”. Así, aunque en una etapa inicial se hacen trazos más objetivos conforme a las reglas establecidas por la CONVEMAR –de la cual Colombia no es parte–, en la segunda etapa la Corte se atribuye la capacidad de hacer reformas a la línea media provisional según lo considere conveniente con el único limitante de alcanzar una decisión equitativa. Sin embargo, ¿cómo se establece el criterio de equidad?, ¿quién determina los estándares respecto de lo que es y lo que no es equitativo?, ¿qué tanto es suficiente y qué tanto es desproporcionado? Por supuesto que no hay respuesta para esto. Resulta evidente que, a pesar de la construcción jurisprudencial de la llamada “metodología de las tres etapas”, lo único que determina finalmente el límite es el arbitrio de la CIJ.

El uso de un criterio tan altamente subjetivo como la equidad dentro de dicha metodología pone en cuestión la naturaleza de las decisiones que emite la Corte. Cuando los Estados aceptan la jurisdicción y competencia de la Corte, también manifiestan su voluntad respecto del alcance de dichas competencias. En ocasiones excepcionales, los Estados pueden solicitar que la Corte falle *ex aequo et bono*, pero, por regla general, las partes le han otorgado únicamente la competencia para que se decida en derecho. El problema se presenta cuando, en un caso como el presente, se solicita una decisión en derecho pero el argumento jurídico está determinado por un criterio absolutamente

41 CIJ, Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte: República Federal de Alemania contra Dinamarca y República Federal de Alemania contra Países Bajos, ICJ Reports 1969, párr. 101.

42 *El Espectador*, Cárdenas, “Los errores de la Corte Internacional de Justicia en el fallo sobre San Andrés”, 22 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-388530-los-errores-de-corte-internacional-de-justicia-el-fallo-sobre-sa>

subjetivo, tal como lo es el paso dos de la metodología de las tres etapas. En materia de delimitación marítima ¿no está la Corte fallando *ex aequo et bono* cuando sus competencias se limitan a un análisis en derecho? ¿No sería la implementación de la metodología de las tres etapas un criterio jurisprudencial emanado de un acto *ultra vires* de la Corte, que sobrepasa el margen de las competencias otorgadas por los Estados?

En el caso del Mar del Norte, la Corte afirmó que “no se trata de aplicar la equidad como representación de la justicia abstracta sino de aplicar una regla de derecho que prescribe el uso de principios equitativos”⁴³. Sin embargo, del mismo postulado queda claro que la equidad es un principio que informa la interpretación de criterios de derecho, pero que en ningún momento puede convertirse en el factor determinante que reemplace la aplicación de normas jurídicas. En el caso en cuestión, las normas legales propias del régimen jurídico consuetudinario del derecho del mar generaron el trazo de una línea media al oeste del meridiano 82; la interpretación que hiciera la Corte de la equidad la llevó a realizar un trazo totalmente distinto que representó la resignación de 75.000 kms² de espacios marítimos de Colombia a Nicaragua. Aquí la equidad no ha sido un criterio accesorio de interpretación sino el factor determinante para el trazo del límite.

Así las cosas, es importante generar un debate en relación con la línea jurisprudencial que ha venido construyendo la CIJ a lo largo de los diversos casos concernientes a la delimitación marítima. En este caso en particular se observa un uso desproporcionado de la dosis de subjetividad en la formulación de la denominada metodología de las tres etapas. Lo que se esperaba fuera una decisión acordada en derecho terminó siendo una opción altamente subjetiva determinada por los arbitrarios criterios de la equidad. Lo anterior explica la reacción negativa que generó el fallo de fondo en Colombia y el que, hasta el momento, no haya sido implementado. En Colombia existe un dilema entre la necesidad de mantener una posición coherente respecto de la política exterior, que constantemente ha sido respetuosa del derecho internacional y de los tribunales internacionales, y el descontento generalizado con el fallo de fondo, que ha dejado la impresión de haber sido más un fallo en equidad que una decisión propiamente en derecho.

43 CIJ, Caso del Mar del Norte, 1969, párr. 85. CIJ, Caso de la frontera terrestre y marítima: Camerún contra Nigeria, ICJ Rep. 2002, párr. 294.

5. La implementación del fallo

El fallo de fondo de noviembre de 2012 ha generado debates de diversa naturaleza al interior de Colombia, ya que ha implicado un golpe fuerte a la soberanía nacional. Ante la pérdida de 75.000 kms² en espacios marítimos, se ha discutido tanto la obligatoriedad del fallo de la CIJ en Colombia como los choques entre el derecho internacional y el derecho constitucional interno. También se ha dado un debate acerca de las posibilidades y eventuales consecuencias de desacatar la decisión judicial o de argüir de forma temporal su inaplicabilidad, lo cual a su vez a generado cuestionamientos respecto de la existencia de fallos inaplicables y cómo se determinarían. A continuación se expondrán algunos de dichos debates.

5.1. La alegada inconstitucionalidad del Pacto de Bogotá

Un día antes de la presentación de la demanda, Colombia renunció a la clausula optativa del artículo 36 del Estatuto de la CIJ que le otorgaba una competencia general a ese tribunal. Pese a que la Corte no tuvo en consideración la renuncia para el caso particular de Nicaragua –atendiendo al principio de buena fe–, Colombia cerró de este modo la puerta para futuros casos. Sin embargo, quedando aún viva la posibilidad de derivar la competencia de la Corte a partir del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 –conocido como Pacto de Bogotá–, se generó en Colombia una agitada controversia relativa a la inconstitucionalidad de dicho tratado. De hecho, casi de forma inmediata a la publicación de la decisión, el gobierno colombiano denunció el Pacto.

A pesar de la denuncia, el inconformismo generalizado derivado de la decisión de la CIJ de 2012 produjo que algunos ciudadanos, incluido el propio presidente de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, presentaran una demanda de inconstitucionalidad del Pacto de Bogotá de 1948 ante la Corte Constitucional Colombiana⁴⁴. Esta demanda permitió enriquecer el debate sobre la posición del derecho internacional frente a los ordenamientos jurídicos internos y la visión que al respecto se tiene desde Colombia. A continuación presentaremos los argumentos desarrollados en una intervención ciudadana desde la Academia Colombiana de Derecho Internacional⁴⁵.

44 Demandas D-9907, D-9852 y D-9886 presentadas ante la Corte Constitucional colombiana.

45 Barreto, Andrés, Cárdenas y Sánchez, Hernando, Intervención ciudadana desde la Academia Colombiana de Derecho Internacional ante la Corte Constitucional de Colombia frente la demanda de inexe-

En primer lugar, se reiteró la importancia del Pacto de Bogotá para el derecho internacional general y en relación con la institucionalidad de la OEA. El Pacto de Bogotá de 1948 no es sino una de las ingeniosas formas que encontró el continente Americano para implementar la obligación general y principio de *jus cogens* de solucionar pacíficamente las controversias⁴⁶.

También se argumentó por qué el Pacto de Bogotá es uno de los mayores logros diplomáticos gestados desde Colombia. Como lo afirma el ex canciller colombiano Uribe Vargas: “Para orgullo de Colombia nos incumbe la responsabilidad de haber promovido los primeros actos convencionales, llamados a hacer el tránsito de los postulados teóricos, a convenios solemnes pactados entre países pertenecientes a la comunidad hispanoamericana. Lo que vale es haber puesto en marcha, como obra solidaria, la política de la unidad americana utilizando el aparato del Estado al servicio de la causa”⁴⁷.

En otras palabras, el Pacto de Bogotá es un instrumento jurídico internacional para la paz y, como tal, se encuentra en consonancia con el ordenamiento jurídico colombiano, en cuya Constitución –tanto su preámbulo como en su artículo 22– se ensalza la paz como uno de los valores fundacionales del Estado. El artículo 9 de la Constitución Colombiana también declara que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en “el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

Concluimos así en la intervención ciudadana que “las disposiciones del Pacto de Bogotá se encuentran ajustadas a las normas y principios constitucionales que rigen a la República de Colombia en la solución pacífica de las controversias, a los principios aceptados por Colombia en sus relaciones internacionales, al derecho internacional consuetudinario, a los principios generales de derecho reconocidos por los Estados de la Comunidad Internacional, a la protección de los derechos humanos y a las normas imperativas del derecho internacional general”⁴⁸.

quibilidad del Pacto de Bogotá, 2013. Disponible en: <http://accoldi.org/concepto-comite-academico-sobre-el-pacto-de-bogota>

46 Carta de la Organización de las Naciones Unidas, art. 2(3).

47 Uribe Vargas, Diego, *La Paz es una tregua. Solución pacífica de conflictos internacionales*, 3ª ed., (Universidad Nacional de Colombia), 1999, pp. 14-148.

48 Intervención de la Academia Colombiana de Derecho Internacional en el Expediente D-9852 (Ac. D-9886 y D-9907), Demanda de inconstitucionalidad del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, aprobado mediante la Ley 37 de 1961, Arts. II y V (parciales), Caps. Cuarto y Quinto. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional Colombiana.

Uno de los argumentos de la pretendida inconstitucionalidad se funda en que el Pacto de Bogotá no podría originar que un tribunal internacional –en este caso, la CIJ– pudiera establecer o modificar las fronteras del Estado, en tanto que esta era una competencia exclusiva del legislador y de la Constitución Nacional. Según la demanda de inconstitucionalidad, un fallo de tal naturaleza viola la soberanía del Estado y la esencia de los principios democráticos.

Al respecto hicimos dos precisiones. Primero, que la decisión de un tribunal internacional *per se* no es atentatoria de la soberanía estatal ni de las opciones democráticas de un pueblo. Esto se debe a que el consentimiento del Estado fue lo que originalmente determinó el otorgamiento de poderes y competencias al tribunal internacional. En particular, fue la propia voluntad popular expresada a través del órgano legislativo, que, haciendo uso de sus poderes soberanos, decidió entregar al tribunal la capacidad de emitir decisiones judiciales dentro del marco de sus competencias. Además, en el proceso de ratificación de un tratado en Colombia no solo interviene el legislativo, también lo hace el ejecutivo –encargado de negociar y sellar los acuerdos– y el poder judicial a través de la propia Corte Constitucional, que realiza un control previo de constitucionalidad. Evidentemente, no existe la alegada violación contra el Estado.

En segunda medida, y con base en lo anterior, la propia CIJ ha podido reiterar en diversas oportunidades que en caso de conflicto entre una norma de derecho interno y una de derecho internacional, debe primar el derecho internacional. Ello está inspirado en el principio de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 que declara: “Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁴⁹. La supremacía del derecho internacional está derivada del hecho de que fue el propio Estado el que, originalmente y de manera voluntaria, decidió hacerse parte de una determinada norma, ya sea por la vía de un tratado internacional o por la vía de una costumbre o por la existencia de un principio ante el cual el susodicho Estado no se configuró como un opositor persistente. Dicha formulación ha sido reiterada por la CIJ en el Caso *La-Grand*⁵⁰, así como en las opiniones consultivas sobre la obligación de arbitrar⁵¹ y sobre Kosovo⁵².

49 Convención de Viena del Derecho de los Tratados, 1969, Art. 27.

50 CIJ, Caso *LaGrand*:Alemania contra Estados Unidos, ICJ Reports 2001.

51 CIJ, Aplicabilidad de la Obligación de Arbitrar de acuerdo con la Sección 21 del Acuerdo de Sede de la ONU del 26 de junio de 1947, opinión consultiva, ICJ Reports, 1988.

52 CIJ, Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo, opinión consultiva, ICJ Reports 2008.

Asimismo, manifestamos que, debido que la denuncia hecha por Colombia generaría efectos solo a partir del 27 de noviembre de 2013, la Corte Constitucional Colombiana debería declararse impedida para fallar la constitucionalidad del Pacto. En tanto que el instrumento carecía de efectos jurídicos, la Corte Constitucional se encontraba ante un caso hipotético, de modo que un pronunciamiento sería únicamente con fines académicos o políticos con miras a legitimar la decisión –igualmente política– del gobierno colombiano frente al fallo.

Pese a lo anterior y contra todos los pronósticos técnico jurídicos, la Corte Constitucional Colombiana decidió declarar la constitucionalidad condicionada del Pacto, un tratado que por cierto no estaba en vigencia al momento de emitirse la decisión⁵³. Afirmó que no era posible, conforme al ordenamiento constitucional interno, que un tribunal internacional alterara los límites del Estado. Al respecto, se tuvo la oportunidad de hacer fuertes críticas en la opinión pública, en las que se reiteró la supremacía del derecho internacional y las falencias jurídicas de la Corte⁵⁴.

5.2. El cumplimiento de la sentencia de la CIJ

Al margen de la discusión generada en relación con la constitucionalidad del Pacto de Bogotá, se ha planteado un debate respecto de las alternativas que tiene un Estado ante un fallo judicial internacional que se considera adverso y atentatorio contra la soberanía nacional. Los eventos que rodean el cumplimiento de un fallo internacional de estas características ponen en entredicho los supuestos de las corrientes formalistas y positivistas del derecho internacional respecto de la separabilidad entre derecho y política, evidenciando, por el contrario, la inescindible e inevitable relación bilateral y circular entre el derecho internacional y la política nacional e internacional, que se alimentan mutuamente. El derecho internacional, en un origen, parte de consensos y determinaciones políticas, generando luego que la política se vea determinada por el derecho que ella ha iniciado, pero con la salvedad de que en muchos escenarios la implementación y efectividad del derecho depende también de decisiones de poder.

53 Corte Constitucional de la República de Colombia, Comunicado 15, 2 de mayo de 2014. <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2015%20comunicado%2002%20de%20mayo%20de%202014.pdf>

54 *El Espectador*, Cárdenas “Un tribunal internacional sí podría cambiar límites”, 13 de mayo de 2014. <http://www.elespectador.com/opinion/un-tribunal-internacional-si-podria-cambiar-limites-columna-491223>

Esta problemática evidencia lo que Koskenniemi describe como una tensión entre la *apología* al consensualismo y a la soberanía de los Estados, por un lado, y la *utopía* de los criterios de justicia usualmente manifestados a través de principios generales, por otro: “Un argumento puramente consensual no puede, en última instancia, justificar la aplicación de una norma contra Estados no consensuales (apología). Un argumento basado únicamente en una noción de justicia viola el principio de la subjetividad del valor (la utopía). Por lo tanto, tienen que confiar en los demás. Los argumentos sobre el consentimiento deberán explicar la relevancia y el contenido del consentimiento en términos de lo que parece justo. Los argumentos sobre la justicia deben demostrar su corrección en función de aquello a lo que los Estados han dado su consentimiento”⁵⁵.

La implementación del fallo *Nicaragua contra Colombia* de la CIJ pone en evidencia la tensión existente entre la sensación de corrección que inspira el cumplimiento como una manifestación de la justicia y el temor que genera el eventual atentado a la soberanía nacional en lo que se refiere a la modificación de las fronteras del país.

Colombia ratificó la Carta de la ONU y el Estatuto de la CIJ el 5 de noviembre de 1945; la cláusula optativa del artículo 36 había sido firmada en 1937 junto con el Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional. Dicha adhesión a la CIJ no solo obedeció a una determinación “puramente” jurídica sino que se enmarcó dentro de un contexto de política internacional propio de la postguerra, en el cual las relaciones internacionales y la inserción de un Estado en el mundo dependía en gran medida de su adhesión a los nuevos principios de paz y seguridad, prohibición del uso de la fuerza y solución pacífica de controversias, que se consolidaron a partir de 1945 en lo que es considerado como el paso del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo.

Aunque, en un intento desesperado de último minuto, Colombia renunció a la competencia de la Corte el 5 de diciembre de 2001, el caso entró al estudio de esta. El tribunal realizó un estudio jurídico y emitió un fallo teóricamente en derecho. Sin embargo, como ha sido mencionado previamente, el criterio jurídico para la delimitación marítima que usó la Corte –también llamado “metodología de las tres etapas”–, aunque se declaraba en derecho, fue influenciado por el arbitrio de la Corte sobre lo que debía o no debía considerarse como equitativo.

55 Koskenniemi, op. cit., p. 52.

La controversia jurídica fue zanjada por la CIJ mediante un fallo contencioso de fondo que dejó un aire de victoria en Nicaragua y una sensación de derrota para Colombia. Aunque con un fundamento jurídico formal, como lo es la propia decisión judicial de la Corte, su implementación efectiva y pragmática depende de medidas políticas y decisiones autónomas tanto de las partes como de los órganos de la ONU que tienen algún tipo de competencias para instar o para forzar el cumplimiento del fallo.

La respuesta del gobierno colombiano –al menos por ahora– ha sido declarar que el fallo de 2012 es inaplicable. Vale la pena destacar que la “inaplicabilidad” no es un concepto propio del derecho que regula el funcionamiento de la Corte. Un fallo, básicamente, o se cumple o no se cumple. De hecho, según el Estatuto de la CIJ, los fallos son definitivos, obligatorios e inapelables. Las únicas alternativas procesales que existen son la aclaración y la revisión, las que, como se ha señalado en otros espacios⁵⁶, no ofrecen mayores beneficios litigiosos para Colombia. La aclaración únicamente reiteraría lo decidido en el fallo, no siendo posible para la Corte un cambio de posición. La revisión no aparece como una alternativa posible, teniendo en cuenta que su procedencia depende de la existencia de un hecho nuevo que no fuera conocido por las partes y que se considerara determinante para la decisión. Como también se ha dicho en otros espacios⁵⁷, la supuesta conspiración de China alegada por la ex canciller colombiana Noemí Sanín, relativa a la construcción de un canal interoceánico, no tiene la seriedad, veracidad y contundencia requeridas para construir una posición convincente.

También se ha tenido la oportunidad de aclarar que la revisión es una opción procesal existente en el papel (el Estatuto), pero que nunca ha prosperado, siendo utilizada solo en tres ocasiones: *Caso de la Plataforma continental Túnez contra Jamahiriya Árabe Libia*; *Caso relativo a la aplicación de la Convención del Genocidio Yugoslavia contra Bosnia Herzegovina*; y *Diferendo terrestre, insular y marítimo El Salvador contra Honduras*. No se ve algún factor diferenciador que haría viable su admisibilidad en el caso *Nicaragua contra Colombia 2012*.

Adicionalmente, el gobierno colombiano ha afirmado que, pese a que respeta el derecho internacional y la decisión de la CIJ, no es posible implementar el fallo debido a que encontraría impedimentos constitucionales internos,

56 *El Espectador*, Cárdenas, “Recursos que propone Comisión Asesora por fallo de CIJ no servirían de nada”, 16 de agosto de 2013. <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/recursos-propone-comision-asesora-fallo-de-cij-no-servi-articulo-440329>

57 *El Espectador*, Cárdenas, “El efecto dragón causado por Noemí”, op. cit.

puesto que, conforme con la Constitución colombiana, solo esta puede modificar las fronteras del Estado. También pone de presente la afectación de derechos de terceros Estados, como Honduras, Jamaica y Costa Rica, así como los derechos individuales de los pescadores y demás ciudadanos colombianos que viven en el archipiélago y que se ven afectados por la decisión.

Aunque el debate de fondo es mucho más profundo de lo que aquí brevemente se esboza, Colombia se encuentra ante la disyuntiva de acatar o no el fallo, lo que está determinado por la política nacional.

No obstante que, por regla general, el derecho internacional aspira por la efectividad y cumplimiento de sus postulados, es necesario desenmascarar el tabú que existe en la doctrina internacionalista sobre el desacato de los fallos de la CIJ⁵⁸ y la posibilidad política que tienen las partes de retomar la negociación bilateral para solucionar controversias que fueron resueltas por fallos de tribunales internacionales que las partes no quieren o no pueden cumplir. Debe resaltarse que se habla de “posibilidad política”, ya que la única alternativa jurídica en estricto sentido es acatar el fallo obligatorio e inapelable.

Como se puede observar en la práctica de la CIJ, no sería la primera vez que una de las partes decide apartarse del derecho dictado por la Corte (¡desacata!) y afronta la solución de la controversia por la vía negociada. Existen los siguientes antecedentes en la jurisprudencia de la CIJ: *Albania contra Reino Unido* (1949), *Bélgica contra Países Bajos* (1959), *Camboya contra Tailandia* (1962), *Alemania y Reino Unido contra Islandia* (1974), *EE.UU. contra Irán* (1980), *Nicaragua contra EE.UU.* (1986), *Libia contra Chad* (1994), *Alemania contra EE.UU.* (2001) y *México contra EE.UU.* (2004). Actualmente también existen otros dos casos pendientes que se encuentran en negociación bilateral con posterioridad a fallos de la CIJ cuya implementación no ha sido posible: *El Salvador contra Honduras* (1990) y *Camerún contra Nigeria* (2002).

No solo la política nacional determina el cumplimiento efectivo del derecho internacional dictado por la CIJ; la política internacional y el sistema institucional internacional también presentan alternativas a sus fallos. Así, en el sistema de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad de la ONU puede “hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”⁵⁹. No obstante lo anterior, “este artículo apenas ha sido usado, por el Reino Unido en 1951 en relación con el caso de la compañía pe-

58 Cárdenas y Herrera, “Desenmascarando el tabú: La Corte Internacional de Justicia y el incumplimiento a sus fallos”, op. cit.

59 Carta de la ONU, art. 94.

tolera Anglo-Iraní, por Nicaragua en 1986 contra los Estados Unidos y, por Bosnia-Herzegovina en 1993 contra Yugoslavia. En todos los eventos [se han dado] profundos debates altamente políticos al interior del CSNU, que al final no han producido consecuencias concretas de gran impacto”⁶⁰.

Más allá de las especificidades del caso en concreto, queda claro que lo que comunmente se llama derecho internacional no solo tiene ingredientes legales, sino que es una fórmula compuesta generada por la interacción circular y de doble vía entre la política y el derecho domésticos, las normas jurídicas internacionales y la política internacional, usualmente determinada por sistemas institucionales derivados del propio derecho internacional. En lo que respecta a Colombia y Nicaragua, ante las grandes complejidades jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que se derivan de la decisión de la CIJ de 2012, se avizora que una negociación bilateral –directa o por vía de mesas permanentes de negociación– sería la salida⁶¹ a una controversia que, aunque teóricamente resuelta, permanece latente aún después de casi dos años de la emisión del fallo.

Conclusión: ¿Formalizar la política del derecho internacional?

El caso relativo a la controversia territorial y marítima en el Mar Caribe entre Nicaragua y Colombia pone en evidencia como incluso un tema aparentemente tan técnico jurídico como el derecho del mar puede estar determinado por circunstancias y coyunturas políticas específicas. Se ha expuesto que sus antecedentes se generaron a partir de acuerdos político jurídicos propios de la determinación y concreción territorial y marítima que se dio en el continente americano con posterioridad a las guerras de independencia, incluyendo los juegos de intereses y cartas políticas de negociación que se dieron a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX.

Resulta igualmente claro que el manejo inicial de la controversia se dio por canales políticos, de modo que los espacios jurídicos no fueron sino herramientas de negociación. También es claro que el ingreso inicial a la jurisdicción de la CIJ fue consecuencia de un proceso de consensos políticos

60 Cárdenas y Herrera, “Desenmascarando el tabú: La Corte Internacional de Justicia y el incumplimiento a sus fallos”, op. cit.

61 *El Espectador*, Cárdenas, “Negociar es la salida efectiva en la CIJ”, 27 de agosto de 2013. <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/negociar-salida-efectiva-cij-articulo-442618>

para la paz de mediados del siglo XX, que era tendencia en el mundo entero y al cual países latinoamericanos como Nicaragua y Colombia no podían ser ajenos. De hecho, la pertenencia o retirada de la jurisdicción de la CIJ ha sido parte de una estrategia de posicionamiento político de países a los cuales, en momentos dados, les ha resultado conveniente declararse respetuosos del derecho internacional y de los tribunales internacionales, sobre todo a medida que la globalización y la interdependencia impiden cada vez más la existencia de Estados ermitaños.

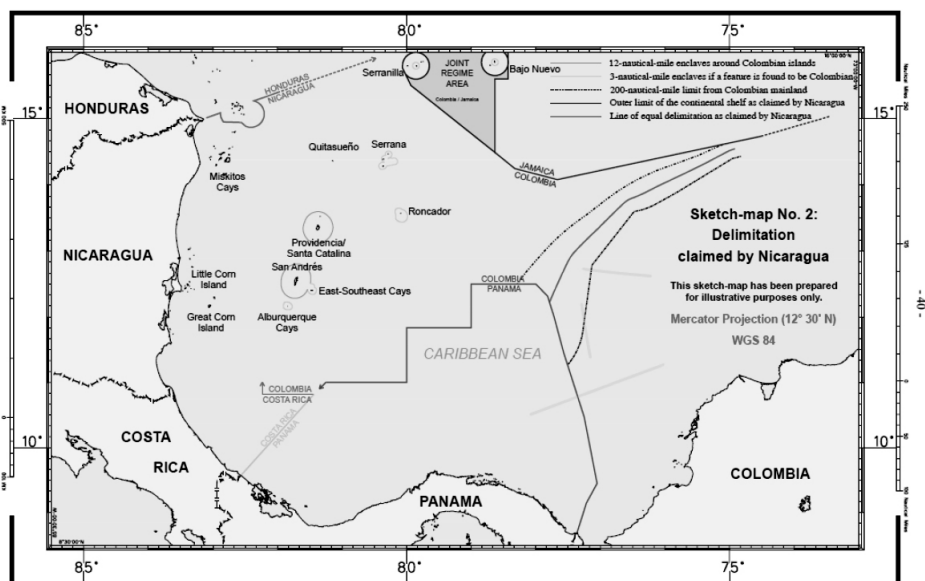
Resulta llamativa la manera como un procedimiento judicial formalizado, que dice trabajar exclusivamente en derecho, funciona a partir de factores o metodologías cuyo elemento determinante resulta ser, a fin de cuentas, político; tal es el caso del rol de la equidad en la metodología de las tres etapas de la CIJ para la delimitación marítima.

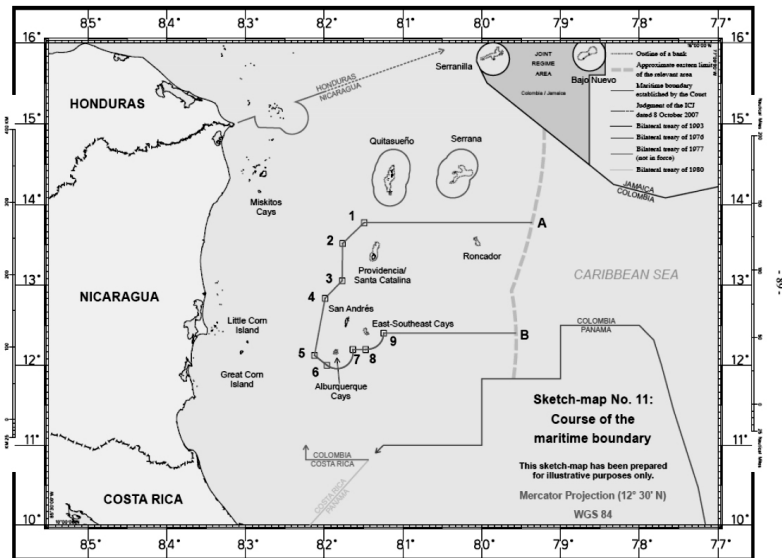
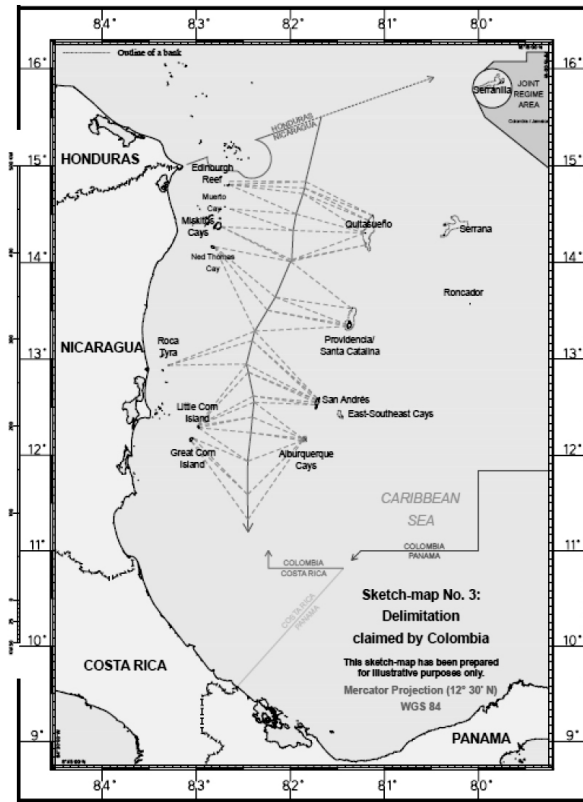
Aun cuando se presume que se ha producido un fallo de fondo definitivo emitido por un tribunal internacional competente conforme al derecho internacional, la implementación efectiva del derecho se encuentra igualmente determinada por la política: en este caso, la política doméstica de los Estados involucrados –en particular, del que se considera perdedor: Colombia– y la política de las instituciones internacionales como la ONU y su Consejo de Seguridad, que, aunque tienen facultades institucionales para implementar –inclusive por la fuerza– los fallos de la CIJ, han decidido prescindir en la práctica de dicho poder.

Así las cosas, es innegable que el derecho internacional dialoga de forma circular con la política doméstica y con la política internacional. Afirmar que el derecho internacional se encuentra desprovisto de factores no jurídicos no solo sería una falacia sino una insensatez. Sin embargo, es válido preguntarse si el hecho de que existan eventos que generen un fuerte impacto político al interior de los Estados es suficiente para invalidar los resultados y las bondades del formalismo. La comunicación constante entre lo legal y lo no legal es evidente, pero ¿dicho diálogo no ha sido posible gracias a la preexistencia de un marco formal que –aunque imperfecto– proporcionó un contexto coherente y seguro para su interacción pragmática?

Vale la pena preguntarse si el denominado positivismo incluyente, que predica un formalismo que ofrezca coherencia, solidez y seguridad al derecho internacional pero que no niega la existencia de elementos no legales como la política y la moral, no ofrece una mirada más coherente a las dinámicas de la práctica internacional contemporánea, sin desembocar en el anarquismo

y escepticismo de los estudios críticos radicales. Es pertinente preguntarse si la sociedad internacional contemporánea ha usado y continúa requiriendo del derecho internacional formalizado como derecho y no solo como una expresión más de la política internacional. Tal vez el problema no radique en la relación del derecho internacional con la política *per se*, sino en la negación de dicha relación por parte de los “puristas” y en la satanización y generalización sin criterio de los críticos.





EL EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL: ¿UN INSTRUMENTO DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y DIÁLOGO?

*Lidia Casas Becerra*¹

Resumen

Este trabajo examina el estado de cumplimiento de Chile de sus obligaciones internacionales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. El cumplimiento responde a intereses –ser parte de un club–, convicciones éticas sobre los derechos humanos, y a los diálogos e interacciones entre Estados –el factor de la horizontalidad que se muestra en el último Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas–. En esa instancia se juega, la diplomacia, la persuasión y/o presión que puedan ejercer otros Estados. También hay otros mecanismos en que la intervención de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es clave, el factor de la verticalidad. La incorporación de nuevos actores en la conversación –organizaciones de la sociedad civil– facilita el cumplimiento, ya que empujan los cambios desde abajo. Chile, que en forma insistente, busca ser parte de un club de países prestigiosos deberá honrar esa afiliación con el cumplimiento de sus obligaciones

A modo de introducción

Las naciones suscriben y cumplen el derecho internacional de los derechos humanos por diversas razones e intereses. Lo hacen porque buscan integrarse a una polis global que, pese a las diferencias culturales, posee un propósito común, cual es la preservación del respeto a la dignidad y los derechos de las personas. Hay otras razones menos altruistas que pueden coexistir con las anteriores, como el fuerte componente simbólico en términos de prestigio de la pertenencia a un club determinado, que lleva a inten-

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogada, LLM de la Universidad de Toronto y Candidata a Doctora Universidad de Ottawa.

tar comportarse a la altura de esa condición². La adscripción a una cultura de derechos humanos funge como una carta de presentación, la vara con la cual se define “*who is in the club of liberal states*” y quiénes son reacios al cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos³. Así, ciertas afiliaciones o declaraciones como la pertenencia a la Unión Europea o la adscripción a la Carta Democrática de la OEA marcan quién es quién como miembro de un club que declara la protección de los derechos fundamentales⁴.

Creo que en el caso de Chile se dan ambos factores. Buscamos ser reconocidos en el plano internacional de la protección de los derechos de las personas luego de la experiencia traumática de la violación sistemática a los derechos humanos durante la dictadura. Pasamos por un proceso de adaptación, socialización y habitualización de estándares que van desde la negación de la existencia de las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos hasta la declaración de un “nunca más la repetición de desapariciones forzadas, ejecuciones o tortura”⁵. A ello se suman elementos de una cultura *aspiracional*⁶ como la chilena, que desea mostrar sus indicadores de desarrollo y pertenecer a ese club. Su más preciada afiliación es haber ingresado a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en mayo de 2010⁷, que ha generado una constante comparación de los indicadores nacionales con los de los países de esa organización. Ello le reditúa en algunos planos –indicadores de desarrollo–, pero evidencia una bochornosa situación cuando se mide la desigualdad o los costos de la educación en Chile.

Los indicadores que definen la pertenencia a un sistema internacional de protección de derechos humanos no residen solo en la suscripción de trata-

2 Kho, Harold, “How is International Human Rights Law Enforced?”, en *Indiana Law Journal*, Vol. 74, 1999, pp. 1397-1417.

3 Risse-Kappen, Thomas y Sikkink, Kathryn, “The Power of Human Rights”, en Risse-Kappen, Ropp, Stephen C. y Sikkink (eds.), *Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge Studies in International Relations 66, (Cambridge University Press), 2002, pp. 1-38.

4 *Ibíd.*, p. 9. Ver Carta Democrática Interamericana, AG/RES. 1 (XXVIII-E/01), adoptada el 11 de septiembre 2001, disponible en: http://www.educadem.oas.org/documentos/dem_spa.pdf.

5 Es interesante el modelo teórico que proponen Risse-Kappen y Sikkink sobre este proceso como un espiral. Risse-Kappen y Sikkink, *op. cit.*, p. 9.

6 El tradicional arribismo chileno ha dado paso a lo aspiracional, a la autodefinición como “los jaguares de América Latina”.

7 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico es un foro de países comprometidos con la democracia y la economía de mercado que, entre otras cosas, identifica buenas prácticas.

dos –la afiliación a una comunidad global–, sino también en el compromiso y efectivo cumplimiento. Los tratados prevén mecanismos de vigilancia que permiten a las comunidades organizadas dialogar, en el ámbito interno o en foros internacionales, con sus gobiernos para asegurar el ejercicio de los derechos de las personas.

En el sistema universal de derechos humanos, los mecanismos de supervisión que establecen los propios tratados –tales como los informes periódicos que se presentan ante los respectivos comités– pueden jugar un papel importante en promover un diálogo fuerte, incisivo y directo (e indirecto) entre actores locales de la sociedad civil, representantes del Estado y expertos de esos órganos. Estas instancias pueden facilitar el diálogo interno, incentivar la participación de la sociedad civil que vigila el cumplimiento de las obligaciones contraídas, y promover los consensos entre los Estados y los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Se contrastan visiones –de la sociedad civil y del Estado– sobre el cumplimiento de las obligaciones y los desafíos que se enfrentan.

Otras formas de diálogo incluyen la relación entre los Estados y el paradigma del derecho internacional público. Una de aquellas instancias es el Examen Periódico Universal del sistema universal de protección, en que el Estado presenta la situación del país ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y recibe comentarios de su *pares*.

Nuestro objetivo, en estas breves páginas, es revisar los mecanismos de rendición de cuentas del sistema universal de protección de derechos humanos y evaluar en especial la experiencia de Chile luego de dos procesos de rendición de cuentas ante el Examen Periódico Universal. A la fecha, Chile ha presentado dos veces, una bajo la primera administración de la presidenta Bachelet (2009) y la segunda al término del mandato del presidente Piñera (enero de 2014). En ambos momentos las recomendaciones plantearon desafíos al país en la materia. Cabe formular una pregunta sobre cuán fructífero ha sido este diálogo y cuáles son los puntos que, bajo dos administraciones distintas, se han asumido como compromisos. Dada la gran cantidad de derechos y áreas de trabajo involucradas, nos abocaremos a analizar algunos planteamientos sobre la protección de los derechos de las mujeres.

1. La pertenencia al club

El ingreso de Chile al grupo de países democráticos en 1990 llevó, por una parte, a la rápida adopción de tratados internacionales de derechos humanos⁸ y, por otra, al retiro de las reservas de los tratados que Chile había suscrito antes de 1990. En esta última situación se encontraban las convenciones en contra de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹. Así ocurrió con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), suscrito en 1989, que fue adoptado con una reserva que no otorgaba competencia al Comité de Derechos Humanos para conocer de comunicaciones por violaciones a las obligaciones del Pacto. Posteriormente, se retiró la reserva con la prevención que el Comité podría conocer de violaciones respecto de hechos cuyo principio de ejecución se hubieran producido a partir del 11 de marzo de 1990¹⁰.

La ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW) se realizó en diciembre de 1989. Implicó modificaciones normativas necesarias por la adopción de un instrumento que promueve la igualdad de las mujeres en todos los ámbitos. Significó, entre otras cosas, la modificación de la capacidad civil de la mujer casada en sociedad conyugal y la derogación de obligación de obediencia de la mujer al marido¹¹. En un sentido, puede ser caracterizada como una reforma hipócrita pues, en la práctica, mantiene a la mujer casada en sociedad conyugal como incapaz de administrar sus bienes propios¹². Las limitaciones de las reformas y la envergadura de las transformaciones que exigía la adopción de

8 La Convención Interamericana de Derechos Humanos fue ratificada en 1990 y publicada en el Diario Oficial el 21 de agosto de 1990. La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue publicada el 13 de agosto de 1990. Chile fue uno de los primeros en promover y ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, “Convención de Belén do Pará”, publicada el 11 de noviembre de 1998.

9 La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes fue publicada el 26 de noviembre de 1988. Al igual que su homóloga, la Convención Interamericana, fue adoptadas con reservas, las que fueron retiradas en 1991.

10 El Pacto fue publicado en el Diario Oficial el 29 abril de 1989 y se le otorgó competencia al Comité, con la reserva ya señalada, por ley publicada el 7 de enero de 1991.

11 Ley 18.802 publicada el 9 de julio de 1989 sobre capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal.

12 Veloso, Paulina, *La Justicia frente a los derechos humanos de las mujeres*, (Conosur), 2000, p. 173. René Ramos Pazos concluye, en un artículo de la época, que la modificación “presenta innovaciones de interés”, pero no tenía la relevancia de otras. Véase, Ramos Pazos, René, “Modificaciones introducidas por la Ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno”, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 184, Año LVI, 1988, p. 33.

la CEDAW se hicieron visibles una vez que Chile recibió, en 1999, por primera vez, las recomendaciones del Comité de la Convención¹³.

Chile firmó el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer el 10 de diciembre 1999, pero no ha estado en condiciones de ratificarlo, ya que un sector político se ha opuesto. Para sortear los escollos y mantener su condición de Estado que busca legitimarse mediante la adopción de tratados, el ejecutivo desarrolló una estrategia de ratificación con reserva, que implicaba no otorgar competencia al Comité de la CEDAW para conocer comunicaciones individuales de violaciones, incurriendo en una abierta contradicción, ya que ello significaba eximirse del objeto y fin del tratado¹⁴. Finalmente esa vía, en los hechos, se desechó¹⁵. A la fecha, Chile aún no ratifica el protocolo.

2. La rendición de cuentas como diálogo

Para analizar esta materia, usaremos el modelo de Kho de un *transnational legal process*¹⁶ o proceso legal transnacional. Kho argumenta que el cumplimiento –agrego la rendición de cuentas– es el inicio del diálogo entre distintos actores. Este proceso funciona como un instrumento de consenso, que involucra la interacción entre ciudadanos, Estados, y agencias internacionales. Hay procesos verticales y horizontales que ayudan a que las normas interna-

13 La ministra Josefina Bilbao a cargo del Servicio Nacional de la Mujer, en su reporte de cumplimiento ante el Comité de Expertas de la CEDAW, mostró los avances en materia legislativa –como la adopción de una ley que sanciona la violencia doméstica y la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio–, omitió una referencia a la necesidad de modificar la sociedad conyugal y explicó algunas de las limitaciones en la promoción de la agenda legislativa por la existencia de una corriente conservadora en el Senado reforzada por la presencia de senadores designados. Véase, Servicio Nacional de la Mujer, Chile/CEDAW, A diez años de la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Santiago, 1999, pp. 38-42. Ver las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra la Mujer (CEDAW), Informe sobre el quincuagésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento N° 38 (A/54/38/Rev.1), 1999. Disponible en <http://www.eclac.cl/mujer/noticias/paginas/3/27403/Compilacion%20CEDAW.pdf>.

14 La CEDAW contiene cláusulas específicas sobre las reservas y usa un lenguaje similar al de la Convención de Viena sobre Interpretación de los Tratados. Pese a ello, se ha producido un debate sobre la permisibilidad de ciertas reservas entre Estados. Tal como sostiene Schöpp-Schilling, la adopción con reservas presenta un dilema entre la universalidad versus la integridad del tratado. Schöpp-Schilling, Hanna Beate, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: An Unresolved Issue or (No) New Developments?”, en Ineta Ziemele (ed.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony and Reconciliation*, (Martinus Nijhoff Publishers), 2004, p. 6.

15 Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos 2003. Hechos de 2002*, Santiago, 2003, pp. 268-274.

16 Kho, op. cit.

cionales de derechos humanos influyan la legislación, las políticas públicas y las prácticas domésticas. Ello se produce a través de la interacción reiterativa, interpretación e internalización¹⁷. Risse-Kappen y Sikkink se refieren a ese proceso como socialización y sostienen que involucra: a) la adopción instrumental y negociación; b) el proceso de concientización moral, de persuasión y diálogo; y c) la institucionalización o habitualización de los estándares internacionales de derechos humanos¹⁸.

Esto no excluye otros elementos que ya hemos reseñado, como el interés de los Estados por *la pertenencia al club* o el poder de coerción del sistema internacional de protección. La coerción a través de decisiones vinculantes es una instancia de propulsión de cambios forzados. Un ejemplo de lo anterior es el efecto que tuvo la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Olmedo contra Chile, Última Tentación de Cristo*¹⁹. La condena a Chile creó un nuevo contexto para cambios legales y constitucionales que prohibieran la censura previa²⁰.

La relevancia del modelo teórico de Kho se debe a que advierte cómo los mecanismos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos facilitan la legitimación de las obligaciones en la cultura local y no le restan poder, de manera alguna, sino que refuerzan el proceso de deliberación en el ámbito doméstico.

Kho identifica dos áreas en el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, lo que denomina condiciones intergubernamentales o razones de horizontalidad para el cumplimiento y, en segundo lugar, las relaciones internacionales y los sistemas legales domésticos, o razones verticales de cumplimiento²¹. La primera posiciona el diálogo entre los Estados, mientras que la segunda sitúa a actores no gubernamentales de la sociedad civil para ser parte del proceso de promoción e integración de los estándares en el plano doméstico²².

17 *Ibíd.*, p. 1399.

18 Risse-Kappen y Sikkink, *op. cit.*, p. 5.

19 Vale recordar que la Corte Suprema había acogido un recurso de protección que censuró la exhibición de la película. Corte IDH, Caso La Última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y Otros contra Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de fecha 5 de febrero de 2001.

20 Se modificó el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política del Estado por la Ley 19.742 del 28 de agosto de 2001. La reforma se inició con el Mensaje Presidencial del presidente Frei Ruiz-Tagle en el que se hizo referencia a la decisión del ejecutivo de modificar un sistema de calificación cinematográfica con censura previa.

21 Kho, *op. cit.*, p. 1406.

22 *Ibíd.*, p. 1413.

El proceso de internalización a través de capas de interacción social, política y normativa resulta en la adopción final de estándares. También es resultado de un diálogo interno en el que las comunidades organizadas, y no solo los órganos estatales, se involucran en el compromiso por el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Demás está decir que la conversación en el ámbito doméstico es relevante porque aspira a generar conciencia sobre, y a legitimar, los estándares. Se trata de un proceso que puede ser frustrante por su lentitud, debido a que está a merced de los vaivenes políticos. Incluso cuando el derecho internacional de los derechos humanos tiene un poder vinculante, como las decisiones que emanan de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los factores políticos locales pueden dificultar el cumplimiento, como ha ocurrido en el asunto *Palamara contra Chile* sobre justicia militar²³ o en el acuerdo amistoso alcanzado por las hermanas Arce contra Chile respecto de la modificación del régimen de sociedad conyugal²⁴.

De la misma manera, la aspiración de ser parte del club “en regla” choca con impedimentos políticos locales que no permiten que la adhesión al sistema internacional de protección de derechos humanos sea plena. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se ratifica un tratado con reservas. Así se mantiene una instancia de diálogo en que juegan la conversación horizontal entre Estados pares para el cumplimiento de un tratado con la esperanza que las objeciones políticas sean revertidas.

Las conversaciones sobre el cumplimiento con reservas se producen en distintos espacios, involucrando a actores diversos. En primer lugar, la conversación obligada está en manos de otros Estados, que pueden representar ante un órgano internacional que la reserva efectuada a un tratado no es aceptable. En segundo lugar, se abre el camino a la persuasión a través de conversaciones bilaterales entre Estados: los que adoptan las reservas por una parte y los que critican la objeción por la otra. En tercer lugar, está la participación de actores como las organizaciones locales o internacionales que abogan por la ampliación de la protección de un tratado para una comunidad buscando que las reservas sean retiradas. El espacio de conversación les puede entregar protagonismo en forma directa o indirecta.

23 Corte IDH, blog, Supervisión de cumplimiento la sentencia Caso Palamara Iribarne contra Chile, 3 de agosto de 2001. Disponible en: <http://corteidhblog.blogspot.com/2011/08/supervision-de-cumplimiento-de-la.html>.

24 Comisión IDH, Informe 59/03, Petición 71/01. Admisibilidad, Sonia Arce Esparza. Chile, 10 de octubre de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Chileo71.01.htm>.

Esta dinámica se advierte claramente en el diálogo entre los Estados y los órganos de supervisión, como el Comité de la CEDAW. Los Estados, en sus informes periódicos de cumplimiento, presentan sus razones para las objeciones a ciertas obligaciones internacionales, dando cuenta de por qué las mantienen cuando ellas son contrarias al objeto y fin del tratado²⁵. El procedimiento de informes periódicos, en conformidad al artículo 17 de la CEDAW, permite que el Comité y los Estados que han hecho reservas tengan un diálogo constructivo, lo que no obsta a que se generen tensiones, como ocurrió entre la delegación de Bangladesh y la experta sueca en el Comité²⁶.

Un segundo mecanismo de supervisión de las reservas es el diálogo bilateral. Los países escandinavos suelen objetar las reservas hechas por otras naciones. Se encuentran para ello en una situación privilegiada, no solo porque mantienen altos estándares para su población, lo que los dota de legitimidad, sino además porque prestan cooperación internacional a países objetores. La conversación bilateral evita el bochorno, la exposición en foros internacionales, mas es una herramienta que podría ser considerada de *chantaje* diplomático, sobre todo cuando el país objetado es parte del Sur Global. Se puede afirmar que este tipo de *coacción* es similar a la que formula el Fondo Monetario Internacional respecto de los países que reciben ayuda, imponiendo esquemas de ajuste estructural. Ahora bien, se debe considerar que la cooperación internacional también favorece el diálogo interno, a través de la colaboración con organizaciones locales para reforzar los procesos democráticos internos, en ocasiones apoyando a las ONG locales con recursos para producir información no oficial alternativa a los documentos oficiales del Estado.

En cualquier caso, para que el diálogo se produzca, los Estados deben participar en espacios comunes y contar con iguales oportunidades para responder y entregar sus razones en forma pública. Si los Estados objetores o renuentes a cumplir sus obligaciones encuentran que su soberanía o identidad nacional

25 Informe de la CEDAW, 14ª Sesión, A/50/38 at 126-128, citado en Schöpp-Schilling, op. cit., p. 21. Diversos Estados han hecho reservas a obligaciones específicas a la CEDAW. Así, por ejemplo, Australia hizo reserva a la obligación establecida en el artículo 11.1 sobre pre y postnatal pagado por el Estado, declarando que no estaba en condiciones de garantizarlo en todo su territorio aun cuando estuviera disponible a las empleadas del gobierno federal y otras trabajadoras de otros Estados de la nación. Inglaterra hizo reserva sobre la igualdad de hombres y mujeres para alcanzar el trono. Estados del Sur de Asia y los países árabes rechazan la norma de la CEDAW que obliga a cambiar normas consuetudinarias, religiosas o prácticas locales para asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. El Reino Unido objetó la reserva de los Emiratos Árabes por considerarla demasiado amplia y no especificar cuáles disposiciones de la *sharia* no podrían ser modificadas. ONU, Treaty Collection. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#EndDec.

26 Schöpp-Schilling describe esta confrontación. Ver Schöpp-Schilling, op. cit., pp. 12-13.

está al centro del debate, las posibilidades de conversación constructiva se debilitan.

Por ello es necesario contar con voces locales que empujen los procesos de legitimación del derecho internacional de los derechos humanos. Sunder lo ejemplifica muy bien cuando describe su propia experiencia como musulmana de resistir, interactuar, interpretar y colaborar en el proceso de integración y legitimación de las normas internacionales de derechos humanos²⁷ en su país. Su condición de musulmana implica un punto de vista muy distinto al de quien realiza una crítica desde el mundo occidental.

Los actores locales pueden integrar los estándares a través de estrategias de litigio en el ámbito doméstico. Los litigantes incorporan argumentos que pueden ser considerados en las decisiones judiciales. Alexander Aleinikoff hace referencia a este fenómeno al describir como algunos jueces en los Estados Unidos reflexionan acerca del alcance del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario, y la experticia de algunos tribunales internacionales *para decir* el derecho²⁸. El autor lo ejemplifica mediante el caso *Bustillos*, en que la Corte Suprema de los Estados Unidos acogió un recurso de habeas corpus de un hondureño condenado por homicidio. Este no fue informado de su derecho a llamar al cónsul de Honduras, en conformidad con la Convención Internacional de Viena sobre relaciones Consulares²⁹. Aun cuando no es nítida la forma en que la Corte Suprema adoptó la argumentación del derecho internacional, Alexander sostiene que este tuvo un efecto gravitante en ese caso. De allí que se pueda hablar de una adopción de estándares en Estados cuyas culturas jurídicas intentan mantener su *soberanía* sobre las reglas que se aplican y sobre cómo se aplican.

Este es un elemento interesante en un país que no acepta jurisdicción, por ejemplo, del Comité de Derechos Humanos para recibir comunicaciones individuales en virtud del PIDCP³⁰. No obstante no reconocer su jurisdicción, Estados Unidos sí le otorgó competencia al Comité para recibir comunicaciones entre Estados sobre el incumplimiento de las obligaciones del PID-

27 Sunder, Madhavi, "Piercing the Veil", en *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, pp. 1434-1435.

28 Aleinikoff, Alexander, "Transnational Spaces: Norms and Legitimacy", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, pp. 479-490.

29 *Ibid.*, p. 480.

30 Los Estados Unidos ratificó el PIDCP, pero con una declaración que señala, entre otras cosas, que su suscripción no implica la derogación de la pena de muerte en algunos Estados. Véase, ONU, Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (1 de mayo 1 de 2014)

CP³¹. Alexander sostiene que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y derecho humanitario no es solo altruismo, sino que obedece también a interés. En la era global los argumentos “viajan”, se crea derecho –en una acepción más amplia que legislar–, se toman prestadas las formas lingüísticas e instituciones de otras jurisdicciones que parecen pertinentes a las realidades locales. Los países y las naciones están concientes de los entramados normativos comparados, especialmente las interpretaciones de las obligaciones de derechos humanos en áreas que parecen cercanas a los dilemas jurídicos o conflictos propios.

En el marco de este contexto, la participación de los Estados en el diálogo transnacional en cualquiera de sus formas los urge a una reflexión y diálogo internos sobre la integración y complementariedad entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho local.

3. El Examen Periódico Universal: Un espacio de diálogo más allá de los actores estatales

Como se ha indicado, existen distintos mecanismos de control internacional respecto del cumplimiento de las obligaciones de los tratados de derechos humanos: políticos, cuasi judiciales y judiciales. Estos últimos crean una relación más cercana frente al sistema de protección entre gobernados y gobernantes. Las personas pueden acudir a los órganos creados para tal efecto, que interpelan a los Estados para el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos, ya sea a través del diálogo forzado³² o la reclamación judicial por la protección de derechos.

El mecanismo político por excelencia es la adopción de las resoluciones dictadas por los órganos políticos de Naciones Unidas, las que pueden lograr un gran impacto. Así ocurrió con la resolución de la Asamblea General de la ONU que condenó el régimen de apartheid en Sudáfrica³³.

31 ONU, Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (1 de mayo de 2014).

32 En este sentido, operan las visitas in loco y los informes de país o audiencias de la Comisión IDH previstos en el sistema regional de protección a los derechos humanos. En marzo de 2014 se celebró una audiencia solicitada por las organizaciones de la sociedad civil ante la Comisión, donde distintas instituciones presentaron informes sobre la situación de derechos humanos en el país. Véase, por ejemplo, la audiencia sobre la situación de los operadores de justicia en Chile que presentaron la organización Litigio Estructural del Sur y la Red Iberoamericana de Jueces, en: <http://www.cidh.org/audiencias/150/37.mp3>.

33 Las Naciones Unidas comenzó un proceso de exhortación al término del apartheid, desde la creación de este, a instancia de India. En 1983, la Resolución de la Asamblea General de la ONU 38/11 instó a

El más reciente mecanismo político es el Examen Periódico Universal (EPU), que creó el Consejo de Derechos Humanos en remplazo de la Comité de Derechos Humanos, de 2006, a través de la Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/251³⁴. A diferencia de los mecanismos que responden a los propios órganos de las convenciones, este participa de una lógica político diplomática de control horizontal. A través del Consejo de Derechos Humanos, se revisa cada 4 o 5 años la situación de los países miembros de la ONU respecto al cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, mediante lo que se considera un diálogo de cooperación e interactivo sobre las condiciones de los países examinados. Este órgano está compuesto por 47 países elegidos en escrutinio secreto, los que se organizan en troikas o grupos de trabajo que examinan de forma detallada los informes del país.

En esta revisión, el Estado presenta un informe oficial sobre la situación de los derechos humanos, al cual se incorpora otro compilado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, que a su vez integra los informes u observaciones de los comités de los tratados, la información que provean las agencias de Naciones Unidas como UNICEF u ONU Mujer, o cualquiera relevante a juicio del Alto Comisionado. Este documento incluye, además, información de otros actores relevantes, tales como organizaciones de la sociedad civil y centros académicos, lo que le proporciona una visión lo más comprensiva posible sobre la situación del país examinado.

Los Estados pares pueden formular preguntas, previa revisión de cada Informe Nacional, al Estado examinado. Estas se realizan con 10 días de anticipación a la revisión correspondiente. El Estado, en una audiencia, realiza una

terminar con el apartheid y la violencia en contra de la población negra. En 1984, en otra resolución, la Asamblea General declaró que la Constitución adoptada en 1983 que establecía que solo votaban blancos no era democrática y resultaba contraria a los principios de la Carta de Naciones Unidas. Asamblea General de la ONU, Resolución 554 del 17 de agosto de 1984. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/554%20\(1984\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/554%20(1984)).

34 La resolución establece la conformación y elección a través de mecanismos equitativos de representación geográfica, al señalar que la Asamblea General: “7. Decide además que el Consejo estará integrado por cuarenta y siete Estados Miembros que serán elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General; la composición estará basada en una distribución geográfica equitativa y los puestos se distribuirán entre los grupos regionales de la manera siguiente: Grupo de Estados de África, trece; Grupo de Estados de Asia, trece; Grupo de Estados de Europa oriental, seis; Grupo de Estados de América Latina y el Caribe, ocho; y Grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados, siete; los miembros del Consejo desempeñarán sus funciones durante un periodo de tres años y no podrán optar a la reelección inmediata después de dos periodos consecutivos”. (Traducción propia). Ver Asamblea General de la ONU, 60/251; Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/RES/60/251, 15 de marzo de 2006, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement>.

presentación y responde a las preguntas. En esta instancia se da lugar a un diálogo en que los Estados Miembros del Consejo formulan otras preguntas y recomendaciones.

Luego de la revisión, se adopta un informe por parte del grupo de trabajo, que se somete a consideración. Tras escuchar las preguntas y recomendaciones, el Estado tiene un plazo de 6 meses para responder.

3.1. Quiénes dialogan y desde dónde

La interacción entre Estados ha permitido mayor horizontalidad, pues aquellos que conforman el Consejo de Derechos Humanos tienen igual derecho a voz, al formular preguntas, que aquellos que no forman parte de este. Como se discutirá, el poder disuasivo depende del lugar de dónde provengan tales recomendaciones.

La participación en el Consejo en igualdad de oportunidades puede resultar ser un espacio de diplomacia más que de compromiso con los derechos humanos, producto del interés del Estado que examina de mantener buenas relaciones con el examinado. En el último EPU de Chile, realizado en Ginebra, observamos de primera mano, cómo el representante de Honduras se refirió, en primer lugar, a la relación de colaboración existente entre Carabineros de Chile y la policía hondureña, para luego manifestarse complacido por las acciones del gobierno para combatir la violencia en contra de niños y niñas, y su explotación sexual y por la ley de responsabilidad penal de adolescentes, sin realizar ninguna observación o recomendación. Así el EPU puede volverse una instancia de muestras de apoyo mutuo y colaboración, lo que puede restarle a la postre legitimidad.

Una de las preguntas que plantea este proceso se refiere a la legitimidad moral de las recomendaciones que provienen de aquellas naciones que interpellan a otro Estado cuando no logran alcanzar estándares de buena conducta para su propia población. Resulta paradójal que países como Arabia Saudita o Bangladesh reclamen por la participación política o las condiciones de trabajo de las mujeres, cuestionando a otros Estados, cuando ellos no satisfacen esos mismos estándares. Irak, entre otros, recomendó a Chile apoyar iniciativas legales que promuevan una mayor participación de mujeres en el Congreso³⁵; los Emiratos Árabes instaron a Chile a reforzar el rol del Servicio Nacional

35 Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo de la Revisión Periódica Universal, 18ª Sesión, Ginebra, 27 de enero de 2014, Informe preliminar del Grupo de Trabajo de la Revisión Periódica Universal, Chile, párr. 121.38.

de la Mujer y la implementación del Plan de Igualdad de Oportunidades³⁶; y Sudán del Sur exhortó a Chile a promover el nombramiento de un mayor número de mujeres en cargos de decisión³⁷. Alguien podría recordar el refrán de que se “mira la paja en el ojo ajeno y no la viga en el propio”. Sin embargo, al menos simbólicamente, las delegaciones de estos países contribuyen a alertar al país examinado y también a la sociedad civil del país “examinante”, que puede demandar el cumplimiento de estándares que se exigen a otros.

El EPU también puede ser un espacio de reforzamiento o enfrentamiento de visiones acerca de la discriminación o la forma de protección de derechos. Ello se observa en la audiencia del último examen en que Chile y Uruguay coincidieron. El Vaticano elogió a Chile e instó a que mantuviera la protección del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, y diera más información sobre una posible legislación de identidad de género³⁸. La delegación chilena reiteró a los países europeos –que recomendaron la despenalización del aborto– que este es un delito y que la vida está protegida desde la concepción.

Uruguay, por su parte, respondió en duros términos al representante de Bangladesh que recomendó asegurar la protección de la familia como grupo fundamental de la sociedad basada en la relación estable entre un hombre y una mujer. Uruguay rechazó de plano la recomendación en la misma audiencia pública, señalando que su marco constitucional y legal protege a toda familia y que rechaza toda discriminación por razones de orientación sexual, identidad de género u otras. Agregó que su actuación se basa en el estricto cumplimiento de los estándares de protección de los derechos humanos³⁹, con lo cual reprocha a Bangladesh su visión discriminatoria frente a la diversidad sexual. Vale destacar que Bangladesh hizo exactamente la misma recomendación a Chile en el EPU de 2009. A diferencia de Uruguay, Chile señaló que examinaría las recomendaciones y presentaría posteriormente su respuesta⁴⁰. Evidentemente, ello reflejaba distintos estilos diplomáticos, orientaciones y debates locales, y convicciones frente a la diversidad sexual⁴¹.

36 *Ibíd.*, párr. 121.64.

37 *Ibíd.*, párr. 121.127.

38 *Íd.*

39 *Ibíd.*, Uruguay, párr. 124.

40 *Ibíd.*, 12ª Sesión, Chile, 4 de junio de 2009, párrs. 36 e) y 92.2.

41 A la fecha de presentación de Chile en el EPU 2009, el proyecto de vida en pareja no lograba aunar los consensos necesarios ni siquiera entre la Concertación para colocarlo en la agenda legislativa.

El EPU puede perder legitimidad cuando es usado para fines distintos a la protección de los derechos humanos. Es habitual que Bolivia presente en foros internacionales su petición sobre acceso soberano al mar, pero una instancia de protección a los derechos de las personas resulta menoscabada cuando se usa el derecho a transitar de los nacionales de ese país so pretexto de reclamar soberanía. Esa fue la única recomendación rechazada de plano por la delegación chilena⁴².

Así, el EPU tiene el potencial de transformarse en un espacio más de diplomacia que de protección de derechos.

3.2. Los logros y los desafíos: El caso de Chile

Se observan leves diferencias en el comportamiento público de Chile ante las recomendaciones surgidas en el EPU y en el diálogo interactivo en las audiencias de 2009 y 2014. Resulta interesante que a Chile le haya correspondido ser examinado bajo dos administraciones de distinta orientación política.

Durante el EPU de 2009, Finlandia y Suecia hicieron peticiones específicas para la modificación de la ley que prohíbe el aborto bajo toda circunstancia⁴³. Suecia conminó a que la ley debe sujetarse a los estándares internacionales de derechos humanos. La respuesta de la delegación chilena, encabezada por el ministro de la Secretaría General de Gobierno, José Antonio Viera Gallo, rechazó de plano tales recomendaciones, señalando que estas no contaban con el apoyo de Chile, a diferencia de las otras que serían estudiadas por el Estado⁴⁴. En 2009, Chile aceptó 71 recomendaciones.

Durante el EPU de 2014, varios Estados europeos –República Checa, Estonia, Alemania, Francia, Noruega, Eslovenia, Suiza y Bélgica– se sumaron a las recomendaciones de 2009 sobre aborto, cada uno con distintos énfasis. La respuesta de la delegación chilena fue reiterar que el aborto constituye un delito, que la vida está protegida desde la concepción y que solo es posible la realización del aborto indirecto⁴⁵. El matiz entre ambos momentos es evidente: del rechazo de 2009 sin mediar razones a la continuidad de ese rechazo en 2014, explicitando lo señalado por Chile ante el Comité de la CEDAW en 2011:

42 Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Grupo de Trabajo de la Revisión Periódica Universal, Chile, 2014, op. cit., párrs. 122 y 122.1.

43 *Ibíd.*, Chile, 2009, op. cit., párrs. 24 b) y 37 a), respectivamente.

44 *Ibíd.*, párr. 97.

45 *Ibíd.*, 2014, op. cit., párrs. 122.1-121.142.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestro país no considerará anticonceptivos y, por ende, no serán parte de ninguna política pública en materia de regulación de la fertilidad, métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto. Por tanto, *respecto a las Recomendaciones 19 y 20, se hace presente que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida del que está por nacer, encontrándose expresamente prohibido el aborto en todas sus formas*⁴⁶. (Énfasis añadido).

La persistencia de este discurso sobre la interrupción del embarazo, me atrevo a decir, casi se convirtió en una política de Estado: rechazar toda recomendación de los órganos de derechos humanos, posteriormente al EPU, al ser instado a modificar la ley frente al aborto. Si bien en cada una de las coaliciones –Concertación y Alianza– se contaba con políticos abiertos a propiciar cambios, en su primera administración la presidenta Bachelet no estuvo dispuesta a generar una batalla interna, mientras que el presidente Piñera lo rechazó sin siquiera considerarlo.

Otro tema que se reitera una y otra vez en este espacio es la ratificación de Chile del Protocolo de la CEDAW. En el EPU de 2014, los llamados a ratificar el Protocolo de la CEDAW provinieron de Austria, Bangladesh, Bulgaria, Irlanda, Madagascar, Holanda, Paraguay, Eslovaquia, España y Costa Rica, todos en adhesión a lo señalado por Uruguay. Irlanda fue enfática en solicitar que Chile señalara un plazo para la ratificación. Esto había sido mencionado por Holanda, España y Canadá durante el EPU de 2009⁴⁷.

En este contexto, el ejercicio de rendición de cuentas requiere de una contraparte fuerte de la sociedad civil, que tenga la capacidad de impulsar cambios y contrarrestar informes oficiales, ya que los Estados buscan presentar lo mejor de sí, aunque ello signifique ofrecer medias verdades. Por ejemplo, en el informe al Comité de la CEDAW de 2011, el Estado de Chile informó que el Plan de Igualdad de Oportunidades 2011-2020⁴⁸ había sido elaborado con la participación de la sociedad civil. Pero no fue así. El plan adoptado

⁴⁶ CEDAW, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Informes periódicos quinto y sexto combinados de los Estados partes, Chile, CEDAW/C/CHL/5-6, 17 de marzo de 2011, párr. 124. Se omitió la referencia al texto citado.

⁴⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Grupo de Trabajo de la Revisión Periódica Universal, Chile, 2009, op. cit., párrs. 25 (d), 76 (c) y 87 (c), respectivamente.

⁴⁸ El Plan de Igualdad de Oportunidades 2011-2020 fue elaborado por el Servicio Nacional de la Mujer, cuyo objetivo es avanzar y consolidar políticas públicas que fortalezcan la igualdad de oportunidades y derechos para los hombres y mujeres.

por la administración del presidente Piñera, sin que mediara participación ciudadana, reemplazó al elaborado por la de Bachelet, que sí la tuvo. De la misma manera, en el informe ante el EPU de 2014 acerca del Protocolo de la CEDAW, Chile respondió –presentándolo como un avance– que su ratificación se encontraba en segundo trámite constitucional en el Congreso. En la práctica, está paralizada desde septiembre de 2004⁴⁹. Igual explicación se dio al Comité de la Convención de la Mujer⁵⁰. Ello implica que, pese al transcurso de casi una década, las recomendaciones aún no prenden en terreno fértil.

La ratificación de este Protocolo estaba prevista en la agenda programática de equidad de género de la candidatura de la presidenta Bachelet⁵¹, pero no en el Programa de Gobierno, por lo que no es claro si será impulsado con fuerza en los próximos meses, a diferencia del aborto, que forma parte de los compromisos del gobierno. En cualquier caso, en la lógica de la imagen internacional, para la presidenta Bachelet debería ser una meta importante ratificar el Protocolo de la CEDAW, habiendo sido secretaria ejecutiva de ONU Mujer.

Conclusión

La incorporación de los estándares de derechos humanos requiere no solo una conciencia de las obligaciones internacionales y sus implicancias a nivel interno, sino también un entramado de redes que propicien su promoción y adopción. En ello el diálogo internacional es fundamental, pues refuerza y legitima las demandas de la ciudadanía a nivel local y habilita al Estado a formar parte del “club” cumpliendo las reglas de un buen ciudadano de la comunidad global⁵².

El derecho internacional de los derechos humanos es una aspiración de valores éticos de convivencia humana, que tiene una importante base en la persuasión. El buen comportamiento no solo busca evitar la sanción o el bochorno, sino también sentirse parte de una comunidad de Estados –como señala Sikkink– “liberales”, los que a través de su comportamiento ganan una

49 Informe al Consejo de Derechos Humanos, 18° Período de Sesiones, 14 al 27 de enero de 2014, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/185/71/PDF/G1318571.pdf?OpenElement>, párr. 31.

50 CEDAW, op. cit. nota 46, párr. 24.

51 Programa de Michelle Bachelet, La agenda de género para la equidad y la igualdad entre mujeres y hombres. Disponible en: <http://michellebachelet.cl/descarga-y-actua/>.

52 Sikkink, “Transnational Politics, International Relations Theory and Human Rights”, en PS: Political Science and Politics, Vol. 31, No. 3, 1998, pp. 516-523.

identidad o reputación de países respetuosos de los derechos⁵³. Por ello, entre los elementos facilitadores, se puede mencionar una presión desde arriba, el diálogo interactivo con otros Estados o con expertos de los órganos internacionales de supervisión, y una presión desde abajo⁵⁴.

Los pendientes son muchos: asegurar que la institucionalidad de derechos humanos sea fortalecida, que las leyes y las políticas públicas que las acompañan sean implementadas eficazmente, y que las modificaciones legales y las propuestas no sea meros gestos simbólicos sino que se conviertan en *habitus*.

Si Chile es aplaudido por su activa participación en la comunidad de naciones en la promoción de los derechos humanos, debe hacer lo propio realizando los cambios que se requieren a nivel doméstico. Es lo que en buen criollo sería seguir pensando *en el qué dirán*, no solo por las apariencias sino por convicción para estar a la altura del club.

53 Íd.

54 Risse-Kappen y Sikkink, op. cit.

RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DURANTE 2013

María Ignacia Macari

Cristóbal Rojas

Adrián Vergara

Judith Schönsteiner¹

Resumen

Este capítulo resume y, en parte, critica la jurisprudencia que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido durante 2013. Analiza el test de convencionalidad en casos de no discriminación relacionados con temas de familia y parejas y el criterio de no retroactividad de normas penales e internacionales, en casos en los que el tribunal ha tenido que revisar la ponderación entre intereses estatales, libertades civiles y los derechos de los demás.

Introducción

Tal como en años anteriores, presentamos en el marco del *Anuario de Derecho Público*, una revisión de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o Tribunal Europeo) durante el año anterior. Analizamos el raciocinio del más antiguo tribunal regional de derechos humanos, refiriéndonos también a las respectivas líneas de jurisprudencia que se condicen con los casos discutidos y que permiten entenderlos en su contexto. La cantidad de situaciones que llega al TEDH le permite afinar cada vez más el alcance y contenido de los derechos definidos en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, Convenio). Especialmente, los casos que llegan a la Gran Sala, ya sea a solicitud de una de las partes o porque los jueces de las cámaras ceden su jurisdicción a favor de la Gran Sala, constituyen una oportunidad para el

¹ Judith Schönsteiner es Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Essex, Reino Unido, y dirige el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Coordina la revisión anual de jurisprudencia del TEDH, proyecto de docencia que permite a los alumnos acercarse al trabajo académico. María Ignacia Macari, Cristóbal Rojas y Adrián Vergara son estudiantes de pregrado o recién egresados de la carrera de Derecho de la Universidad Diego Portales.

tribunal de precisar los criterios de interpretación y aplicación del Convenio a la luz de nuevas situaciones antes no consideradas por el tribunal. Así, en 2013, la Gran Sala se ocupó de casos que versaron sobre su propia jurisdicción en temas de justicia transicional y de crímenes de guerra del pasado; la ponderación de distintos derechos consagrados en el Convenio; y la conformidad con este de la manera en que autoridades nacionales aplicaron otros tratados internacionales vigentes en el país respectivo. Agrupamos los casos fallados por la Gran Sala en tres grupos: casos de discriminación contra personas de orientación sexual distinta (*X contra Austria y Vallianatos contra Grecia*) y personas nacidas fuera del matrimonio (*Fabris contra Francia*); casos sobre la prohibición de retroactividad de normas penales (*Del Río Prada contra España y Maktouf contra Bosnia y Herzegovina*) e internacionales (*Janowiec contra Rusia*), así como sobre las garantías de ejecución de la pena (*Vinter contra Reino Unido y Allen contra el mismo Estado*); y sobre la determinación de los límites a libertades civiles (*Pastorul cel Bun contra Romania, Animal Defenders International contra Reino Unido y X contra Letonia*).

1. Discriminación

1.1. Discriminación por orientación sexual²

El caso *X y Otros contra Austria* llegó a la Gran Sala en 2012 por delegación de jurisdicción de una Cámara inferior del TEDH. El caso trata de una pareja lesbiana y de su niño, hijo biológico de una de ellas. Su padre biológico reconoció su paternidad, pero la madre tiene su total custodia. Como los solicitantes representan una familia de facto, la madre no biológica deseaba adoptar al niño. La intención de la pareja era crear un vínculo legal entre dicha madre y el niño, sin cortar el vínculo con la madre biológica. Perdieron en todas las instancias nacionales, sin que se justificara la diferencia de trato.

En general, el Tribunal Europeo ha determinado en su jurisprudencia que, cuando una diferencia de trato está basada en el sexo o la orientación sexual de una persona, el margen de apreciación del Estado es limitado. Diferencias basadas únicamente en consideraciones de orientación sexual son inaceptables bajo el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³. En el

2 TEDH, Caso *X y Otros contra Austria*, sentencia de fecha 19 de febrero de 2013; TEDH, Caso *Vallianatos y Otros contra Grecia*, sentencia de fecha 7 de noviembre de 2013.

3 TEDH, Caso *X y Otros contra Austria*, op. cit., párr. 99.

caso *Gas y Dubois*⁴, la Sala determinó que la relación entre dos mujeres que viven juntas y que mantienen una relación civil, donde ambas crían al hijo biológico de una de ellas, constituye “vida familiar”, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha determinado que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”⁵.

En el contexto de adopción por parte de parejas del mismo sexo, la Gran Sala ha establecido ciertas líneas de jurisprudencia. Así, ha determinado que existen tres tipos de adopciones. En primer lugar, la *adopción individual, donde una persona quiere adoptar sola. En segundo término, la adopción de segundo padre, donde el/la compañero/a de una pareja del mismo sexo puede querer adoptar al hijo/a del otro/a con el fin de darle a ambos un estatus parental. En tercer lugar, la adopción conjunta, donde una pareja del mismo sexo desea adoptar a un niño/a*⁶.

La clave para entender el caso *X y Otros contra Austria* radica en la definición del correcto grupo comparativo para examinar si hubo discriminación de la pareja de lesbianas o no. TEDH primero comparó la situación de los solicitantes con la de una pareja casada, en que uno de los miembros de esta desee adoptar al hijo del otro. Concluyó que los solicitantes no estaban en una situación similar a la de un matrimonio.

En cambio, al comparar la situación de las solicitantes con la de una pareja no casada de sexo diferente, se observa que la ley austríaca permite la adopción de segundo padre a las parejas heterosexuales no casadas; según el derecho austríaco, estas situaciones se analizan según su mérito, lo que no ocurrió en el caso de las solicitantes. Por lo mismo, la legislación aplicable lleva a una distinción entre parejas heterosexuales no casadas y parejas del mismo sexo, en relación a la adopción de segundo padre. Finalmente, en un test de proporcionalidad⁷ y necesidad⁸, el TEDH determinó que hubo una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 8 del Convenio.

4 TEDH, Caso *Gas y Dubois* contra Francia, sentencia de fecha 15 de junio de 2012, párr. 37.

5 Corte IDH, Caso *Karen Atala e Hijas* contra Chile, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, párr. 142.

6 TEDH, Caso *X y Otros* contra Austria, op. cit., párr. 100.

7 *Ibíd.*, párr. 182.

8 *Ibíd.*, párr. 140.

Un similar raciocinio llevó el Tribunal Europeo al declarar una violación del Convenio en el caso *Vallianatos y Otros contra Grecia*, sobre el acceso a la institución legal de la unión civil en dicho país, la que entró en efecto en 2006. Esta solo podía ser adquirida por parejas heterosexuales. La Gran Sala, requerida por una cámara inferior del mismo TEDH, sostuvo por dieciséis votos contra uno que hubo una violación del artículo 14, la prohibición de discriminación, en conjunto con el artículo 8, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, ambos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Sala constató que, bajo la ley griega, las parejas heterosexuales, a diferencia de las parejas del mismo sexo, pudieron obtener el reconocimiento legal de su relación, aún antes de la entrada en vigencia de la Ley 3.719/2008, que reguló la institución, ya fuera en la forma del matrimonio o en una más limitada, bajo las uniones *de facto* reguladas en el Código Civil. Las parejas del mismo sexo tendrían un interés particular en ingresar a esta nueva institución de las uniones civiles, la única forma de que sus relaciones fueran reconocidas legalmente⁹.

El gobierno griego destacó en su defensa que la legislación en cuestión fue diseñada con objetivos específicos, que habrían conllevado, como un efecto colateral no intencionado, la exclusión de las parejas homosexuales. Algunos de estos objetivos eran proteger a los hijos nacidos fuera del matrimonio, amparar a las familias uniparentales y fortalecer la institución de la familia y el matrimonio en un sentido tradicional. El TEDH reconoció que los argumentos presentados fueron legítimos y, por lo tanto, permitían restringir, en principio, un derecho. Para que el tribunal determinara si los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad fueron respetados, el gobierno griego debió probar que, para alcanzar los fines deseados, era necesario excluir a las parejas del mismo sexo de las uniones civiles. Así, se invirtió la carga de la prueba hacia el gobierno, regla que aplica en todos los casos sobre discriminación una vez que se hace una diferencia que podría basarse en alguna categoría sospechosa o prohibida. El gobierno no logró establecer la necesidad de la medida, ya que varios derechos establecidos en la unión civil, tales como derechos hereditarios o tributarios, no eran necesarios para alcanzar los objetivos específicos declarados para esta¹⁰. Por lo anterior, la Gran Sala consideró que el gobierno no ofreció razones convincentes y de peso, capaces de justificar

9 TEDH, Caso *Vallianatos y Otros contra Grecia*, op. cit., párr. 90.

10 *Ibíd.*, párr. 68.

la exclusión de las parejas del mismo sexo de la Ley 3719/2008, encontrando una violación del artículo 14, en conjunto con el artículo 8 del Convenio¹¹.

1.2. Discriminación por la condición de “hijo nacido fuera del matrimonio”¹²

El caso *Fabris contra Francia* planteó ante el Tribunal Europeo una pregunta sobre discriminación por filiación. La madre del solicitante, la señora M., estaba casada con el señor M., con el cual tenía dos hijos. Ella cometió adulterio con otro hombre y, de esa relación, en 1943, nació Henry Fabris.

En 1967, la señora y el señor M. decidieron separarse judicialmente. Así, en 1970, por medio de una escritura pública, ambos dividieron sus propiedades entre sus dos hijos legítimos, por medio de una donación “*inter vivos*”.

La señora M. falleció en julio de 1994. En septiembre de ese mismo año se le informó a Fabris que, en su calidad de “hijo ilegítimo”, le correspondía la mitad de lo que hubiera recibido un hijo legítimo. En enero de 1998, Henry Fabris presentó una acción de nulidad en contra de sus medios hermanos, exigiendo su parte en la herencia de su madre.

Como el Tribunal Europeo falló el caso *Mazurek contra Francia*¹³, dicho país tuvo que legislar sobre la situación de los “hijos ilegítimos”. Mediante la Ley 2001, los hijos nacidos fuera del matrimonio pasaron a tener los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del mismo. Esa ley entró a regir antes que se dictara sentencia sobre el caso de Fabris. En septiembre de 2004, el tribunal de primera instancia confirmó la petición de Fabris, entendiendo que tenía los mismos derechos hereditarios que sus medios hermanos. Estos apelaron y ganaron en última instancia¹⁴.

La Cámara de la Quinta Sección del TEDH determinó que las interpretaciones realizadas por las cortes nacionales persiguieron como fin legítimo el salvaguardar el principio de certeza legal y los derechos de larga data de los hi-

11 *Ibíd.*, párr. 92.

12 TEDH, Caso *Fabris contra Francia*, sentencia de fecha 7 de febrero de 2013.

13 El solicitante, hijo no matrimonial, tenía derecho a heredar, de lo que le dejó su madre, la mitad de lo que le toca a un hijo legítimo, de acuerdo a la ley de ese momento (1990). Tomando en consideración que no había una buena razón para hacer esta diferencia de trato y que en ese momento había un consenso europeo dirigido a eliminar la categoría de hijo legítimo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que el Estado francés incurrió en una violación del artículo 14 del Convenio, en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N°1. TEDH, Caso *Mazurek contra Francia*, sentencia de fecha 1 de febrero de 2000.

14 Sostuvo que, como la división de la herencia se llevó a cabo al momento en que murió la señora M. en 1994, de acuerdo a la Ley 2001, no se podían aplicar las nuevas disposiciones que establecían los mismos derechos hereditarios para hijos nacidos en el matrimonio y fuera de él.

jos nacidos dentro de un matrimonio. No habrían sido interpretaciones poco razonables, arbitrarias o inconsistentes con la prohibición de discriminación. Por lo mismo, determinó que no hubo violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A petición de Fabris, el caso fue referido a la Gran Sala. Esta determinó que, por el simple hecho de tener el estatus de “hijo nacido de adulterio”, el señor Fabris fue excluido de la propiedad de su madre. Según el Convenio Europeo, para que una diferencia de trato esté justificada, esta debe, en primer lugar, perseguir un objetivo legítimo. La Sala entendió que la preocupación por asegurar la estabilidad de acuerdos hereditarios constituye un objetivo legítimo, en principio capaz de justificar una diferencia de trato como la del presente caso, coincidiendo así con la Cámara¹⁵.

En segundo lugar, la Gran Sala debió determinar si dicha diferencia fue proporcional al objetivo que se quería alcanzar. Los jueces declararon que la protección de una legítima expectativa de la persona fallecida y su familia siempre debe estar subordinada al imperativo de la igualdad de trato entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y aquellos nacidos fuera de este¹⁶. Según las circunstancias del caso particular, y considerando que la jurisprudencia europea y las reformas legislativas de diversos Estados demuestran una clara tendencia a eliminar todo tipo de discriminación referida a los hijos nacidos fuera del matrimonio¹⁷, la Sala determinó que no hubo proporcionalidad entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido, por lo que el Estado francés violó el artículo 14 del Convenio, en relación al derecho a la propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo N°1 del mismo¹⁸.

2. Justicia transicional, retroactividad y la creación de un criterio de jurisdicción

El punto común de los casos sobre justicia transicional y sobre justicia penal que tuvo que decidir la Gran Sala en 2013 es la pregunta sobre cómo entender la no retroactividad de las normas legales. Mientras la retroactividad en el derecho

¹⁵ TEDH, Caso Fabris contra Francia, op. cit., párr. 66.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 68.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 57.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 73.

penal es claramente contraria al artículo 7 del Convenio Europeo (y así fue confirmado en los casos *Del Río Prada y Maktouf*), hay discusión en el derecho internacional sobre si los procesos internos relacionados con crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra ocurridos antes de la entrada en vigencia de un tratado internacional de derechos humanos están sujetos a sus disposiciones a partir del momento que este entró en vigencia. Así, en el caso *Janowiec*, el TEDH determinó una teoría algo borrosa sobre su jurisdicción en relación a hechos que ocurrieron mucho antes de la entrada en vigencia del Convenio, pero cuyos procesos perduraron tras la ratificación de este. La Corte IDH y el Tribunal Europeo llegaron a conclusiones distintas sobre la materia, siendo el argumento más consistente, en nuestra perspectiva, el presentado por la Corte IDH.

2.1. Caso *Janowiec*: Un criterio de jurisdicción poco inteligible¹⁹

Alrededor de marzo de 1940, el ejército ruso ejecutó en los bosques de Katyn a miles de prisioneros polacos, cuyos cuerpos fueron encontrados posteriormente por tropas alemanas. Las autoridades soviéticas acusaron a los alemanes de la autoría de las muertes. El 22 de marzo de 1990, las autoridades rusas iniciaron las investigaciones de las fosas de cadáveres encontradas, caso que finalmente pasó a la oficina del fiscal militar de la URSS²⁰. En 1991 se llevaron a cabo exhumaciones por parte de especialistas rusos y polacos, así como entrevistas a testigos y exámenes de documentos. En 1992, Rusia reconoció que las muertes fueron causadas por la URSS²¹. Desde ese entonces, el gobierno de Polonia y los familiares de los ejecutados intentaron infructuosamente que se les diera acceso a la investigación. Finalmente, en 2004, las autoridades rusas decidieron terminar el proceso y clasificaron gran parte de la investigación como secreta²².

En ese contexto, la Gran Sala tuvo que determinar si los procedimientos judiciales relacionados con la masacre habían violado los aspectos procesales del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal, consagrados en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo. Recogiendo los criterios del caso *Silih contra Eslovenia*²³, analizó los requisitos para tener jurisdicción sobre hechos

19 TEDH, Caso *Janowiec y Otros contra Rusia*, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013.

20 *Ibid.*, párr. 40.

21 *Ibid.*, párr. 41.

22 *Ibid.*, párr. 45.

23 TEDH, Caso *Silih contra Eslovenia*, sentencia de fecha 9 de abril de 2009, párrs. 161, 162 y 163.

originados *antes* de la ratificación del Convenio Europeo por parte de Rusia en 1998. Estos criterios²⁴ exigen que exista una “conexión genuina” entre las muertes y la obligación de investigarlas, según el artículo 2 del Convenio. Así, parte “significativa” de la investigación debe haber ocurrido después de la fecha de ratificación. A este requisito, la Sala agregó, en el caso *Silih*, que no puede haber pasado más que “un tiempo razonable” entre el hecho inicial y la ratificación del instrumento²⁵, tiempo que no puede exceder los 10 años. Sin embargo, si los hechos son de gravedad, el Tribunal Europeo puede obviar los requisitos anteriores con el fin de “salvaguardar los valores fundamentales del Convenio” (la llamada, “cláusula humanitaria”)²⁶.

En el caso particular, por trece votos contra cuatro, la Gran Sala determinó que no tenía competencia *ratione temporis* para analizar la supuesta violación al artículo 2 del Convenio. Así, no aplicó la cláusula humanitaria, hecho criticado por varios jueces disidentes²⁷. Además, el juez polaco Wojtyczek cuestionó la pertinencia de los criterios establecidos en *Silih*, pues consideró que significaba imponer a los Estados obligaciones retroactivas, que no habrían podido prever al ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸. Además, hizo ver que el término “conexión genuina” era confuso en su significado²⁹. A su vez, recomendó al TEDH volver a una aplicación estricta de la regla de no retroactividad de los tratados internacionales³⁰. Contrariamente, los jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller observaron que los hechos del caso *Silih* diferían notoriamente de los del presente caso. Mientras

24 En el caso *Silih*, la objeción de competencia temporal efectuada por el gobierno fue rechazada por 15 votos contra 2. Este criterio fue cuestionado en las opiniones concurrentes de los jueces Lorenzen, Zagrebelsky y las disidentes de Bratza y Türmen.

25 En *Silih*, el TEDH solo establece como criterio en esta materia que una parte importante de la investigación se haya llevado a cabo después de la fecha crítica y la llamada “cláusula humanitaria”. Si bien toma en cuenta el tiempo entre el hecho y la ratificación, lo hace para complementar el criterio antes establecido; TEDH, Caso *Silih* contra Eslovenia, op. cit., párr. 165.

26 TEDH, Caso *Janowiec* y Otros contra Rusia, op. cit., párr. 133.

27 “[...] la Convención tiene por objeto garantizar ‘no derechos que son teóricos e ilusorios, sino que derechos prácticos y efectivos’. La interpretación de la cláusula humanitaria por la mayoría contradice este mismo objetivo. Lamentamos la interpretación de la mayoría de la cláusula humanitaria de la forma menos humanitaria”. *Ibid.*, Opinión Disidente de los Jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller, párr. 35. [Traducción propia].

28 TEDH, Caso *Janowiec* et al. contra Rusia, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Opinión Parcialmente Disidente del Juez Wojtyczek, párr. 6.

29 TEDH, Caso *Janowiec* et al. contra Rusia, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Opinión Parcialmente Disidente del Juez Wojtyczek, párr. 8.

30 TEDH, Caso *Janowiec* et al. contra Rusia, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Opinión Parcialmente Disidente del Juez Wojtyczek, párr. 6.

que *Janowiec contra Rusia* se refiere a una masacre extrajudicial efectuada por un régimen totalitario, el caso *Silih* trata de una muerte por negligencia médica³¹. En esta misma línea, los jueces disidentes analizaron la aplicación de la llamada “cláusula humanitaria”. Consideraron que el Tribunal Europeo tenía competencia respecto de la investigación de la masacre de Katyn debido a la magnitud del crimen en comentario³². Argumentaron que el Convenio codificó costumbre ya asentada, en la cual ya existía una obligación de perseguir este tipo de atrocidades³³. No obstante, se debe observar que, según la opinión mayoritaria, la jurisdicción del TEDH no se extiende sobre normas consuetudinarias a menos que sea para efectos de interpretación de una norma convencional.

La controversia sobre el correcto raciocinio a aplicar, así como sobre la jurisdicción del tribunal, pudo invitar a la Gran Sala a considerar la aplicación del criterio que ha establecido su par interamericana. Esta, por ejemplo en el caso *Almonacid contra Chile*, aplicó un criterio de jurisdicción inequívoco, dando la razón al Estado de Chile, el cual había sostenido que esta no podía conocer sobre hechos ocurridos antes de la ratificación en 1990³⁴. La Corte IDH sostuvo su jurisdicción sobre los elementos de ese proceso de investigación que ocurrieron después de la fecha de ratificación³⁵. Este criterio parece más claro que el diseñado por el TEDH. Con relación a la costumbre internacional, la Corte Interamericana ha siempre sostenido que puede recurrir al derecho general internacional para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por doce votos contra cinco, la Sala determinó que tampoco hubo violación del artículo 3. El Tribunal Europeo argumentó que, para que los solicitantes pudiesen considerarse víctimas de tratos crueles e inhumanos, al haber sido excluidos de la investigación, su sufrimiento debía ser de una dimensión distinta de aquel que sufre toda víctima de una violación grave a los derechos humanos. Además, consideró que este criterio solo podía aplicarse a casos

31 TEDH, Caso *Janowiec et al. contra Rusia*, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Opinión Disidente de los Jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller, párr. 4.

32 TEDH, Caso *Janowiec et al. contra Rusia*, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Opinión Disidente de los Jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller, párr. 33.

33 TEDH, Caso *Janowiec et al. contra Rusia*, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Opinión Disidente de los Jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller, párr. 21, 22 y 23.

34 Corte IDH, Caso *Almonacid contra Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párr. 39 letra a).

35 Corte IDH, Caso *Almonacid contra Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrs. 48 y 49.

de desapariciones en donde existe un estado de incertidumbre en los familiares y que el Estado agrava al ser inoperante en la investigación o al no realizarla. Para muertes confirmadas, los familiares deben haber sido testigos de las muertes, cosa que aquí no ocurrió. En el caso particular, como habían transcurrido más de sesenta años desde las desapariciones de los prisioneros polacos, considerando su edad y el hecho de que no se tienen noticias de ellos desde esa fecha y que muchos de ellos fueron ejecutados por la URSS, no era razonable esperar que estuviesen vivos. Esto, según el tribunal, eliminaba el estado de incertidumbre respecto del destino de los prisioneros. Por ello, la ausencia del crimen de desaparición forzada llevó al TEDH a considerar que los familiares no eran víctimas de una violación al artículo 3 del Convenio³⁶.

No obstante, por decisión unánime, la Gran Sala consideró que el Estado ruso incumplió su obligación bajo el artículo 38 del Convenio al declarar secretos los documentos relacionados con la investigación, ya que, cuando el Estado de Derecho y la protección de derechos fundamentales están en juego, las razones por las decisiones de las autoridades deben conocerse para evitar la arbitrariedad. El gobierno ruso hubiera podido solicitar medidas específicas en el Reglamento del Tribunal Europeo para poder resguardar el legítimo interés de proteger su seguridad nacional, sin rechazar por completo la entrega de la evidencia³⁷. En definitiva, entonces, un caso de crímenes de guerra y lesa humanidad ocurridos en el pasado, se juzgó como un caso de acceso a la información.

2.2. Retroactividad en el derecho penal: Casos *Maktouf y Del Río Prada*³⁸

En el caso *Maktouf y Damjanović contra Bosnia-Herzegovina*, ambos solicitantes ante el TEDH fueron acusados y condenados bajo el Código Penal de 2003 por cometer crímenes de guerra, secuestro de civiles y tortura en la guerra civil ocurrida entre 1992 y 1995. Durante la guerra, la legislación penal nacional vigente estaba contenida en el Código Penal de 1976. En dicho Código, los crímenes de guerra eran sancionados con penas entre 5 y 15 años de prisión, y, para los casos más graves, la pena de muerte. Esta última podía ser reemplazada por 20 años de prisión. La pena de muerte fue abolida en el país después de la entrada en vigor del Acuerdo de Dayton, el 14 de diciembre

³⁶ TEDH, Caso Janowiec y Otros contra Rusia, op. cit., párr. 185.

³⁷ *Ibid.*, párr. 213.

³⁸ TEDH, Caso *Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, sentencia de fecha 18 de julio de 2013; TEDH, Caso *Del Río Prada contra España*, sentencia de fecha 21 de octubre de 2013.

de 1995. Ello fue respetado por las autoridades domésticas, quienes nunca la aplicaron respecto de crímenes cometidos durante la guerra.

En 2003 entró en vigencia un nuevo Código Penal. Dicho cuerpo legal, aun cuando no contempla la pena de muerte, es más severo respecto de los crímenes de guerra, elevando el castigo de 10 a 20 años de prisión, hasta un término de entre 20 y 45 años para los casos más graves. Los cómplices e instigadores de este tipo de delitos se castigan como autores, pero su condena puede ser reducida a 5 años (en el Código anterior se podía reducir a un año).

A partir de marzo de 2009, las cortes nacionales comenzaron a analizar caso a caso cuál código resultaba más beneficioso para el imputado, llegando a la práctica de aplicar el Código antiguo a los casos menos graves de crímenes de guerra y el Código de 2003 a los más graves, que hubiesen merecido pena de muerte bajo la antigua ley, así como a los casos concretos en donde este resultaba más beneficioso. En el fallo en cuestión, la Corte Estatal solo aplicó el Código de 2003. El TEDH tuvo entonces que decidir si, en el caso concreto, la aplicación del Código Penal de 2003 constituía una violación del artículo 7 del Convenio Europeo, por haberse aplicado retroactivamente una legislación penal más severa.

Maktouf fue condenado a 5 años de prisión bajo el Código de 2003, el mínimo posible, pudiendo haber llegado a solo un año si el Código Penal de 1976 hubiese sido aplicado. La condena de Damjanovic fue de 11 años, un poco más que el mínimo para crímenes graves. Bajo el antiguo Código, su sentencia podría haber llegado a 5 años³⁹.

La Gran Sala consideró que, aunque el Código Penal de 1976 contemplaba la pena de muerte, ella estaba reservada para los delitos más graves y no se aplicaba al caso, ya que los solicitantes nunca fueron condenados por matar personas⁴⁰. Determinó que efectivamente los solicitantes podrían haber accedido a penas menores bajo el Código de 1976 y que existía una probabilidad de que la aplicación retroactiva del nuevo Código hubiese operado en su contra⁴¹. La Sala consideró, entonces, que hubo una violación del artículo 7, advirtiendo que esa conclusión no significaba que condenas de

39 TEDH, Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, op. cit., párr. 68.

40 *Ibíd.*, párr. 69.

41 *Ibíd.*, párr. 70.

menor duración debieron ser impuestas a los solicitantes⁴². Es necesario, por lo tanto, aplicar los criterios caso a caso para asegurar la conformidad con el Convenio.

En 2013 la Gran Sala falló el caso *Del Río Prada contra España*, relativo al mantenimiento de la detención de una persona. A Inés Del Río Prada se le concedieron remisiones de pena por realizar trabajos en prisión⁴³. Como consecuencia de la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial sobre el modo de contabilizar las remisiones de pena, la llamada “Doctrina Parot”, la solicitante debía pasar en prisión nueve años adicionales a lo que le correspondería si se aplicaba el criterio vigente al momento de su condena⁴⁴. En este caso, el Tribunal Europeo, al igual que en el caso *Maktouf*, halló una violación al principio de no retroactividad de la ley penal, consagrado en el artículo 7 del Convenio Europeo, debido a que este exige que la interpretación judicial sea accesible y razonablemente previsible⁴⁵.

El Estado alegó que el nuevo criterio jurisprudencial era el más adecuado de acuerdo a la letra de la ley y que, en consecuencia, era previsible su aplicación. El TEDH rechazó tal argumento ya que, según su parecer, la previsibilidad debe valorarse en vista de todo el ordenamiento jurídico vigente, el cual incluye el derecho jurisprudencial.

La Gran Sala observó que, antes de la sentencia de otro caso penal, distinto al caso *Del Río Prada*, de 2006, que consagró la Doctrina Parot, no existía una tendencia perceptible en la jurisprudencia nacional que pudiera permitir a la solicitante prever que cambiaría la práctica relativa a la aplicación de las remisiones de pena⁴⁶. En cuanto a la legalidad de la aplicación del nuevo criterio doctrinario, la Sala señaló que, de acuerdo al artículo 5.1 del Convenio, la detención no solo debe ser “legal” de manera formal, sino que además debe tomarse en cuenta la “calidad de la ley”, lo que implica que aquella debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación⁴⁷. En consecuencia, el Tribunal Europeo declaró que el mantenimiento de la solicitante en prisión con posterioridad a la fecha en que debía ser liberada conforme

42 *Ibíd.*, párr. 74.

43 TEDH, Caso *Del Río Prada contra España*, *op. cit.*, párr. 16.

44 *Ibíd.*, párr. 131.

45 *Ibíd.*, párr. 93.

46 *Ibíd.*, párr. 112.

47 *Ibíd.*, párr. 125.

al criterio antiguo, constituía una violación al artículo 5.1 del Convenio Europeo⁴⁸.

2.3. Casos de garantías procesales en la ejecución de la pena: Vinter y Allen⁴⁹

La Gran Sala decidió también sobre dos casos sobre garantías durante la ejecución de penas carcelarias, ambos contra el Reino Unido.

Los solicitantes en el caso *Vinter contra Reino Unido* son tres personas condenadas por homicidio, a quienes les fue impuesta la pena de cadena perpetua permanente en el Reino Unido. La Ley de Justicia Penal de 2003 eliminó el mecanismo que permitía la revisión de esta pena tras 25 años de cumplimiento de la misma. El único mecanismo que, después de ese cambio, permite la rebaja de la pena es la potestad discrecional del ministro del Interior para liberar a cualquier recluso.

Alegaron que la pena de cadena perpetua, sin posibilidades de revisión, constituye una violación al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. La Cámara del Tribunal Europeo que resolvió el caso, determinó por cuatro votos contra tres que la imposición de cadena perpetua permanente no violaba el artículo 3 del Convenio respecto de ninguno de los tres solicitantes, pues ellos no habían demostrado que el mantenimiento de su encarcelación no estuviera justificado sobre la base de algún motivo de política criminal.

A petición de los solicitantes, se remitió el caso a la Gran Sala. Esta sostuvo que un recluso solo podía permanecer privado de libertad si existe un motivo de política criminal que lo justifique, como la retribución, prevención, protección de la sociedad o rehabilitación. Pero no basta con constatar que al momento de la imposición de la pena haya existido uno de estos motivos, sino que debe existir un mecanismo para verificar, a lo largo del cumplimiento de la pena, la permanencia de ellos y que siguen siendo relevantes para que la mantención de la privación de libertad se justifique⁵⁰. Con este raciocinio, la Sala siguió el principio del caso *Kafkaris*⁵¹, según el cual la imposición de una cadena perpetua irredimible, es decir, que no ofrezca posibilidades de liberación, puede ser incompatible con el artículo 3 del Convenio Europeo. Sin embargo, el mero

48 *Ibíd.*, párr. 131.

49 TEDH, Caso Vinter y Otros contra Reino Unido, sentencia de fecha 9 de julio de 2013; TEDH, Caso Allen contra Reino Unido, sentencia de fecha 12 de julio de 2013.

50 Caso Vinter y Otros contra Reino Unido, *op. cit.*, párr. 111.

51 TEDH, Caso Kafkaris contra Chipre, sentencia de fecha 12 de febrero de 2008, párrs. 97-98.

hecho de que la pena de cadena perpetua pueda ser cumplida en su totalidad no hace que esta sea irredimible⁵². Más bien, el artículo 3 del Convenio exige que en este contexto las autoridades realicen una revisión de la condena que evalúe si los cambios en la vida del recluso y sus progresos hacia su propia rehabilitación son de tal envergadura que ya no se justifique el mantenimiento de la detención⁵³.

El Tribunal Europeo afirmó que, de acuerdo al derecho europeo e internacional⁵⁴, los reclusos deben tener la posibilidad de rehabilitarse y, en caso de lograrlo, poder recuperar su libertad⁵⁵. Además, el TEDH relevó una exigencia de seguridad jurídica, según la cual, desde el momento de la imposición de la pena, el recluso tiene derecho a saber qué puede hacer para recuperar la libertad, bajo qué condiciones y en qué momento se producirá la revisión de su condena⁵⁶. Según la Gran Sala, en el derecho nacional no hay claridad respecto a estas cuestiones, razón por la cual considera que las penas de cadena perpetua son irredimibles. En consecuencia, su imposición constituye un trato prohibido por el artículo 3 del Convenio, lo cual no hubiera ocurrido si los condenados hubiesen tenido un grado de certeza suficiente sobre sus expectativas de liberación⁵⁷.

Por su parte, el caso *Allen contra Reino Unido* trata sobre el requerimiento de indemnización por prisión sufrida por error judicial. Lorraine Allen fue condenada a tres años de prisión por el homicidio de su hijo⁵⁸. Durante el proceso penal, las pericias médicas presentadas señalaron que los daños su-

52 TEDH, Caso Vinter y Otros contra Reino Unido, op. cit., párr. 108.

53 *Ibid.*, párr. 119.

54 El artículo 10 párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que la principal finalidad del sistema penitenciario debe ser el cambio y la rehabilitación social de los reclusos. A su vez, la Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el artículo 10 del mismo Pacto señala que ningún sistema penitenciario puede basarse exclusivamente en una finalidad retributiva. También se hace referencia a las reglas mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos y al artículo 110.3 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, que establece la revisión de las penas a cadena perpetua después de 25 años de cumplimiento de la condena y revisiones periódicas desde ese momento.

55 TEDH, Caso Vinter y Otros contra Reino Unido, op. cit., párr. 114.

56 *Ibid.*, párr. 122.

57 *Ibid.*, párrs. 125 a 130.

58 TEDH, Caso Allen contra Reino Unido, op. cit., párr. 10.

fridos por el niño eran producto de sacudidas o un golpe. Se acogió la hipótesis de que el menor había sufrido el “síndrome del niño sacudido” o “daño en la cabeza no accidental” como consecuencia del uso ilegítimo de la fuerza ejercido por la madre⁵⁹. La solicitante fue condenada el 7 de septiembre de 2000, decisión respecto de la cual no apeló inmediatamente. Más tarde se admitió que presentara un recurso extemporáneo para presentar nuevos peritajes médicos, los cuales sugerían que la causa de la muerte pudo no ser la que se creyó originalmente, lo que podría llevar a concluir que la madre no había asesinado al pequeño⁶⁰.

La señora Allen estuvo en prisión por diecisiete meses antes de ser excarcelada. La Corte de Apelaciones inglesa señaló que no le era posible determinar cuál de las dos opiniones médicas contrapuestas era la más acertada y que ello debería decidirlo un jurado. De los hechos surgió la interrogante sobre si la nueva prueba, de ser conocida en su momento, hubiera llevado al jurado a absolver a la acusada. Así, el tribunal interno decidió anular la condena y consideró innecesario ordenar un nuevo juicio, dado que la solicitante ya había cumplido la pena⁶¹. Allen solicitó al Ministerio del Interior una indemnización por error judicial, la cual fue rechazada. El poder judicial reiteró este rechazo en todas las instancias⁶². La solicitante alegó ante el Tribunal Europeo que los órganos que se negaron a otorgarle una indemnización infringieron la presunción de inocencia del artículo 6.2 del Convenio Europeo. No pudo alegar una violación del deber de indemnizar por error judicial, ya que el Reino Unido no ha ratificado el Protocolo 7 del Convenio Europeo que consagra este derecho en su artículo 3⁶³.

El Tribunal señaló que de su jurisprudencia se desprende la importancia del lenguaje utilizado al emitir una decisión para evaluar si aquella es o no compatible con el principio de presunción de inocencia, aunque dicho elemento puede no ser determinante en algunos casos, atendiendo a la naturaleza y al contexto concreto de un proceso⁶⁴. En el *caso Minelli* se estableció que, si

59 Ibid., párr. 11.

60 Ibid., párr. 13.

61 Ibid., párr. 21.

62 Ibid., párrs. 22, 23, 24 y 33.

63 Ver tabla de ratificaciones del Consejo de Europa en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?CL=ENG&MA=3>.

64 TEDH, Caso Allen contra Reino Unido, op. cit., párr. 126.

una sentencia refleja la opinión de que una persona es culpable sin que el acusado haya sido legalmente condenado, se podría estar ante una violación del artículo 6.2.⁶⁵ En el mismo sentido se pronunció en los *casos Englert*⁶⁶, *Nölkenbockhoff*⁶⁷ y *Lutz*⁶⁸, en relación a la argumentación en decisiones sobre indemnización por prisión preventiva o reembolso de los gastos necesarios incurridos durante el proceso penal.

El Tribunal Europeo concluyó que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones no fue contrario a la presunción de inocencia, por cuanto no emitieron juicios sobre la culpabilidad o inocencia de la solicitante, sino que se limitaron a analizar si se podía acreditar que al condenarla se cometió un “error judicial”, en los términos del artículo 133 de la Ley de Justicia Penal de 1988⁶⁹. El tribunal no halló incompatibilidad entre los requerimientos de aquella disposición y la presunción de inocencia. Observó que la interpretación de la mentada ley corresponde a los tribunales nacionales⁷⁰, los cuales perfectamente pueden llegar a la conclusión de que se necesita más que una absolución para verificar la existencia de un error judicial, siempre que no se cuestione la inocencia del solicitante⁷¹. Así, el TEDH da la impresión de presumir en este caso que, si la ley no es incompatible con el Convenio, no tiene por qué serlo la práctica, a menos que se encontrasen razones fundadas para observar tal incompatibilidad. Además, el Tribunal Europeo estableció que el artículo 6.2 del Convenio no consagra un derecho a la indemnización por errores judiciales⁷².

3. Límites a los derechos fundamentales

El tercer grupo de casos decididos la Gran Sala del Tribunal Europeo hace referencia a derechos que el mismo Convenio permite limitar bajo ciertas

65 TEDH, Caso Minelli contra Suiza, sentencia de fecha 25 de marzo de 1983, párr. 37.

66 TEDH, Caso Englert contra Alemania, sentencia de fecha 25 de agosto de 1987, párr. 37.

67 TEDH, Caso Nölkenbockhoff contra Alemania, sentencia de fecha 25 de agosto de 1987, párr. 37.

68 TEDH, Caso Lutz contra Alemania, sentencia de fecha 25 de agosto de 1987, párr. 60.

69 TEDH, Caso Allen contra Reino Unido, op. cit., párr. 134.

70 *Ibíd.*, párr. 129.

71 *Ibíd.*, párr. 80.

72 *Ibíd.*, párr. 82.

condiciones. Se trata de casos sobre el derecho a la libertad de asociación, la libertad de expresión y el derecho a la familia, que entraron en conflicto con el derecho a la libertad religiosa, el interés público en materia de publicidad política y el interés superior del niño, respectivamente.

3.1. Margen de apreciación amplio en materia religiosa y el conflicto con otros derechos⁷³

El 4 de abril de 2008 treinta y dos sacerdotes ortodoxos de parroquias de Oltenia, Rumania, y tres empleados laicos decidieron formar un sindicato llamado “*Păstorul cel Bun*” (El buen pastor). La corte de primera instancia otorgó al sindicato una personalidad jurídica y lo registró en el Registro de Sindicatos⁷⁴, pero la Archidiócesis de Craiova se opuso a su formación, argumentando que la creación de cualquier organización dentro de la Iglesia Ortodoxa Rumana requería de la aprobación del Arzobispado. Así, la Archidiócesis apeló la decisión de la corte, estableciendo que el principio de libertad religiosa no podía ser soslayado por otros principios constitucionales, tales como la libertad de asociación⁷⁵. Argumentó también que la creación de un sindicato de miembros del clérigo ponía en serio peligro la autonomía organizativa de la Iglesia, garantizada por la libertad religiosa, pues el fallo de primera instancia agregó una nueva institución a la organización de la Iglesia, sin el consentimiento de esta⁷⁶.

El 11 de julio de 2008 la corte nacional competente concedió la apelación y revocó el Registro del Sindicato, basándose en el Estatuto de la Iglesia, principalmente en las prohibiciones que este impone en materia de creación de organizaciones al interior de la institución sin el permiso de sus autoridades⁷⁷. El 29 de septiembre de 2008, el Sínodo de Oltenia declaró que si los miembros del Sindicato recurrían al Tribunal Europeo, serían castigados, pues no tenían permitido recurrir a tribunales sin su autorización⁷⁸. Por ello, varios sacerdotes se retractaron de la solicitud que habían ejercido ante el tribunal.

La Gran Sala efectuó un análisis de los derechos en juego, es decir, el derecho de sindicalización, que corresponde a un elemento especial del artículo

73 TEDH, Caso Sindicatul “Păstorul cel Bun” contra Rumania, sentencia de fecha 9 de julio de 2013.

74 *Ibid.*, párr. 15.

75 *Ibid.*, párr. 17.

76 *Ibid.*, párr. 18.

77 *Ibid.*, párr. 21.

78 *Ibid.*, párr. 23.

11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁹, y la libertad religiosa establecida en el artículo 9 del mismo, que debe interpretarse a la luz del artículo 11, en el sentido en que este le brinda a la comunidad religiosa una protección respecto de las interferencias injustificadas del Estado en la regulación de la libertad de asociación al interior de la comunidad⁸⁰. Para el TEDH, la libertad religiosa no garantiza un derecho a disentir dentro de la comunidad religiosa. En el evento de un desacuerdo sobre temas doctrinales o de organización entre el cuerpo religioso y sus miembros, la libertad individual religiosa se ejerce dejando esa comunidad⁸¹.

La Sala analizó la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para delinear los contornos del derecho a sindicalizarse dentro del caso concreto. Según el Convenio 87 de la OIT, todos los trabajadores y empleadores, sin distinción, tienen el derecho de crear las organizaciones que estimen convenientes. Aunque se acepte la existencia de un alto nivel de lealtad con respecto a la ética del empleador, ello no puede perjudicar la libertad de asociación⁸². Dado el especial carácter espiritual de sus labores, la Gran Sala consideró que podía ser difícil distinguir entre las labores estrictamente religiosas y aquellas de carácter civil o comercial. La cuestión, entonces, se centró en si la especial característica de sus labores los excluye del ámbito de aplicación del artículo 11⁸³.

El Tribunal Europeo constató que el rechazo de la inscripción y registro del Sindicato constituyó una interferencia del Estado, según los términos del artículo 11. La Sala analizó si dicha interferencia persiguió fines legítimos y si fue proporcional.

Las cortes domésticas infringieron la prohibición de sindicalización, basándose exclusivamente en las normas del Estatuto de la Iglesia, el cual establece que todas las asociaciones de miembros del clero deben ser autorizadas por el Santo Sínodo y el Arzobispado⁸⁴. El hecho de que la Corte de Apelaciones haya considerado el Estatuto en su fallo fue prueba suficiente para el TEDH

79 *Ibíd.*, párr. 131

80 *Ibíd.*, párr. 136.

81 *Ibíd.*, párr. 137. Véase también TEDH, *Mirolubovs y Otros contra Letonia*, sentencia del 15 de septiembre de 2009.

82 TEDH, *Caso Sindicatul "Păstorul cel Bun" contra Rumania*, op. cit., párr. 142.

83 *Ibíd.*, párr. 145.

84 *Ibíd.*, párr. 154.

de que este es constitucional y, por lo tanto, válido como base legal de la interferencia⁸⁵. Además, la Gran Sala determinó que dicha interferencia persiguió un fin legítimo, de acuerdo al artículo 11 párrafo segundo del Convenio: esto es, la protección de los derechos de otros; en el caso concreto, los de la Iglesia Ortodoxa Rumana⁸⁶.

Igualmente, el TEDH analizó, antes de determinar si fue proporcional, si la interferencia era necesaria o no dentro de una sociedad democrática. Entendiendo que del artículo 9 del Convenio se desprende que las comunidades religiosas tienen el derecho de determinar si organizaciones o actividades colectivas de sus miembros ponen en peligro su autonomía⁸⁷, fue razonable, en relación con la restricción a la libertad de asociación, que la Corte de Apelaciones considerara la creación del Sindicato sin la aprobación de las autoridades eclesiásticas como una interferencia con la autonomía de la Iglesia, pues, según se observa, en Rumania las instituciones religiosas tienen el derecho de elegir su propia organización interna. La Iglesia Ortodoxa había decidido no incorporar en su Estatuto a la legislación laboral, decisión que fue aprobada por el Gobierno. Por lo mismo, la Gran Sala, a diferencia de la Cámara de la Tercera Sección que resolvió que hubo una violación del artículo 11 del Convenio⁸⁸, determinó que no existió una violación de dicho artículo. El respeto de la autonomía religiosa de las comunidades, reconocido por los Estados, implica, en particular, que estos deben aceptar el derecho de esas comunidades a reaccionar ante cualquier movimiento disidente que emerja dentro de las mismas, que pueda aparentar ser una amenaza a su cohesión, imagen o unidad, de acuerdo a sus propias reglas e intereses⁸⁹.

Para la Gran Sala, el sindicato aún puede hacer uso del derecho que le otorga el artículo 11 y formar una organización que sea más acorde con los mandatos de la Iglesia y no cuestione su autoridad, tradiciones y jerarquía. En materia de derechos laborales, el TEDH aplicó el mismo raciocinio en el caso *Siebenhaar contra Alemania*, concluyendo que el despido de una profesora por parte de la Iglesia protestante era justificado, ya que ella participaba activamente en una

85 Ibid., párr. 156.

86 Ibid., párr. 158.

87 Ibid., párr. 162.

88 Ibid., párrs. 82 a 86.

89 Ibid., párr. 165.

Iglesia diferente⁹⁰. El caso *Schüth contra Alemania* se refiere al límite al autogobierno de las instituciones religiosas en materia laboral. En este, una parroquia de la iglesia católica había despedido a un organista que estaba conviviendo con su nueva pareja después de la separación con su primera mujer, con quien había contraído matrimonio religioso. El despido fue calificado como contrario al Convenio, debido a que el organista no estaba trabajando en un cargo relacionado con la doctrina de la Iglesia, había manejado su relación discretamente y, además, no podría encontrar fácilmente trabajo en otro lado⁹¹. Tratándose de un despido, el tribunal consideró factores adicionales, tomando en cuenta la gravedad de la interferencia respecto a los derechos del solicitante.

Al igual que en el caso *Lautsi*⁹², el tribunal concluyó que, existiendo un amplio margen de apreciación en la materia⁹³, no hubo una violación del artículo 11 del Convenio. Como ocurrió en el caso en comento, la Gran Sala falló de una forma totalmente distinta a como lo hizo la Cámara de la Tercera Sección que resolvió con anterioridad.

En general, la jurisprudencia del TEDH demuestra que, frente a religiones minoritarias y dentro de una sociedad democrática, el Estado tiene un amplio margen de apreciación para limitar la libertad religiosa individual o colectiva en caso de que colisione con algún otro derecho fundamental u otros intereses legítimos del Estado⁹⁴. Al mismo tiempo, en casos que implican a religiones mayoritarias, como *Lautsi y Sindicato "Păstorul cel Bun"*, el Tribunal Europeo ha determinado que el Estado tiene un amplio margen de apreciación para proteger a esa religión frente a cuestionamientos o alternativas que puedan surgir desde la sociedad o dentro de la comunidad religiosa. En ambos casos, el tribunal, en vez de llevar a cabo un test de proporcionalidad estricto, decidió delegar la decisión sobre el balance entre derechos fundamentales a los Esta-

90 TEDH, caso Siebenhaar contra Alemania, sentencia del 3 de febrero de 2011.

91 TEDH, caso Schüth contra Alemania, sentencia del 23 de septiembre de 2010.

92 Este caso trató sobre si la presencia de crucifijos en escuelas públicas violaba o no la libertad de conciencia de familias ateas: TEDH, Caso Lautsi y Otros contra Italia, sentencia de fecha 18 de marzo de 2011; ver en por todos Benítez, "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Avances, retrocesos y desafíos", en Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2012, pp. 522-527. En ambos casos la Cámara del TEDH que ha resuelto el caso lo ha hecho por medio del test de proporcionalidad, mientras que la Gran Sala ha resuelto por medio del margen de apreciación, otorgando uno muy alto en materia religiosa cuando está involucrada la religión mayoritaria del país.

93 TEDH, Caso Sindicatul "Pastorul Cel Bun" contra Rumania, op. cit., párr. 171.

94 TEDH, Caso Dogru contra Francia, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2008; Ver Calo, Zachary R., "Pluralism, Secularism and The European Court of Human Rights", en Journal of Law and Religion, 2010-2011, Hamline University, disponible en: <http://a.next.westlaw.com>

dos⁹⁵. Así, el TEDH parece no obligar a los Estados a garantizar el pluralismo *dentro* del clero de una comunidad o institución religiosa.

3.2. Los límites del derecho a la libertad de expresión⁹⁶

En el caso *Animal Defenders International contra Reino Unido*, la solicitante es una ONG que pretendía transmitir, a través de la televisión, un anuncio publicitario contra el confinamiento y exhibición de primates, y su utilización en publicidad televisiva⁹⁷. El Broadcast Advertising Clearance Centre (“BACC”) no autorizó la difusión de la publicidad, por considerar que aquella tenía un carácter político. La ONG solicitó a la corte competente que declarara incompatible la prohibición de publicidad política en televisión y radio con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, solicitud que fue rechazada. Esta también fue rechazada por la Cámara de los Lores (House of Lords)⁹⁸.

En su demanda ante el Tribunal Europeo, la solicitante alega que su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 10 del Convenio, fue violado por la prohibición. La Cámara de la Cuarta Sección del TEDH se inhibió en favor de la Gran Sala⁹⁹: los jueces consideraron que el asunto era complejo de juzgar o podía generar nuevas líneas de jurisprudencia (“landmark case”).

Ya que no hubo discrepancia entre las partes respecto a que la prohibición constituyera una injerencia en el derecho a la libertad de expresión, la discusión se centró en si esa injerencia se encontraba justificada¹⁰⁰. Según la solicitante, la prohibición no era necesaria en una sociedad democrática, pues prohibía la difusión de publicidad política de pago por parte de asociaciones defensoras de causas sociales, fuera de los periodos electorales. En el caso, el tribunal consideró que “publicidad política” es toda publicidad sobre asuntos de interés público en general¹⁰¹.

95 Si bien Rumania no tiene una religión oficial, como Italia, la Iglesia Ortodoxa es la predominante. De acuerdo al censo de 2002, llegaba a un 86,8% de la población: <http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/2005/51575.htm>; por todos Benítez, op. cit., p. 526.

96 TEDH, Caso *Animal Defenders International contra Reino Unido*, sentencia de fecha 22 de abril de 2013.

97 *Ibid.*, párr. 9.

98 *Ibid.*, párrs. 20 a 23.

99 *Ibid.*, párr. 4.

100 *Ibid.*, párr. 78.

101 *Ibid.*, párr. 99.

La Sala observó que no hay consenso en Europa sobre el contenido de la democracia, sobre cómo se debe proteger el orden democrático de cada país, ni sobre cómo se debe regular la publicidad política de pago en radio y televisión. Por ello, se le debe reconocer a los Estados un margen de apreciación un poco más amplio para adoptar medidas relativas a esos temas¹⁰². A su vez, determinó que la prohibición de publicidad política pagada en televisión y radio no violaba el artículo 10 del Convenio, ya que, a la luz del margen de apreciación, las razones aportadas por las autoridades en favor de la prohibición fueron pertinentes y suficientes¹⁰³.

El TEDH hizo un balance entre los intereses en juego. Por un lado, el interés de la ONG solicitante de poder “difundir información de interés general, que el público tiene derecho a recibir” y, por otro, el del Estado de “evitar que el debate y los procesos democráticos se vean distorsionados por los grupos económicamente poderosos que disfrutan de acceso privilegiado a los medios de comunicación influyentes”¹⁰⁴. El tribunal consideró que, para evaluar la proporcionalidad, se debe considerar el objetivo del Estado y su margen de apreciación. Los órganos legislativos y judiciales realizaron revisiones serias y pertinentes de la prohibición, procurando que, en la persecución del objetivo estatal, la intervención en la libertad de expresión fuera la menor posible¹⁰⁵. La prohibición vigente se aplicaría solo a la publicidad pagada emitida a través de radio y televisión, considerados como los medios de comunicación más influyentes y caros; en consecuencia, la prohibición no impide la utilización por parte de la solicitante de otros medios de comunicación, tales como Internet. Teniendo en consideración lo anterior, determinó que la solicitante puede difundir sus ideas en programas de televisión y radio, hacer publicidad no política a través de esos mismos medios de comunicación, por medio de la prensa escrita e Internet, y puede organizar manifestaciones y distribuir carteles y folletos¹⁰⁶. El mismo raciocinio llevó al TEDH a no encontrar una violación en un caso similar el año anterior, discutido en este *Anuario*: el del *Mouvement Raéliën contra Suiza*¹⁰⁷.

102 *Ibíd.*, párrs. 111 y 123.

103 *Ibíd.*, párr. 125.

104 *Ibíd.*, párr. 112.

105 *Ibíd.*, párr. 117.

106 *Ibíd.*, párr. 124.

107 Por todos Aranis, Katerina, “Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012”, en *Anuario de Derecho Público* 2013, (Ediciones UDP), 2013, p. 569 y ss.

La ONG alegó que el Estado debiera considerar a las organizaciones que defienden causas sociales al margen del ámbito de la prohibición, autorizándolas transmitir publicidad fuera de los periodos electorales. Al Tribunal Europeo le pareció razonable el temor del Estado en relación a los riesgos de abuso y arbitrariedad que supondría adoptar la propuesta de la solicitante, y la consideración del mismo sobre que los diferentes mensajes no son un medio eficaz para alcanzar un objetivo legítimo, ya que esta forma de control podría provocar incertidumbre, litigios, gastos, demoras y dar lugar a acusaciones de discriminación y arbitrariedad. Así, el tribunal consideró válida la opción del Estado de adoptar una medida de carácter general¹⁰⁸.

A juicio de algunos, es cuestionable que en este fallo se haya adoptado un criterio distinto al establecido en un caso casi idéntico, a saber, *Vogt contra Suiza*, en el cual el Tribunal Europeo sí halló una violación del artículo 10 del Convenio. Si bien el TEDH no está formalmente obligado a seguir su propia jurisprudencia, al apartarse de ella debería hacerlo de forma bien razonada¹⁰⁹.

3.3. Proporcionalidad en imponer límites al derecho a la familia¹¹⁰

En el caso *X contra Letonia*, el Tribunal Europeo tuvo que ponderar la proporcionalidad de los límites al derecho a la familia. La solicitante, nacional de Letonia, llamada X., dio a luz a su hija E. el 9 de febrero de 2005 en Australia, durante su relación de convivencia con T. En el certificado de nacimiento de la menor no figura el nombre del padre, situación que aprovechó X. para recibir beneficios como madre soltera¹¹¹. El 17 de julio de 2008 la solicitante se llevó a su hija, de tres años y cinco meses, de Australia a Letonia.

La corte de familia de Australia, en una sentencia de 2008, reconoció la paternidad de T. y estableció que hubo responsabilidad paternal compartida entre T. y X. En Letonia, T. solicitó al Ministerio de la Niñez y Asuntos de Familia, autoridad encargada de la implementación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que ordenara el retorno de la menor a Australia¹¹². El 19 de noviembre de 2008, la

108 TEDH, Caso Animal Defenders International contra Reino Unido, op. cit., párr. 122.

109 English, Rosalind, "Strasbourg Ties Itself in Knots over Advertising Ban", en UK Human Rights Blog, 2013. Fecha de consulta: 18 de marzo de 2014. Disponible en: <http://ukhumanrightsblog.com/2013/04/23/strasbourg-ties-itself-in-knots-over-advertising-ban/>.

110 TEDH, Caso X contra Letonia, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2013.

111 *Ibíd.*, párrs. 10 y 11.

112 *Ibíd.*, párr. 17.

corte competente acogió la solicitud, señalando que, conforme al Convenio de La Haya, no le correspondía pronunciarse sobre la responsabilidad parental respecto de la niña, sino solo sobre su viaje desde Australia y su posible regreso. Habiendo observado que la menor había sido trasladada a Letonia sin el consentimiento de T., ordenó que E. fuera devuelta a Australia de inmediato o al menos en un plazo no mayor a seis semanas¹¹³.

Según la solicitante, su hija sería expuesta a un daño psicológico en el caso de ser devuelta a Australia, lo que intentó probar mediante un informe preparado por un psicólogo. El 26 de enero de 2009, la Corte de Apelaciones confirmó el fallo de primera instancia, señalando que no podía tomar en consideración el informe psicológico pues concernía al asunto de la custodia de la menor, cuestión no sometida a su conocimiento¹¹⁴.

A petición de la solicitante, se fijó una audiencia que tendría lugar el 16 de abril, para resolver sobre la suspensión de la orden de retorno. Sin embargo, el 14 de marzo de 2009, T. aprovechó un inesperado encuentro con X. y E. en Letonia y tomó a la menor para llevarla de vuelta a Australia, a lo cual no se opusieron las autoridades de Letonia, que desestimaron las quejas de la solicitante¹¹⁵. X. recurrió al Tribunal Europeo, que aceptó su solicitud y la asignó a una Cámara de la Tercera Sección, la que determinó que hubo una violación del artículo 8 del Convenio Europeo. El Estado de Letonia solicitó a la Gran Sala revisar el fallo de la Cámara.

El gobierno no puso en cuestión que la orden de regresar a la menor produjera una interferencia con su derecho al respeto a la vida familiar, ni se alegó la posible falta de debida diligencia de las autoridades en prevenir el retorno de la niña a Australia. La discusión se centró en si la interferencia generada por la orden de devolución estaba justificada o no a la luz del párrafo segundo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, se trataba de determinar si la decisión se tomó “de acuerdo a la ley”, si aquella perseguía alguno de los objetivos legítimos contemplados en la disposición y si era “necesaria en una sociedad democrática”¹¹⁶.

La interferencia se llevó a cabo de acuerdo con la ley, ya que las cortes de Letonia tomaron la decisión de ordenar el retorno de la menor sobre la base

113 Ibid., párr. 21.

114 Ibid., párr. 26.

115 Ibid., párrs. 30 y 31.

116 Ibid., párr. 55.

del Convenio de La Haya, el Convenio Europeo y el derecho interno aplicable, cuya interpretación y aplicación respecto al traslado internacional de un menor no le corresponde al Tribunal Europeo, a menos que una corte nacional haya infringido el Convenio¹¹⁷. Las partes y el TEDH estuvieron de acuerdo en que la decisión de ordenar el retorno de la menor a Australia tenía el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de T. y E.¹¹⁸.

La discusión se centró en la necesidad de la interferencia en una sociedad democrática. Como había sostenido en jurisprudencia anterior, el tribunal determinó que, tratándose de la sustracción internacional de menores, el artículo 8 del Convenio Europeo debe interpretarse a la luz de los requerimientos del Convenio de La Haya y de la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo aplicarse tales instrumentos de manera armónica¹¹⁹.

Para ordenar el regreso de un/a menor a su país de residencia habitual (Australia), en virtud del Convenio de La Haya, debe considerarse el interés superior del niño, a la luz de las excepciones del artículo 13 del mentado instrumento. Si bien las cortes nacionales tienen un margen de apreciación relativamente amplio para adoptar una decisión al respecto, el Estado debe hacerlo mediante un proceso justo, que permita a los afectados presentar su caso íntegramente y que garantice el interés superior del niño¹²⁰. De acuerdo al Convenio de La Haya, la autoridad competente de un Estado debe ordenar la restitución de un/a menor cuando este/a ha sido retenido/a o trasladado/a ilícitamente¹²¹, a menos que concurra alguna de las excepciones previstas por el mismo instrumento, a saber: a) que, habiendo transcurrido más de un año desde el traslado ilícito del menor, este se haya integrado a su nuevo ambiente; b) que quien haya tenido a su cargo al menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento del traslado o detención o hubiera consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; c) que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; o d) que el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales no permita la restitución del menor. Cuando una parte haya invoca-

117 *Ibíd.*, párr. 62.

118 *Ibíd.*, párr. 67.

119 *Ibíd.*, párrs. 93 y 94.

120 *Ibíd.*, párrs. 101 y 102.

121 Convenio de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, art. 12.

do alguna de estas excepciones, los factores que pueden constituir las deben ser tomados en cuenta por las cortes nacionales, las cuales tienen además la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones en la materia¹²².

Según el Tribunal Europeo, en virtud del artículo 8 del Convenio, las cortes nacionales tenían la obligación procesal de examinar efectivamente la alegación sobre un “grave daño” asociado al retorno de la menor y debían además plasmar su análisis en una decisión judicial fundamentada¹²³. El informe psicológico presentado por X. sugería que la menor podría sufrir un “grave daño” en caso de ser devuelta a Australia y, sin embargo, no fue tomado en consideración por las cortes nacionales, lo cual es contrario a los requerimientos procesales que impone el artículo 8. Así, el TEDH estimó, con nueve votos a favor y ocho en contra, que hubo una interferencia desproporcionada sobre el derecho al respeto a la vida familiar. En consecuencia, halló una violación de dicho artículo, confirmando la sentencia de la Cámara que el Estado de Letonia había desafiado¹²⁴.

En un comentario al fallo, Jeppesen de Boer y Jonker celebran que, aunque el Tribunal Europeo no lo haya reconocido, implícitamente le diera prioridad al Convenio Europeo de Derechos Humanos por sobre el Convenio de La Haya. Las comentaristas están de acuerdo con que el TEDH exija una evaluación *individual* y no grupal del caso del menor, lo cual va en la línea de las exigencias del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño de la ONU, interpretada a la luz de las observaciones generales correspondientes¹²⁵.

Por su parte, Brett Crumley resalta la “creatividad” del Tribunal Europeo en considerarse competente de evaluar el Convenio de La Haya¹²⁶. Disentimos de este juicio porque, en varios fallos, el tribunal ha considerado otras normativas internacionales en cuanto determinan el actuar de los gobiernos en materia de derechos humanos. Es el actuar gubernamental, independiente de la razón o fuente jurídica que lo motive, el que debe estar en conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, no hallamos

122 TEDH, Caso X contra Letonia, op. cit., párr. 106.

123 *Ibid.*, párr. 115.

124 *Ibid.*, párr. 119.

125 Jeppesen De Boer, Christina G. y Jonker, Merel, “Does the European Court of Human Rights Get it “Right” or “Wrong” on International Child Abduction?”, en ECHR Blog. Fecha de consulta: 18 de marzo de 2014. Disponible en: <http://echrblog.blogspot.com/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>

126 Crumley, Brett, “X vs. Latvia, Creative Harmony, Fortunate Result”, en Oxford Human Rights Hub, Fecha de consulta: 31 de marzo de 2014. Disponible en: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/?p=3490>

“creatividad” en la interpretación sino solamente consecuencia con la interpretación constante del Convenio que el TEDH ha elaborado.

Conclusión

En los casos que la Gran Sala decidió en 2013 no se encuentra un raciocinio novedoso, sorprendente. Eso sí, algunos fallos han sido criticados, tanto por aspectos jurídicos como políticos. No obstante, la revisión que presentamos muestra un tribunal “adulto”, estable, cuyo arte de argumentar y justificar permite un diálogo fructífero y constructivo con la jurisprudencia, aunque en ocasiones podría demostrar mayor consistencia y en un caso (*Janowiec*) la inspiración por otros tribunales hubiera debido producir un resultado más inteligible.

En los casos de discriminación, la Gran Sala ha confirmado su raciocinio en cuanto a la selección de los grupos comparables para determinar si hay una “diferencia de trato”. Así, según lo fallado en el caso *Fabris*, los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden ser tratados de forma distinta a los hijos nacidos dentro de él. Las parejas del mismo sexo, ya sea en temas de adopción o de acceso a la unión civil, no pueden ser tratadas de manera distinta que las parejas heterosexuales no casadas. No obstante, no es discriminatorio diferenciar a las parejas no casadas de los matrimonios: el TEDH no consideró tales distinciones como discriminatorias.

En materia de garantías penales, es criticable el criterio complejo que el TEDH aplicó en el caso *Janowiec*, lo que no resulta sorprendente, no obstante, ya que el mismo criterio había sido desarrollado en el caso *Silih*. Las decisiones en los casos sobre garantías durante la ejecución de penas y garantías penales, a saber, *Río del Prada*, *Allen*, *Vinter* y *Maktouf*, confirmaron jurisprudencia e interpretaciones asentadas, de larga data, en materia de no retroactividad de las normas penales y respecto de la diferencia entre la presunción de inocencia y el derecho a la indemnización por errores judiciales.

El TEDH confirmó que los Estados tienen cierta discreción al determinar si los discursos y mensajes protegidos bajo la libertad de expresión deben calificarse como políticos (caso *Animal Defenders International*); ponderó, en un voto estrechamente dividido, las obligaciones de Letonia bajo la Convención de La Haya y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, dando preferencia a este último; y confirmó su criticada jurisprudencia en materia de autonomía

de las organizaciones religiosas mayoritarias en un país, que el Estado tiene obligación de respetar aunque la organización viole derechos consagrados en el Convenio.

RECENSIÓN DE LIBROS

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS SOBRE LA JURISDICCIÓN COMÚN.

GASTÓN GÓMEZ BERNALES (EDICIONES UDP)

Emilio Pfeffer Urquiaga¹

La reforma constitucional de 2005 introdujo significativos cambios a la jurisdicción constitucional en nuestro país.

En lo orgánico, aumentó el número de integrantes del Tribunal Constitucional (de 7 a 10), estableció nuevos requisitos para ser designado ministro; modificó la forma de su generación; estableció la duración del mandato de sus miembros en 9 años con renovación parcial, sin reelección; e impuso un estricto estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para los ministros. A su turno, la Ley 20.390, que modificó la ley orgánica constitucional del Tribunal, creó dos cargos de ministros suplentes, que se nombran en la forma que dicho cuerpo legal regula.

Junto a lo anterior –inspirado en el propósito de fortalecer la defensa del principio de supremacía constitucional–, el Constituyente de 2005 le asignó a la referida magistratura nuevas competencias: ejercer el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional; resolver las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución y resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional; entre otras.

Con abonados fundamentos se ha sostenido que la referida enmienda –tarea que luego completó el legislador orgánico– configuró una nueva magis-

¹ Profesor de Derecho Constitucional, abogado integrante de la Excm. Corte Suprema.

tratura constitucional, con mayor legitimidad democrática, que está llamada a resolver una amplia gama de conflictos de constitucionalidad.

La necesidad, pues, de contar con estudios sistemáticos y de rigor científico que expliquen los efectos de las sentencias del supremo guardián de la supremacía constitucional en la jurisdicción común, a raíz de los procesos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en nuestro país, justifican plenamente la obra *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* de que es autor el Profesor de derecho constitucional Gastón Gómez Bernalles.

Como es sabido, los efectos de una sentencia que declara inaplicable un precepto legal son relativos y se proyectan solo a la gestión judicial pendiente respecto de la cual se solicitó tal declaración y fue dictado el fallo, mientras que, en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, sus efectos son generales, *erga omnes*, con el efecto propio de la derogación de ley, el que se origina a contar de su publicación en el Diario Oficial que, por mandato constitucional, no tiene efecto retroactivo.

Con la visión propia del académico, el autor se aboca al examen de un tema central para la jurisdicción constitucional en nuestro país: la eficacia práctica del control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley. Y lo hace de un modo simple, ordenado, para que el lector quede debidamente informado de las principales cuestiones o déficits que suscitan la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad dirigida en contra de un precepto legal previamente declarado inaplicable.

Luego de describir “El nuevo modelo de jurisdicción constitucional” instituido por la reforma de 2005 y de resaltar sus diferencias con el que le precedió, el autor formula algunas reflexiones para “justificarlo”, argumentando que una constitución que no puede hacerse efectiva –aunque no utiliza esta expresión– queda herida de muerte, entregada a la decisión de mayorías ocasionales, por lo que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley a través del proceso aparece como el medio más racional e idóneo de solución de los conflictos constitucionales en una sociedad democrática. El autor deja entrever su preferencia por el control concreto por sobre el abstracto, ya que “para determinar si las leyes infringen la Constitución, muy especialmente los derechos fundamentales, resulta primordial tener en cuenta la variedad de situaciones sociales a las que los preceptos legales se aplican”.

En el apartado que sigue, el autor discurre sobre la “Naturaleza del control constitucional de inaplicabilidad”, con referencia a sus orígenes, característi-

cas y rol cumplido por la Corte Suprema en el ejercicio de la atribución que le fue conferida –respecto del que desliza una evaluación negativa por haber renunciado a declarar la inaplicabilidad de preceptos legales por vicios de forma y porque en la mayoría de los casos aplicó una lógica propia de un tribunal de casación, sin comprender cabalmente la esencia que envuelve un conflicto de constitucionalidad–, justificando así plenamente el traspaso de esa competencia al Tribunal Constitucional, para garantizar que dicho conflicto se resolverá con unidad de criterio y hermenéutica constitucional. También dedica algunas notas a los grandes problemas que suscitó la inaplicabilidad en el periodo anterior a 2005: derogación tácita de las leyes preconstitucionales, naturaleza abstracta o concreta del control en sede de inaplicabilidad cuando era ejercido por la Corte Suprema, si procedía respecto de preceptos legales afectados por vicios de forma y sobre normas ordenatoria litis, o si una declaración tal podía incidir en gestiones seguidas ante tribunales especiales.

Si en los capítulos iniciales el autor examina desde una perspectiva normativa la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad con fines meramente descriptivos y referenciales, para que se entienda el real sentido y alcance de la nueva institucionalidad, luego se aboca al estudio de lo que es el objeto central de la obra: indagar sobre la eficacia o grado de cumplimiento por los jueces del fondo de las sentencias que en el ejercicio de tales acciones dicta la magistratura constitucional.

En un primer apartado, que denomina “Efectos normativos de un fallo estimatorio de inaplicabilidad”, resalta que dicha acción persigue una única declaración –que no se aplique un precepto legal en una gestión pendiente–, lo que conlleva siempre el ejercicio de un control concreto, al exigírsele a la magistratura constitucional resolver si una probable aplicación del precepto legal produce en ella resultados contrarios a la Carta Fundamental, declaración que genera solo efectos inter partes y que puede pronunciarse tanto por vicios de forma como de fondo respecto de preceptos legales, cualquiera sea su naturaleza, cuando lo soliciten las partes de la gestión o el juez de ella. Lo anterior se examina con referencia a numerosas y actuales sentencias.

Enseguida, también en el capítulo referido a los efectos de las sentencias, el autor se detiene en el estudio de la cosa juzgada que generan los fallos que se dictan en sede de inaplicabilidad, instituto que –observa– no se recepciona con esa denominación “en toda la Constitución”, aunque destaca que la ley orgánica respectiva prevé algunas regulaciones cuando señala que, resuelta la cuestión de inaplicabilidad, “no podrá ser intentada nuevamente, por el mis-

mo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido”. Este efecto es independiente de las partes y de los jueces que intervengan en ella y se extiende tanto a las sentencias estimatorias como a las que rechazan. De allí que no tenga sentido, afirma, hacer distingos entre cosa juzgada formal o material. Aclara que sí es posible impugnar el mismo precepto legal aunque por otro vicio distinto del resuelto en la sentencia.

En qué grado o medida los jueces del fondo cumplen con lo resuelto en sede inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional es la principal interrogante que formula el autor. Para ello examina los principales casos en que se ha promovido una cuestión de inaplicabilidad, que ordena en cuatro columnas. En la primera identifica la naturaleza de la gestión pendiente y el objeto de lo que en ella se controvierte. Enseguida, el tribunal que conoce de la misma y el rol de la causa. La tercera contiene información acerca de si el requerimiento se acoge o rechaza y en relación a qué precepto legal. La última sintetiza el efecto originado por la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en punto a determinar si el juez de la gestión pendiente resolvió conforme a lo que en ella se razonó y decide, en suma, si la tuvo o no en consideración.

El análisis de esta información deja la impresión que los jueces del fondo, en la mayoría de los casos analizados, no cumplirían estrictamente –por diversas causas– con lo resuelto por la magistratura constitucional.

En un intento por explicar las causas de tal fenómeno, el autor refiere que “la jurisdicción constitucional se encuentra concentrada desde la perspectiva de quien efectúa el pronunciamiento (solo el Tribunal Constitucional), pero es ‘difusa’ en su cumplimiento por los tribunales ordinarios o especiales que conocen o pueden llegar a conocer del asunto”. Y enseguida observa que “una eventual pugna entre ambas caras de la jurisdicción constitucional resultaría peligrosa para el modelo”. En otro pasaje señala que “la Constitución chilena situó orgánicamente a la magistratura constitucional en ‘paralelo’ a la jurisdicción común, y aunque la dotó de una función concentrada y exclusiva en el control constitucional de la ley y en la revisión del precepto que resuelve el conflicto, no previó en profundidad” los efectos “de sus sentencias frente al poder judicial”. En suma, quedarían ellos entregados a la interpretación que los jueces de fondo hacen de las sentencias del tribunal, lo que a juicio del autor “resulta especialmente frágil y criticable”.

Sin bien tales apreciaciones nos parecen atendibles desde un punto de vista teórico, y coincidimos con el autor en que hay casos –que correctamente individualiza– en que no se divisa la causa o motivo en razón de la cual se

prescindió del efecto que debió producir en la gestión pendiente la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, no compartimos que se trate de un fenómeno extendido y generalizado.

Tal es así porque la única declaración que persigue y a que autoriza la acción en análisis es que no se aplique el precepto legal en la gestión pendiente, efecto meramente negativo o inhibitorio, como se ha llamado, por lo que en el ejercicio de ese control concreto –y no abstracto– la magistratura constitucional solo está llamada a resolver si una aplicación materializada, pero no definitiva, o una probable aplicación de la norma cuestionada produce resultados contrarios a la Constitución en un sentido específico de aplicación. Los jueces del fondo, entonces, quedan inhibidos para fallar la gestión pendiente conforme al precepto legal tachado, pero únicamente en el sentido o interpretación que fue excluida.

Siendo entonces múltiples los alcances del precepto legal conforme al cual se puede resolver la causa pendiente, no debiera extrañar que la misma se decida dando aplicación al precepto legal declarado inaplicable siempre que tal aplicación no coincida o no se corresponda con aquella que el tribunal estimó producirá resultados contrarios a la Constitución.

Por otra parte, los motivos en base a los cuales puede en definitiva decidirse la gestión pendiente pudieran no tener conexión alguna –ni directa ni retoma– con la sentencia estimatoria dictada por la magistratura constitucional. Así, por ejemplo, si la acción de que conoce el juez de la instancia fue deducida en forma extemporánea, presentaba problemas de legitimación (activa o pasiva), faltaba alguno de los requisitos de procesabilidad para que fuera acogida, no se invocó en la oportunidad procesal correspondiente el precepto legal que luego se declara inaplicable y, por ende, constituye una alegación nueva para el juez de la gestión pendiente, o el Tribunal Constitucional dictó su fallo estimatorio en base a una valoración de los hechos de la causa distinta de aquella que –conforme al sistema de prueba legal o tasada– efectúa luego el juez del fondo en su fallo, no se acreditaron los presupuestos fácticos de la acción, o el precepto legal declarado inaplicable no se denunció en el recurso de casación en el fondo como infringido o se estimó que aquél no reviste el carácter de norma decisoria litis, entre otras, se dan razones más que suficientes para justificar que en estos casos no pueda estimarse defraudada la sentencia estimatoria de inaplicabilidad dictada por el Tribunal Constitucional.

Por lo anterior, resulta meritorio el análisis que hace al autor para establecer los motivos específicos que, en los casos analizados, llevaron al

juez de la instancia a fallar la gestión pendiente en un sentido que en apariencia podría estimarse contrario a lo decidido por la magistratura constitucional.

Con todo, sería deseable que el diálogo entre estas jurisdicciones –constitucional y ordinaria–, como se le ha llamado a este fenómeno, transite en un marco de mayor precisión, que es lo que, con abonados fundamentos, reclama el autor.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, luego de explicar los requisitos o presupuestos que se deben cumplir para que el tribunal declare la inconstitucionalidad de preceptos legales y de referirse a las características que exhibe este control –abstracto y represivo–, el profesor Gómez Bernales realiza un acabado estudio del efecto vinculante de la sentencia de inconstitucionalidad. Observa que una declaración de tan significativos efectos debe formularse con moderación, habida cuenta que se deroga el precepto legal expulsándolo del ordenamiento jurídico. Y al efecto connota que, aplicando los criterios de hermenéutica de presunción de constitucionalidad del orden normativo inferior y de la interpretación de este conforme a la Constitución, la magistratura constitucional ha podido moderar el efecto que trae consigo la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.

Lo anterior queda demostrado al observar que dicha acción, enteramente nueva en nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley, ha sido ejercida a la fecha solo en contadas oportunidades, al declarar la inconstitucionalidad y, por ende, expulsar del ordenamiento jurídico los artículos 116 del Código Tributario (delegación de facultades jurisdiccionales en jueces tributarios), 171 del Código Sanitario (solve et repete), 595 del Código Orgánico de Tribunales (abogado de turno) y 38 ter de la Ley 18.933 (tabla de factores para adecuar los precios de los planes de salud de las Isapres), luego de verificar la magistratura constitucional que en todas las hipótesis posibles de aplicación de dichas normas legales resultaban totalmente inconciliables con la preceptiva contenida en la Carta Fundamental. Ella ha sido desestimada en los casos de los artículos 416 del Código Procesal Penal (fuero parlamentario en delitos de acción penal privada), 474 del Código del Trabajo antes de su modificación (solve et repete) y 2331 del Código Civil, justamente porque consideró que pueden existir situaciones en que la aplicación de tales normas en una gestión pendiente no produzcan resultados contrarios a la Constitución o en razón que de declararse inconstitucionales se generarán efectos más dañosos que su supervivencia en él.

En suma, se trata de una obra escrita con rigor académico, sin excesos, con abonadas citas doctrinarias y jurisprudenciales, que, luego de examinar las principales cuestiones que suscitan la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad, formula un diagnóstico que puede o no compartirse en su intensidad, que invita a reflexionar sobre cómo perfeccionar el diálogo entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios o especiales, en punto a valorizar los efectos de las sentencias que dicta la magistratura constitucional al resolver las referidas acciones, cuestión central para la eficiencia de un sistema de control de constitucionalidad de la ley.

ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE: ¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES? DE JOSÉ FRANCISCO GARCÍA Y SERGIO VERDUGO (EDICIONES LYD)¹

Jorge Correa Sutil²

Está en boga hablar de lo ocurrido 40 años atrás. Yo me remitiré a 1970, para recordar cuando Eduardo Novoa, al publicar en la Revista *Mensaje* su famoso artículo “Justicia de clases”, remeció la tradicional tranquilidad de los tribunales, dando inicio a un debate inédito y áspero acerca del rol político de los jueces, que solo se vio suspendido temporalmente por el golpe, siguió más o menos clandestinamente y volvió a irrumpir con fuerza a mediados de los ochenta, acompañándonos hasta la fecha.

He querido recordar aquella publicación por varios motivos. El primero es que me parece que el género literario escogido por Novoa sea probablemente precursor del libro en comento: un marco teórico para explicar una tendencia jurisprudencial y las razones por las que se la rechaza, seguido de la descripción y análisis de una serie de fallos en materias diversas en que se manifiesta la tendencia que se critica, para luego intentar una explicación de sus causas. Los autores la llaman condicionantes internos y externos del activismo judicial en Chile. A estas tres primeras partes, García y Verdugo agregan una cuarta, que contiene propuestas para minimizar el activismo judicial en Chile, que ellos deploran.

Los autores de este libro ciertamente ven otros males que aquellos de conservadurismo, clasismo y falta de búsqueda de la igualdad por medio de la protección de los débiles, que criticó Novoa de la jurisprudencia que entonces seleccionara. García y Verdugo, en cambio, describen el activismo judicial, el que definen como el apartarse de los jueces de las respuestas jurídicas claras

1 El siguiente comentario fue elaborado en base a la presentación que el autor hizo del libro en el marco de su lanzamiento el 27 de agosto de 2013.

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

para seguir lo que creen personalmente correcto. Si hay alguna coincidencia con la crítica de Novoa, en cuanto este también incluyó casos en que le pareció que los jueces se apartaban de soluciones jurídicas claras, la ideología subyacente que ahora se cuestiona –por los autores– se aparta del derecho con un afán de protección de los débiles o en razón de agendas “progresistas”: la ecológica en contra del desarrollo, especialmente de centrales de energía; de los que se toman los colegios en contra de los sostenedores, alumnos y padres que quieren continuar sus estudios; de los clientes de las Isapres en contra esas empresas; de los acusados de delitos en contra de sus persecutores. También señalan otras materias en que futuras investigaciones podrían encontrar otros casos de activismo: por ejemplo, destinado a proteger, más allá de la ley, a los consumidores, a las mujeres o a los trabajadores.

A la hora de definir las causas, ambas obras vuelven a encontrarse en el tipo de fenómenos a los que atribuyen los males: Novoa culpaba al origen, formación y estímulos que recibían los jueces de entonces en su quehacer y a la irresponsabilidad en que se encontraban los magistrados de los tribunales superiores. García y Verdugo examinan la incidencia que podría tener en la ideología activista que subyace a los fallos judiciales la formación que da a los nuevos jueces la Academia Judicial y la que recibieron, en las escuelas de derecho de los sesenta, los actuales ministros de Corte; la manera en que son designados y evaluados los jueces; y la manera en que algunos medios de comunicación y la academia podrían incidir en su cultura y actitud.

Con todas las diferencias entre una y otra obra, la de Novoa de ayer y la de hoy, pueden ser consideradas como puntos distantes de una línea continua: aquella que, con base empírica seria y análisis acuciosos de casos múltiples y diversos, pretende mostrar la ideología y la cosmovisión que subyace a los fallos y que pretende entenderlos, apreciarlos críticamente en su contexto y significado político, e incidir en modificar esas tendencias hacia otras visiones de lo judicial y otros efectos para nuestra convivencia y democracia.

Al hacerlo, los autores no solo siguen la línea iniciada por Novoa al fundar sus apreciaciones críticas en una serie de fallos que refieren, citan y describen. Son también rigurosos con las exigencias académicas de estos tiempos. Así, explicitan los indicadores de un fallo activista y, luego de describir los de una materia determinada, señalan cuáles de esos caracteres juzgan presentes en esa línea jurisprudencial. Entre los indicadores de un fallo activista, señalan la tendencia a eludir los obstáculos procesales con ampliación de los propios poderes, la interpretación extensiva de la ley, los fallos ampulosos, la

recurrencia a principios abiertos; el mal uso o el uso puramente retórico y laxo de tests que permiten reducir la incerteza cuando se recurre a ellos; la falta de respeto a los precedentes; la poca deferencia a autoridades administrativas, expertas o incluso legislativas; el desprecio de fórmulas; y la recurrencia a principios de filosofía moral o política.

Aunque no lo incluyen entre sus indicadores, los fallos que estos autores critican pertenecen todos a lo que podríamos llamar una agenda “progresista”. Es posible que haya fallos activistas que sean severos en la aplicación del orden por sobre la libertad, pero los elegidos para criticar son siempre los garantistas. Todos los fallos criticados en materia medioambiental favorecen la ecología por sobre las inversiones y ninguno actúa en sentido inverso. Hay carga ideológica en este texto. Los críticos de estos fallos son llamados “doctrina”. Quienes los alaban, activistas.

Pero si las tintas se cargan y los autores toman posición, lo hacen con rigor y de manera abierta y nunca encubierta. Quienes critican sus posturas son citados; las razones en su contra son dadas, cada idea y cada fallo está referido. Lo que se quiere cambiar y la dirección deseada están manifiestas. Este es un libro partisano; pero no es un libro antojadizo. Quienes quieran criticarlo nunca podrán decir que sea oblicuo y difícilmente podrán imputarle alguna tergiversación de hechos o de los fallos descritos. Es, además de un libro jurídico polémico y serio, un libro acerca de un tema relevante, que debiéramos tomarnos muy en serio quienes tenemos la responsabilidad de cuidar el derecho.

Existe otro paralelo entre este libro y el texto de Novoa. Creo que uno y otro tratan al poder judicial como el actor político que es y le representan aquello de lo que es responsable. Ambos, sin embargo, carecen de una cierta compasión o condolencia, que a mí me parece conveniente y necesaria: la de entender al poder judicial y a esta tendencia al activismo también como la expresión de una víctima desconcertada. Pero antes de detenerme en ello haré una cierta confesión autobiográfica.

Creo haber contribuido a impulsar y a alentar el fenómeno que García y Verdugo denuncian. Mis primeros pasos en este tema los di antes de egresar de la escuela, como secretario de la Sub Comisión de Poder Judicial del Grupo de Estudios Constitucionales o Grupo de los 24; fui asesor en materias judiciales del presidente Aylwin; fui decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, donde, junto a Carlos Cerda y otros, dimos impulsos decisivos a un diálogo fascinante entre jueces y profesores con vocación política. Al

alero de Edgardo Boeninger, en el Centro de Estudios del Desarrollo, y luego en la Corporación de Promoción Universitaria, hicimos propuestas políticas, incluyendo la de la Academia Judicial, que debí tramitar en el Congreso y a la que este texto sitúa entre las causas del fenómeno que estudia. Fui Director del Instituto de Estudios Judiciales, que el libro califica como uno de los centros en que se alienta el activismo judicial. Y así suma y sigue. Cada institución y lugar que el libro cita como aquellos en que este fenómeno fue pensado e impulsado es parte de mi propia biografía.

Hoy soy un crítico de aquello que ayudé a formar. Sin compartir la extensión o la intensidad de la crítica que este libro plantea, me parece que el activismo que se describe, denuncia y critica, especialmente en cuanto pone en jaque o pretende refundar políticas públicas, es una amenaza para la democracia representativa, que –con todas las sofisticaciones que se quiera– sigue afirmando, con razonada justificación, que, si nos hemos de considerar como libres e iguales, la forma en que ordenamos nuestros asuntos públicos ha de consistir esencialmente en la deliberación y votación de aquellos a quienes elegimos para representarnos y a los que tenemos la posibilidad de cambiar en elecciones periódicas.

Hay, entonces, a mi parecer, una razón para preocuparse y criticar al activismo judicial que este libro pone, para bien, en el centro de sus críticas: esa razón no tiene que ver con su actual signo ideológico, sino con su mesianismo moral y su desprecio a la democracia.

El texto no pretende decir que toda nuestra jurisprudencia esté envenenada de activismo. Los casos están circunscritos, bien documentados y relatados; a cada uno de ellos el libro se encarga, responsablemente, de atribuir algunos de los indicadores de activismo.

Me parece que cada cual, leyendo el libro y con sus propios elementos o notas, concluirá que el fenómeno del activismo es mayor o menor a como los autores lo retratan y será igualmente libre e ilustrado para formarse su propia opinión acerca de si estos cargaron las tintas o les faltó aun más vehemencia para criticar el fenómeno que describen.

Por lo mismo, para tomar distancia al libro, iniciando la polémica a que los autores nos invitan, no recurriré a una apreciación de la intensidad, la extensión o la crítica del fenómeno, pues me parece que, para ello, todos los elementos de juicio están en el propio libro. Quiero, en cambio, distanciarme de las causas a las cuales los autores atribuyen el activismo. Quiero distanciarme de lo que los autores llaman condicionantes internas y externas de este fenómeno.

Comparto buena parte de sus críticas al actual diseño institucional del poder judicial. Me parecen agudas aquellas que formulan al sistema de nombramiento, calificación y disciplina de los jueces, así como a las deficiencias actuales de la Academia Judicial. Allí hay diagnósticos y propuestas de enorme interés. Pero no me parece que tales deficiencias expliquen el activismo judicial.

Para explicar la actual cultura judicial, el libro desemboca en la influencia de un par de ministros, cuya actividad en la formación de jueces no está bien acreditada y yo juzgo inexacta. No se proporciona una explicación de por qué estos ministros serían más influyentes que los de una línea de minimalismo, auto restricción o deferencia hacia las autoridades políticamente responsables. De modo análogo, la condicionante externa se centra en *El Mostrador*, sin explicar por qué sería razonable atribuir a ese medio más capacidad de influir en la cultura judicial que, por ejemplo, *El Mercurio*, cuya dedicación a cubrir los temas judiciales no es menor y que tiene una línea editorial hartamente crítica del activismo.

Termino entonces atreviéndome a mencionar, como sugerencia, otras líneas que debieran explorarse para explicar el fenómeno del activismo judicial:

1. La primera y principal, me parece, radica en que el poder judicial es un órgano traumatizado por su pasado reciente y que la acusación de formalismo forma parte central de ese trauma. Las críticas al poder judicial que iniciara Novoa, en la década de los setenta, han sido intensas y han terminado por confundir y hacer imposible la imagen que el poder judicial tenía de sí mismo, formada en el ethos de la codificación en el siglo XIX y a la cual los jueces ya no pueden volver, porque los metieron de lleno, más allá de su voluntad y al margen de cualquier activismo suyo, a resolver los principales dilemas morales, económicos, sociales y culturales de la sociedad chilena. El poder judicial ha sido llamado a resolver los casos de derechos humanos, sin que la política haya logrado decirle con qué parámetros; sobre corrupción política (de la pluma de los jueces han caído ya tres candidatos presidenciales en los últimos 25 años); y la delincuencia, tema en que también se ha transformado a los jueces en actores centrales de la atención pública. Los debates morales, las películas que es posible ver, los libros que es adecuado o no leer, la maternidad de una madre lesbiana, las uniones tolerables, el largo de pelo aceptable en un colegio, las terapias médicas a las que se tiene o no derecho, han terminado todas en los escritorios de los jueces; y ello tiene que ver fuertemente con una

democracia débil, una democracia que procesa mal sus diferencias y termina permitiendo o empujando sus conflictos a los estrados judiciales.

El activismo, creo yo, es un ensayo; no el único, sino uno entre varios, de un poder judicial que trata, a tientas, y sin referente en su historia, de situarse en un escenario en que la política ha perdido la centralidad y en el que la judicialización de la política, que no es lo mismo que el activismo judicial, pero lo potencia, es más de responsabilidad de una política débil que de unos jueces mesiánicos.

En medio de este terremoto en que nadie logra reconocer bien su casa, el poder judicial ha sido fuertemente zarandeado. Las críticas le han arreciado. La derecha lo acusó de poco moderno. La Concertación (a través del Grupo de los 24, del Colegio de Abogados y luego de la Comisión Rettig) de haber agravado las violaciones a los derechos humanos con su actitud complaciente, crítica a la que se sumó con fuerza la otrora poderosa Iglesia Católica. Aylwin les reprochó que les había faltado coraje moral. Todas esas críticas se centraron en el formalismo del poder judicial, en su incapacidad de abrazar los principios y la ética de la democracia.

El poder judicial resistió esas críticas hasta que sintió, a fines de los noventa, con la acusación a su presidente, patrocinada por la UDI, que se había quedado sin aliados políticos que lo defendieran. Con la detención de Pinochet en Londres se sintió acusado por el mundo civilizado. Entonces retrocedió, se dejó intervenir por el gobierno y de paso abjuró del formalismo, un mal que muchos combatimos cuando el apego al derecho no significaba apego a la democracia. Me parece que ese matiz es muy relevante, pues la crítica central al activismo, la que cuestiona que los jueces tomen poderes que la democracia reserva a los representantes, simplemente no fue aplicable durante 17 años, mismos en que el apego a las formas del derecho estaba lejos de garantizar la vigencia de valores liberales. Ahora, que lo significa más, los jueces han asociado el trauma de su derrota a manos de la política y de la opinión pública con el formalismo jurídico del que los acusaron.

Tal vez estemos al otro lado del péndulo y que se deba buscar la explicación del activismo en la historia, más que en otros fenómenos.

2- Sobre otras causas, me limito a mencionarlas.

La una aparece ya sugerida. Mientras más desprestigiada estén la política y el Congreso, más difícil será convencer a los jueces de que deben ser deferentes con el legislador y con los órganos administrativos más o menos expertos que

este ha creado. El activismo judicial crece en tierra fértil mientras no se solucionen las debilidades estructurales de la política.

Otro fenómeno que explica el activismo, otra debilidad de la política, consiste en su tendencia a establecer más principios que reglas.

No se trata solo de que los derechos fundamentales, que tan capital importancia adquieren en la jurisprudencia contemporánea, se consagran y expresan más como principios que como reglas. No se trata solo que el derecho internacional de los derechos humanos, que tanta influencia va ganando en la fundamentación de decisiones judiciales, también se expresa típicamente en tratados que contienen más principios que reglas.

Ocurre además que, alejándose de los ideales de la codificación, nuestro legislador opta cada vez más por establecer positivamente principios en áreas del derecho que en el modelo decimonónico estaban solo o primordialmente constituidas por reglas. El interés superior del niño es hoy el principal parámetro de decisiones que involucran a menores. Ya no hay reforma procesal –la laboral en Chile constituye el último ejemplo– que no contenga solemnes “principios formativos del proceso”. Ni el derecho administrativo, otrora compañero inseparable del procesal como ejemplos de ramas reglamentarias, se salva del fenómeno: en la reciente Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos el legislador ha proclamado que los actos administrativos quedan regidos, entre otros, por los principios de celeridad, conclusividad, economía procesal, impugnabilidad y transparencia. Por su parte, la nueva Ley General de Educación llena títulos enteros con los principios y fines de la educación, solemnizando los propósitos de universalidad, calidad, equidad, autonomía, diversidad, flexibilidad y tantos otros. Menos énfasis puso el legislador en determinar las reglas a través de las cuales han de lograrse tan nobles principios.

Cuando el legislador –una vez más, la política– no quiere o no se atreve a precisar lo que quiere imponer en el orden social, cuando prefiere manifestar fines loables a precisar las reglas que deben seguirse para alcanzarlos, se pisa un terreno en el que el juez acostumbra a pasearse como un rey sin fronteras.

A esto se añade una tendencia doctrinaria, generalmente conocida con el nombre de neoconstitucionalismo, que alienta la interpretación finalista de estos principios y no pocas veces la aplicación de fines y criterios tan abiertos como lo es la dignidad humana o el de interpretar siempre el derecho a favor de la persona o de la libertad.

No quiero extenderme en otros fenómenos que juzgo dignos de explorar como causas que explican el activismo, que este libro, con rigor y buen sustento, denuncia como un riesgo para nuestra democracia.

Si no me equivoco y la desorientación acerca de su propia función en la democracia es uno de los principales males que afectan al poder judicial chileno, este libro debe celebrarse como una enorme contribución a un debate necesario. No es el poder judicial el único llamado a definir su función; también deben hacerlo la democracia y la deliberación pública. Y esa deliberación se despierta y alienta con contribuciones como esta. Contribuciones que no son pura disquisición de filosofía política, ni pura queja de abogados o empresas que han perdido sus viejas certezas, sino un esfuerzo notable por dibujar la cultura de los jueces, a través de sus fallos, criticando de ellos no este o aquel error técnico, sino la visión en que se fundan y apoyan.

La academia, la buena academia, la que se hace con una visión teórica y doctrinaria, complementada con una mirada práctica y crítica de la realidad, tiene mucho que aportar en esta tarea. No me hago la ilusión de que alcance, de una vez, la verdad, como se decía en mis viejos tiempos. Se trata de sumar pluralismo con miradas enriquecidas.

Este libro contribuye significativamente a ello. Felicitaciones entonces a José Francisco García y a Sergio Verdugo. Al libro solo puedo desearle que provoque muchos debates, como el que aquí expreso. Me atrevo a pronosticar que su enjundia, su carácter polémico y su claro estilo, le llevarán a ser uno de esos libros que no descansan con placidez en los anaqueles, sino de aquellos en cuyos márgenes todos quienes lo leen escriben sus propias observaciones y comentarios.

**CATÁLOGO DE
PUBLICACIONES
2013**

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

2013

Aileen Larraín L.¹

María Soledad Molina O.²

Con la asistencia de

Constanza Norambuena A. y Nicolás Álvarez C.³

Introducción

Es un hecho que durante los últimos años, la producción jurídico-intelectual en nuestro país ha crecido de forma cuantiosa en relación a décadas anteriores. Dichas elaboraciones doctrinarias son fruto de las investigaciones realizadas en gran parte por académicos, quienes muchas veces solicitan la colaboración de sus alumnos(as). Lo anterior ha generado un intercambio de conocimientos entre distintas generaciones, propendiendo a seguir fortaleciendo el marco jurídico en el que nos desenvolvemos como actores del derecho.

En esta cuarta edición del Anuario de Derecho Público, dicha realidad de nuestra comunidad jurídica salta a la vista. Cuantitativamente no hubo una mayor variación en las publicaciones, sin embargo se vislumbra una gran diversidad de temas contingentes que se abordan desde el Derecho Público. Lo anterior refleja el avance de la discusión en nuestro país, acontecimiento que consideramos necesario plasmar, pues como ya lo hemos señalado anteriormente, la sistematización de la información existente siempre ayudará a que año a año, el nivel y/o la cantidad de las publicaciones, aumente.

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Diego Portales. Próxima a obtener el grado de Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma institución.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Diego Portales. Próxima a obtener el grado de Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma institución.

3 Asistentes de investigación del Anuario de Derecho Público. El trabajo final estuvo bajo la supervisión de Tamara Carrera, Secretaria de Redacción del Anuario de Derecho Público y de Javier Couso, Director del mismo.

1. Objetivo

Tal como ha sido la tónica desde hace ya tres años, nuestro móvil ha sido instituir al Catálogo del Anuario de Derecho Público UDP como un instrumento de simplificación de búsqueda para todos los actores involucrados e interesados en las diversas áreas del Derecho Público, reuniendo en un solo lugar las innumerables publicaciones concebidas durante el año 2013.

Lo anterior trae aparejado un segundo objetivo, relacionado con la contribución al estudio informado y profundizado de los agentes del derecho. En este sentido, el Catálogo pretende erigirse como un instrumento que permita reconocer la evolución que se registra en las diversas áreas del Derecho Público.

2. Metodología

2.1. Procedimiento

Como forma de replicar los buenos resultados obtenidos a lo largo de este proyecto académico, nuestra metodología se ha centrado básicamente en cinco etapas:

(i) La primera de ellas, dedicada al rastreo de publicaciones que registra la Biblioteca del Congreso Nacional, como respuesta al deber de informar que el legislador impone a las imprentas chilenas, así como también de la base de datos que posee la Universidad de Chile y la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(ii) La segunda etapa estuvo enfocada en la búsqueda de publicaciones en diversas bases electrónicas, tanto nacionales como internacionales: *scielo.cl*, *dialnet.unirioja.es*, *google académico*, *westlaw*, por mencionar algunas de ellas; así como también las revistas que las diversas Universidades de nuestro país publican en el ámbito de Derecho Público.

(iii) La tercera etapa se centró en el acopio de publicaciones en las Editoriales de nuestro país, tales como: *Legal Publishing*, *Editorial Jurídica de Chile*, *Librotecnia*, *Editorial IKU*, entre otras. Asimismo, se revisaron las publicaciones de universidades extranjeras a través de sus editoriales, con el objeto de conocer qué se había publicado sobre Chile en relación a las materias tratadas en este Anuario, consolidando la innovación del año anterior. Éste año nos ceñimos por el criterio utilizado por CONICYT, organismo que elaboró un listado de las editoriales con claro prestigio internacional, en las áreas de Ciencias Jurídicas y Políticas⁴

4 Listado disponible en http://www.conicyt.cl/fondecyt/files/2012/11/articles-40547_editorial.pdf

(iv) Luego, se realizó la pesquisa de Reportes de Organizaciones Internacionales acerca de Chile, tales como: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relatorías del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros.

(v) Finalmente, en la quinta etapa de elaboración de este Catálogo, el listado de publicaciones obtenido se distribuye entre académicos miembros del Comité de Redacción del Anuario, con el objeto de que efectúen observaciones e incorporen artículos que no hayan sido recabados en las búsquedas anteriores.

2.2. Criterios de inclusión y exclusión de publicaciones

Se hace presente que la búsqueda a lo largo de las tres primeras etapas se realizó tanto por materias, haciendo uso de diversos rotulados⁵, así como también por los nombres de los autores que frecuentemente publican en el área, excluyendo aquellos artículos relacionados con el derecho privado.

Este año, nuevamente hemos definido como criterio incorporar las nuevas ediciones de un libro ya publicado, siempre que hayan transcurrido a lo menos tres años entre la última y la nueva edición. Dicho criterio cuantitativo pretende incorporar solo aquellas nuevas versiones en las que sea posible encontrar información adicional a aquella contenida en la edición anterior.

Por otra parte, durante la búsqueda fue posible encontrar publicaciones de un mismo autor en editoriales distintas. Frente a ello, el catálogo sólo cumple la función descriptiva de plasmar todo lo que se encuentra disponible y por ello se incorporan todas las publicaciones que se encuentren.

Paralelamente, se descartaron los tratados de jurisprudencia, los compendios de normas, las publicaciones en blogs y las reseñas, por no constituir técnicamente artículos de creación dogmática.

3. Innovaciones

Es importante destacar que el número de publicaciones en el año 2013 no tuvo mucha variación en comparación al año anterior. Pese a ello, no es atojadizo afirmar la consolidación en la investigación del Derecho Público a nivel nacional.

5 Los rotulados utilizados en la búsqueda son: Derecho Público, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Indígena, Derecho Eléctrico, Derecho Ambiental, Derecho Minero, Derecho de Aguas.

3.1 Nuevo acápite de libros sobre Chile publicados en el extranjero

En esta versión del Anuario se decidió incorporar un acápite de Libros sobre Chile publicados en el extranjero, basándonos en la lista de editoriales extranjeras que el CONICYT ha acreditado, tal y como se señaló precedentemente. Lo anterior pretende ampliar el catálogo de fuentes a las que los diversos actores del derecho pueden acceder cada vez que requieran trabajar sobre un tema específico. Además, hemos incorporado una nueva categoría, en donde se destacan todos los Anuarios publicados en Chile relativos a un área de Derecho Público.

3.2. Subdivisión de las publicaciones en categorías

Un segundo nuevo elemento es la categorización por áreas del Derecho Público, tanto en los libros como en artículos académicos. La división se realizó entre: Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, al igual que la división interna de los artículos contenidos en nuestro Anuario de Derecho Público. Se trata de una clasificación referencial para facilitar la búsqueda de insumos académicos dentro del catálogo, realizada a partir de los siguientes criterios: medios en los cuales se publicaron, el autor, el título, y la lectura del abstract del artículo o libro. Cabe señalar que todo el material presentado no fue leído completamente, razón por la cual nuestra propuesta de clasificación no pretende ser exhaustiva, sino que hacer más práctica la búsqueda dentro de todo el universo del material publicado durante el año 2013. Con todo, esperamos que la búsqueda de artículos sea aún más rápida y eficiente, permitiendo al lector dirigirse de inmediato al área de su interés.

4. Conclusiones

Como fruto de dicha investigación, se lograron identificar 256 artículos académicos, 53 capítulos de libros sobre Chile de publicación nacional, 12 reportes sobre Chile, 72 libros publicados en Chile y 27 libros sobre Chile publicados en el extranjero durante el año 2013.

Cuadro comparativo de resultados

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | | | Variación porcentual 2012/2013 |
|---|------|------|------|------------------------|----------------|---------------|-----------------------------------|
| Libros publicados en Chile | 35 | 70 | 67 | 71 | | | +7%* |
| | | | | 38 | 23 | 10 | |
| | | | | Constitucional | Administrativo | Internacional | |
| Libros sobre Chile publicados en el extranjero | -- | -- | -- | 27 | | | No aplica |
| Artículos académicos | 242 | 316 | 273 | 256 | | | - 6%* |
| | | | | 136 | 53 | 67 | |
| | | | | Constitucional | Administrativo | Internacional | |
| Reportes sobre Chile | -- | 36 | 5 | 12 | | | + 140%* |
| Capítulos de Libros publicados en Chile | -- | -- | 184 | 52 | | | No aplica ¹ |
| | | | | 31 | 5 | 16 | |
| | | | | Constitucional | Administrativo | Internacional | |
| Capítulos de Libros publicados en el extranjero | -- | 8 | 6 | No aplica ² | | | No aplica |

1 * Se deja constancia que estos valores son aproximados.

Recordemos que al haber elaborado esta nueva categoría –la distinción entre artículos académicos de revistas y capítulos de libros publicados en Chile sobre Chile–, se restaron publicaciones de la clasificación “artículos de revistas”, en donde se ubicaban hasta el año 2011. Con todo, para tener una noción cuantitativa, ambas categorías suman un total de 457 publicaciones durante el año 2012, lo que supone un aumento del 145% en comparación con el año 2011, en el cual como dijimos, no se encontraba incorporada dicha distinción.

2 Esta sección fue eliminada al preferir la categoría de *Libros sobre Chile en el extranjero*.

Si bien la investigación que se ha llevado a cabo fue realizada con la mayor acuciosidad y pulcritud, con el ánimo de incluir todo lo publicado en materia de Derecho Público en Chile, siempre existe un margen de error, aun cuando el trabajo realizado y la metodología seguida tienen como objeto minimizarlo.⁶

Dicho todo lo anterior, los invitamos a conocer el Catálogo de Publicaciones del año 2013.

⁶ Para futuras versiones de este catálogo, solicitamos a toda la comunidad jurídica, que también nos notifiquen de sus publicaciones –y si es posible una copia de la misma– al correo derechoconstitucional@mail.udp.cl, de manera tal que pueda ser incorporada a este catálogo año a año.

1. LIBROS PUBLICADOS EN CHILE

1.1. Derecho Constitucional

N° Libro

1. Abeliuk, René, *Política e Ideología en la restauración democrática chilena*, (Libromar) 2013.
2. Aldunate, Eduardo y Cordero, Eduardo, *Estudios sobre el sistema de fuentes en el Derecho Chileno*, (Legal Publishing) 2013.
3. Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, (LOM Ediciones) 2013.
4. Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, J.M.; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público*, (Random House Mondadori) 2013.
5. Casas, Lidia; Olea, Helena; Silva, Fernando; Soto, Nicolás y Valenzuela, Rebeca, *Ley 20.000 [documento electrónico]: tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa: informe final de investigación*, (Defensoría Penal Pública) 2013.
6. Cordero, Luis, *¿Qué pasó en la semana? Fallos destacados de la Corte Suprema (2012-2013)*, (Legal Publishing) 2013.
7. Couso, Jaime y Duce, Mauricio, *Juzgamiento penal de adolescentes*, (LOM Ediciones) 2013.
8. Couso, Javier [Director], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
9. Decap, Mauricio; Duce, Mauricio; Moreno, Leonardo y Sáez, Jorge, *El modelo adversarial en Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*, (Legal Publishing) 2013.
10. Di Giminiani, PierGiorgio, *Tierras ancestrales, disputas contemporáneas*, (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2013.
11. Donoso, Sebastián, *El derecho a la educación en Chile: nueva ciudadanía tras el ocaso neoliberal*, (Bravo y Allende Editores) 2013.
12. Erazo, Ximena; Aleuy, Mahmud y Ganuza, Enrique, *Políticas públicas: exigibilidad y realización de derechos*, (LOM Ediciones) 2013.
13. Espejo, Nicolás; Lathrop, Fabiola y Quesille, Anuar [Editores] *Estrategias de defensa y protección jurídica de niños, niñas y adolescentes mapuche*, (UNICEF) 2013.
14. Fermandois, Joaquín, *La revolución inconclusa*, (Centro de Estudios Públicos) 2013.

15. Fernández, Mario, *La Constitución contra sí misma*, (Thomson Reuters) 2013.
16. Fuentes, Claudio, *El fraude: crónica sobre el plebiscito de la constitución de 1980*, (Editorial Hueders) 2013.
17. Fuentes, Claudio, *El Pacto: Poder, Constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)*, (Ediciones UDP) 2013.
18. García, José y Verdugo, Sergio, *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, (Ediciones LyD) 2013.
19. Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, (Ediciones UDP) 2013.
20. Henríquez, Miriam, y Silva, María, *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás Órganos del Estado*, (Thomson Reuters) 2013.
21. Martner, Gonzalo, *Radiografía Crítica al Modelo Chileno*, (LOM Ediciones) 2013.
22. Mirosevic, Camilo, *Mecanismos de Participación Ciudadana en el Ordenamiento Jurídico*, (Librotecnia) 2013.
23. Mora, Claudia [Editora], *Desigualdad en Chile: la continua relevancia del género*, (Ediciones UAH) 2013.
24. Muñoz, Fernando, *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*, (LOM Ediciones) 2013.
25. Nash, Claudio; Fries, Lorena; Lacrampette, Nicole; Lagos, Catalina; Fernández, Mariano; Sarmiento, Claudia; Zúñiga, Yanira; Arango, Mónica; Parra, Oscar y Palacios, Patricia, *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
26. Nash, Claudio; Milos, Catalina y Aguiló, Pedro, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: Análisis y propuestas desde una perspectiva de Derechos Humanos*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
27. Navarrete, Manuel, *Constitucionalización indígena: Variaciones jurídicas y metajurídicas*, (Librotecnia) 2013.
28. Nogueira, Humberto, *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, (Librotecnia) 2013.
29. Nogueira, Humberto, *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma 2005*, (Librotecnia) 2013.
30. Pfeffer, Emilio [Coordinador], *Congreso Nacional. Libro homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán*, (Editorial Jurídica de Chile) 2013.

31. Rojas, Julio, *Derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria: análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005*, (Editorial Metropolitana) 2013.
32. Sanhueza, Cristián y Saber, Daniel [Editores], *No nos toman en cuenta, pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía*, (Ediciones UDP) 2013.
33. Soto, Francisco, *El desafío de la participación. Referendo e iniciativa legislativa y popular en América Latina y Europa*, (LOM Ediciones) 2013.
34. Stippel, Jörg, *Cárcel, derecho y política*, (LOM Ediciones) 2013.
35. Szmulewicz, Esteban, *Informe de Justicia Constitucional, año 2012*, (Ediciones Jurídicas de Santiago) 2013.
36. Toledo, César, *Tutela de la libertad sindical: en especial la sanción de las prácticas antisindicales: análisis doctrinario y jurisprudencial*, (Abeledo Perrot) 2013.
37. Ugarte, José Luis, *El derecho a la no discriminación en el trabajo*, (Legal Publishing) 2013.
38. Velásquez, Juan, *Tratamiento de datos personales en internet: los desafíos jurídicos en la era digital*, (Legal Publishing) 2013.
39. Vial, Tomás [Editor], *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
40. Viera, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado Social*, (Thomson Reuters) 2013.

1.2. Derecho Administrativo

N° Libro

1. Aguilar, Gonzalo, *Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente*, (Librotecnia) 2013.
2. Alcalde, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: responsabilidad civil y penal administrativa*, (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2013.
3. Aldunate, Eduardo; Bronfman, Alan y Cordero, Eduardo, *Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y Atribuciones del Congreso Nacional*, (Thomson Reuters) 2013.
4. Balmaceda, Gustavo, *Los delitos funcionariales en la jurisprudencia*, (Thomson Reuters) 2013.

5. Bravo, Juan Pablo, *Manual de Derecho Electoral*, (Thomson Reuters) 2013.
6. Camacho, Gladys, *Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública*, (Libromar) 2013.
7. Celume, Tatiana, *Régimen Público de las Aguas*, (Libromar) 2013.
8. Contraloría General de la República; *Cuenta pública 2012: 85 años de vida institucional*, (Contraloría General de la República) 2013.
9. Cordero, Luis, *Jurisprudencia Ambiental. Casos destacados*, (Legal Publishing) 2013.
10. Fernández, Pedro, *Manual de derecho ambiental chileno*, (Legal Publishing) 2013.
11. Ferrada, Juan Carlos, *La nulidad de los actos administrativos*, (Thomson Reuters) 2013.
12. Gajardo, Jaime y Zúñiga, Francisco, *Ley N°19.886 de Bases Sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios*, (Libromar) 2013.
13. Hervé, Dominique y Bermúdez, Jorge, *Justicia Ambiental, Derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero*, (LOM Ediciones) 2013.
14. Lara, José Luis y Bocksang, Gabriel, *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*, (Thomson Reuters) 2013.
15. Lledó, Camilo y Pardo, José, *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*, (Thomson Reuters) 2013.
16. Moraga, Claudio y Pantoja, Rolando, *Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos*, (Thomson Reuters) 2013.
17. Reyes, Jorge, *Introducción al Derecho Administrativo General*, (Thomson Reuters) 2013.
18. Romero, Alejandro; Martínez, José y Arancibia, Jaime, *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales*, (Legal Publishing) 2013.
19. Sánchez, Eduardo y Pérez, Gerardo, *Responsabilidad ambiental de las concesionarias*, (El Jurista) 2013.
20. Silva, Rodrigo, *Manual de Tribunales Ambientales*, (Editorial Jurídica de Chile) 2013.
21. Soto, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, (Legal Publishing) 2013.
22. Valladares, Pablo, *Repertorio de Jurisprudencia de Responsabilidad del Estado*, (Legal Publishing) 2013.

23. Zúñiga, Francisco y Pantoja, Rolando [Coordinador], *Bases constitucionales de la administración del Estado*, (Legal Publishing) 2013.

1.3. Derecho Internacional Público

N° Libro

1. Cançado, Antônio, *El principio básico de igualdad y no discriminación: construcción jurisprudencial*, (Librotecnia) 2013.
2. Cárdenas, Claudia y Fernández, Karinna, *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*, (Legal Publishing) 2013.
3. Jara, Eduardo, *La función diplomática*, (Ril Editores) 2013.
4. Muneer, Ahmad; Alegre, Marcelo; De Barcellos, Ana Paula; Bonilla, Daniel; Couso, Jaime; Forman, James; Grosman, Lucas; Guevara, José; Jaramillo, Isabel; Lemaitre, Julieta; Madrazo, Alejandro; Morales-Cruz, Mirta; Pérez, Catalina; Salazar, Pedro; Sardón, José; Sierra, Lucas; Silk, James y Tyler, Tom, *Violencia, legitimidad y orden público*, (Librería) 2013.
5. Nash, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, (Editorial Porrúa) 2013.
6. Nash, Claudio; David, Valeska y Bascur, María Luisa, *Guía para la utilización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la protección de los denunciantes de actos de corrupción*, (Editorial Universidad de Chile) 2013.
7. Olea, Helena [Editora], *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, (Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales) 2013.
8. Palma, Francisco y Nogueira, Andrés, *Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Librotecnia) 2013.
9. Winter, Luis, *La defensa de Chile en La Haya*, (Ediciones LyD) 2013.

2. CAPÍTULOS DE LIBROS PUBLICADOS EN CHILE

2.1. Derecho Constitucional

N° Capítulo de libro

1. Ansoleaga, Elisa y Valenzuela, Ester, “Salud mental y derechos humanos: La salud de segunda categoría”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
2. Bertini, Leonello y Yáñez, Nancy, “Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
3. Böhmer, Martín, “La sombra y el resplandor de la desobediencia: sobre la difícil relación entre el gobierno y la justicia en la Argentina”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
4. Bordalí, Andrés, “Los jueces al acecho. Acerca de la independencia de la judicatura en Chile”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
5. Coddou, Alberto y Godoy, Nicolás, “Fuerza estatal y conflicto mapuche”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
6. Coddou, Alberto y Vial, Tomás, “Estándares y criterios para la creación de un órgano antidiscriminación en Chile: desafíos pendientes y opciones institucionales”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
7. Coddou, Alberto; Schönsteiner, Judith y Vial, Tomás, “La Ley Antidiscriminación en Chile: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
8. Colombo, Juan, “Relación entre las potestades del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional”, Anuario de Derecho Consti-

- tucional Latinoamericano, Año XIX, (Konrad Adenauer Stiftung) 2013.
9. Collins, Cath; Delgado, Juan Pablo; González, Florencia; Hau, Boris; Hernández, Rodrigo y Fernández, Karina, “Verdad, justicia y memoria por violaciones a los derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
 10. Correa Sutil, Jorge, “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 11. De la Maza, Camila, “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Adolescentes infractores frente a sanciones no privativas de libertad”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
 12. Duce, Mauricio, “La Reforma a la reforma Procesal Penal: análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 13. Figueroa, Rodolfo, “Inviolabilidad de los correos electrónicos. Comentarios del fallo 2154-2011 del Tribunal Constitucional”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 14. Galeano, Fernando, “Protección constitucional del Derecho al agua: el caso colombiano”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 15. Galvis, María Clara y Salazar, Katya, “Derechos Humanos y desarrollo económico: ¿cómo armonizarlos?”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 16. González, Juan Pablo, “The harm in hate speech, de Jeremy Waldron”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 17. Guiloff, Matías, “El derecho al agua como derecho humano: El caso de la provincia de Petorca”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.

18. Insunza, Ximena y Uriarte, Ana, “La protección de garantías constitucionales y el insuficiente ordenamiento territorial en relación a proyectos energéticos y productivos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
19. Jaraquemada, Jorge y Mery, Hector, “Ruptura o continuidad institucional: ¿necesita Chile una asamblea constituyente?”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
20. Julio-Estrada, Alexei; Rivera, José; Torbisco, Neus; Valiente, Aresio e Yri-goyen, Raquel, “Pluralismo jurídico y Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
21. López, María Fernanda, “La puesta en escena del defensor público interamericano”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
22. Mac Donald, Paula, “La revolución de los “nada”: una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
23. Muñoz, Fernando, “Chile es una república democrática: la asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
24. Navarro, Enrique, “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, (Konrad Adenauer Stiftung) 2013.
25. Olea, Helena, “Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de Ley de Migración y Extranjería”, en Vial, Tomás [Editor], *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
26. Placencia, Luis y Ortega, Ricardo, “El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
27. Vial, Tomás, “Informe sobre diversidad sexual: Las violaciones a los derechos humanos de las personas trans en Chile”, en Vial, Tomás [Edi-

- tor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
28. Vial, Tomás, “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 29. Vivaldi, Lieta y Casas, Lidia, “La penalización del aborto como una violación a los derechos humanos de las mujeres”, en Vial, Tomás [Editor], Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales) 2013.
 30. Whittle, Stephen, “Teorizando el cambio. La historia del desarrollo de una Europa queer”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 31. Zúñiga, Francisco, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.

2.2. Derecho Administrativo

N° Capítulo de libro

1. Cordero, Luis, “Nulidad y dictaminación de Contraloría: nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
2. Guiloff, Matías, “Ley de Pesca: explicando un regalo regulatorio”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
3. Hervé, Dominique y Bermúdez, Jorge, “La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
4. Mery, Rafael, “Información privilegiada, ficha estadística codificada uniforme (FECU) y deber de abstención: comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso LAN”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.

5. Plumer, Marie, “Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.

2.3. Derecho Internacional Público

Nº Capítulo de libro

1. Aranís, Katerina; Benítez, Dinka; Macarí, María Ignacia; Rey, Benjamín y Schönsteiner, Judith, “Revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
2. Casas, Lidia, “Los desafíos para Chile de la decisión Artavia Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (caso fertilización in vitro): algunos comentarios”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
3. Dabed, Emilio, “Religión, derechos humanos y práctica constitucional en el Medio Oriente: el caso palestino en contexto”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
4. Flores, Ona, “Entrevista a Aoife Nolan: ‘recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales’”, en Anuario de Derechos Humanos, Nº 9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
5. González, Felipe, “Las reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
6. Jara, Francisco, “Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional”, en Anuario de Derechos Humanos, Nº 9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
7. López, Sebastián, “Laudo en Caso CIADI No. Arb/07/23, Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
8. Nash, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

- Derechos Humanos”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX, (Konrad Adenauer Stiftung) 2013.
9. Nogueira, Humberto, “Diálogo jurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX, (Konrad Adenauer Stiftung) 2013.
 10. Silva, Luis, “La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario crítico a la sentencia Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 11. Tardif, Eric, “Acercamiento al derecho africano de protección de los derechos humanos: avances y retos”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 12. Urrejola, Antonia, “El sistema interamericano de derechos humanos: el debate sobre su fortalecimiento en el seno de la Organización de Estados Americanos”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 13. Urrueña, René, “Colombia se retira del Pacto de Bogotá: causas y efectos en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 14. Valdés, Teresa, “La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género”, en Anuario de Derechos Humanos, N°9, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2013.
 15. Zalaquett, José, “La revolución bolivariana, el derecho público y la comunidad internacional”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.
 16. Zúñiga, Francisco, “Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2013.

3. LIBROS SOBRE CHILE PUBLICADOS EN EL EXTRANJERO

- | N° | Libro |
|-----|---|
| 1. | Ahumada, Manuel, <i>Derechos Humanos y justicia en Chile: Cerro Chena campo de prisioneros</i> , (Editorial Universitat de Valencia) 2013. |
| 2. | Alberston, Martha y Zinsstag, Estelle, <i>Feminist perspectives on transitional justice from international and criminal to alternative forms of justice</i> , (Intersentia Ltd) 2013. |
| 3. | Bonner, Michelle, <i>Policing Protest in Argentina and Chile</i> , (Lynne Rienner) 2013. |
| 4. | Camargo, Ricardo, <i>The New Critique of Ideology. Lessons from Post-Pinochet Chile</i> , (Palgrave Macmillan) 2013. |
| 5. | Campero, Eduardo, <i>Cuestión marítima: derechos históricos de Bolivia y Chile</i> , (Imprenta El Deber) 2013. |
| 6. | Cascajo, José Luis, <i>La protección de los derechos en Latinoamérica desde una perspectiva comparada. Los casos de Brasil, Bolivia y Chile</i> , (Ratio Legis) 2013. |
| 7. | Castellejo-Cueller, Alejandro, <i>Memories and Violence</i> , (Zayed University Press) 2013. |
| 8. | Collins, Kath; Hite, Katherine y Joignant, Alfredo, <i>The politics of memory in Chile: from Pinochet to Bachelet</i> , (Lynne Rienner Publishers) 2013. |
| 9. | Colombano, Joe y Aniket, Shah, <i>Learning from the World. New Ideas to Redevelop America</i> , (Palgrave Macmillan) 2013. |
| 10. | Couso, Javier; Coddou, Alberto; Lovera, Domingo y Guiloff, Matías, <i>Constitutional Law in Chile</i> , (Wolters Kluwer) 2013. |
| 11. | Del Alcàzar, Joan y Valenzuela, Esteban [Editores], <i>Chile 73: memoria, impactos y perspectivas</i> , (Universitat de València) 2013. |
| 12. | Fariás, Víctor, <i>Ricardo Lagos y el Chile nuevo</i> , (Editorial Maye Ltda.) 2013. |
| 13. | Gingerich, Daniel, <i>Political Institutions and party-directed corruption in South America</i> , (Cambridge University Press) 2013. |
| 14. | González, Felipe, <i>Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> , (Editorial Tirant Lo Blanch) 2013. |
| 15. | Kornbluh, Peter [Editor], <i>Kissinger and Chile: the declassified record</i> , (Washington, D.C.: National Security Archive) 2013. |
| 16. | Kurtz, Marcus, <i>Latin American State building in comparative perspective</i> , (Cambridge University Press) 2013. |

17. Medina, Cecilia, *The American Convention on Human Rights*, (Intersentia, Cambridge) 2013.
18. Merk, Olaf, *The Competitiveness of Global Port-Cities: The Case of Antofagasta, Chile*, [electronic resource], (OECD Publishing) 2013.
19. *OECD urban policy reviews. Chile 2013*, (OECD Publishing) 2013.
20. Otero, Gerardo; Echeverría, María Dolores; López, Macarena y Cabezón, Juan Pablo, *Labour and employment compliance in Chile*, (Wolters Kluwer Law & Business) 2013.
21. Pribble, Jennifer, *Welfare and Party Politics in Latin America*, (Cambridge University Press) 2013.
22. *Revisión de Políticas Nacionales de Educación: El Aseguramiento de la Calidad en la Educación Superior en Chile 2013* [electronic resource], (OECD Publishing) 2013.
23. Santiago, Paulo; Benavides, Francisco; Danielson, Charlotte; Goe, Laura y Nusche, Deborah, *Teacher evaluation in Chile 2013*, (OECD Publishing) 2013.
24. Sehnbruch, Kirsten y Siavelis, Peter [editores], *Democratic Chile: The Politics and Policies of a Historic Coalition, 1990–2010*, (Lynne Rienner Publishers) 2013.
25. Uño Acebo, Liborio, *Chile le debe, por derecho, un territorio marítimo a Bolivia!*, (Centro de Estudios de los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos Originarios y las Regiones, La Paz) 2013.
26. Wilson, Angelia, *Situating Intersectionality. Politics, Policy, and Power (The Politics of Intersectionality)*, (Palgrave Macmillan) 2013.
27. Yamazaki, Katsuo; Juhn, Wooseok y Abo, Tetsuo, *Hybrid Factories in Latin America. Japanese Management Transferred*, (Palgrave Macmillan) 2013.

4. ARTÍCULOS ACADÉMICOS

4.1. Derecho Constitucional

N° Artículo

1. Almendras, Hernán, “Las Comisiones Especiales Investigadoras en el Derecho Parlamentario chileno”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol.5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
2. Alvear, Julio y Covarrubias, Ignacio, “Observaciones constitucionales al proyecto del nuevo Código Procesal Civil”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°27, (Universidad del Desarrollo) 2013.
3. Alvear, Julio, “La jurisprudencia del amparo económico. Los tres grandes déficit de la última década”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
4. Alvear, Julio, “Los derechos humanos como ideología. Una lectura desde el pensamiento ‘antimoderno’”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N°3, (Universidad del Desarrollo) 2013.
5. Alvear, Julio, “Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social plurivalente en el marco de una economía social de mercado”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
6. Arias, Juan, “La posición del ciudadano en la sociedad civil burguesa”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
7. Arlettaz, Fernando, “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°1, 2013.
8. Atria, Fernando, “El problema constitucional: instituciones tramposas”, en *Revista Mensaje*, N°620, (Universidad Alberto Hurtado) 2013.
9. Atria, Fernando, “La idea de teología política”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
10. Baena-Extremera, Antonio, “Problemática constitucional en las actividades educativas y deportivas en el medio natural”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
11. Balkin, Jack, “El futuro de la libertad de expresión en la era digital”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile), 2013.
12. Barreda, Mikel y Ruiz, Leticia, “La cadena causal de la confianza en los organismos electorales de América Latina: sus determinantes y su im-

- pacto sobre la calidad de la democracia”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol.33, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2013.
13. Barros, Enrique, “El Derecho como forma de la política y de la sociedad”, en *Revista Estudios Públicos*, N°130, (Centro de Estudios Públicos) 2013.
 14. Bassa, Jaime, “La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura hermenéutica constitucional hacia fines del Siglo XX”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 15. Beca, Juan Pablo, “Indulto particular: perfeccionamiento de una institución arcaica hacia la protección de Derechos Fundamentales”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 16. Bernal, Julia, “Los Derechos Fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 17. Bush, Tania y Quezada, Flavio, “Regla de la mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
 18. Cañas, Francisco, “Declaración de inadmisibilidad frente a un segundo requerimiento en la segunda gestión pendiente: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol.20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
 19. Cárcamo, Alejandro, “Notas sobre la nueva ley de donante universal desde una perspectiva constitucional”, en *Gaceta Jurídica*, N°400, (Legal Publishing) 2013.
 20. Carmona, Cristóbal, “Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 21. Carnevali, Raúl y Maldonado, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile. Atención a problemas de constitucionalidad”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 22. Carrasco, Edesio, “Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.40, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.

23. Castaño, Sergio, “Gobierno del pueblo y legitimidad democrática. Diálogo crítico sobre ciertas ideas dominantes”, en *Revista Ius Publicum*, N°30, (Universidad Santo Tomás) 2013.
24. Castaño, Sergio, “Un hito en la historia del pensamiento político. La refundación neoclásica de la tesis del pueblo como sujeto ordinario de poder”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, (Universidad del Desarrollo) 2013.
25. Castellano, Danilo, “Il diritto tra fronte e fondamento”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, (Universidad del Desarrollo) 2013.
26. Chahuán, Marcela, “La excepción en el Derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política”, en *Acta Bioethica*, Vol. 19, N° 1, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile) 2013.
27. Chandía, Sebastián, “Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
28. Contreras, Pedro y García, Gonzalo, “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
29. Corn, Emanuele, “Apuntes acerca del problema de discriminación y de su tratamiento penal”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol.2, N°3, 2013.
30. Correa, Rodrigo, “Reformas constitucionales en Chile”, en *Revista Mensaje*, N°619, (Universidad Alberto Hurtado) 2013.
31. Dazarola, Gabriella, “Sistema electoral binominal”, en *Revista 50+uno*, N°2, (Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario) 2013.
32. Del Picó, Jorge, “Libertad religiosa y orden público. La colisión entre la noción imperante de orden público y los fines religiosos en el caso de la objeción de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas a la Iglesia de Unificación”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
33. Dettleff, Carlos, “Nacionalidad chilena: moderna, pero discriminatoria”, en *Revista del Abogado*, N°58, (Colegio de Abogados de Chile) 2013.
34. Díaz de Valdés, José, “¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 28, (Universidad del Desarrollo) 2013.

35. Díaz, Francisco y Sierra, Lucas, “Propuestas de reforma a los partidos políticos en Chile”, en Revista Estudios Públicos, N°129, (Centro de Estudios Públicos) 2013.
36. Díaz, Iván, “Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos Internacional y Constitucional”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.40, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
37. Dip, Ricardo, “A vida, um bem nao negociavel”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 3, (Universidad del Desarrollo) 2013.
38. Durán, Mario, “El planteamiento teleológico constitucional de la Universidad de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional”, en Revista de Derecho de Coquimbo, Vol. 20, N°2, (Universidad Católica del Norte) 2013.
39. Etchichury, Horacio, “Un techo razonable. El derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema argentina”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
40. Fallon, Richard, “Tribunal Constitucional y las aspiraciones del constitucionalismo liberal”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
41. Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.40, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
42. Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
43. Figueroa, Rodolfo, “La moralidad del aborto: ampliando la discusión”, en Acta Bioethica, Vol. 19, N° 1, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile) 2013.
44. Freitas, Juárez y Vichinskeski, Anderson, “Omisión inconstitucional: una ampliación conceptual en el ámbito de las políticas públicas”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
45. Galdámez, Liliana, “Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2.273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. 1.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la sentencia Rol 2.257-12-INA”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
46. Galdámez, Liliana, “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de

- Pesca, Roles 2.387-12-CPT y 2.388-12-CPT”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
47. Galdámez, Liliana, “Congreso Nacional, representación, elecciones primarias y participación política en Chile: Una perspectiva constitucional desde los límites del poder”, en Revista Ius et Praxis, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 48. Gallego, Javier y Lobo, Juan, “Estado, poder y deliberación. Algunas consideraciones sobre la crisis del parlamentarismo”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
 49. Gálvez, Macarena, “Ciudadanía joven en búsqueda de la participación sustancial en un Estado en crisis”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
 50. Gamonal, Sergio, “El derecho de huelga en la Constitución chilena”, en Revista de Derecho de Coquimbo, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
 51. Gamonal, Sergio, “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 52. García, Bernardo y Rascado, Javier, “La revisión constitucional de la legislación de los estados de excepción. Una nueva figura en el derecho procesal constitucional mexicano”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 53. García, Francisco, “El Estado y los límites de la justicia distributiva en la era global”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
 54. García, Javier, “Cambio climático: la hora de la voluntad política”, en Revista Mensaje, N°624, (Universidad Alberto Hurtado) 2013.
 55. García, Leonardo, “El influjo del principio de laicidad en el constitucionalismo colombiano”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 56. Gonzaga, Fernando y Vieira, Renata, “Análisis de la constitucionalidad de la legitimación de un partido político en la acción de mandato de seguridad”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 57. González, Rodrigo, “Derechos Humanos y seguridad nacional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Surcoreana”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.40, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.

58. Henríquez, Alfonso, “Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
59. Henríquez, Ian, “Constitucionalidad del artículo 2331, del Código Civil. Tribunal Constitucional acuerdo de pleno en proceso Rol 1.723-10-INC”, en *Gaceta Jurídica*, N°399, (Legal Publishing) 2013.
60. Henríquez, Miriam, “¿Hacia una ampliación del habeas corpus por la Corte Suprema?”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°2, (Universidad Católica del Norte) 2013.
61. Henríquez, Miriam, “Los jueces y la resolución de antinomias desde las perspectivas de las fuentes del Derecho Constitucional chileno”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
62. Hernández, Héctor, “Discriminación y Derecho Penal. Comentarios a una ponencia de Emanuele Corn”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol.2, N°3, (Legal Publishing) 2013.
63. Irureta, Pedro, “El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la libertad de empresa”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
64. Jaria, Jordi, “Si fuera sólo una cuestión de fe... una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza (en la Constitución de Ecuador)”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol.4, N°1, (Universidad Católica de Temuco) 2013.
65. Jequier, Eduardo, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho chileno sobre arbitraje interno: Algunas propuestas”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
66. Jordán, Tomás, “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud de la jurisprudencia constitucional sobre el sub-sistema privado de salud”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
67. Landman, Todd, “A most unlikely case: Chile, Pinochet and the advance of Human Rights”, en *Revista Política*, Vol.51, N° 2, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile) 2013.
68. Libertad y Desarrollo, “La otra cara de los procesos constituyentes en la región”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N°241, (Universidad del Desarrollo), 2013.
69. Libertad y Desarrollo, “Reforma al Sistema Binominal: La importancia de la orientación mayoritaria”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N°241, 2013.

70. Lira, Elizabeth, “A 40 años del golpe de Estado: Los DD.HH. y la herida que aún no cierra”, en Revista Mensaje, N°622, (Universidad Alberto Hurtado) 2013.
71. Llanca, Cristóbal, “Limitaciones a la reelección de diputados, ¿Mejoran la representatividad política en las zonas extremas y favorecen la descentralización?”, en Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios, Vol. 5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
72. Lobo, Juan, “Derecho a la educación: sobre la co-formación para una vida cualificada”, en Revista de Estudios de la Justicia, N°18, (Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile) 2013.
73. López, David, “Los códigos tipo como instrumento para la protección de la privacidad en el ámbito digital: apreciaciones desde el Derecho Español”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
74. Matus, Jean Pierre, “Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley 20.537”, en Revista Política Criminal, Vol. 8, N°16, (Universidad de Talca) 2013.
75. Mayorga, Ramón, “Congreso Nacional, participación y era informática: las necesidades democráticas de nuestro ágora actual”, en Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios, Vol. 5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
76. Monckeberg, Cristián, “Esfuerzos legislativos por regular el lobby en Chile: avanzando en la dirección correcta”, en Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios, Vol. 5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
77. Monsalve, Danny, “Chile reciente. Crisis de representatividad y legitimidad: Un análisis en clave gramsciana”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
78. Moure, Ana María, “Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile. Estudio de derecho comparado”, en Revista de Derecho Público, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
79. Muñoz, Fernando, “El núcleo fundamental de la sociedad: Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”, en Revista Ius et Praxis, Vol.19, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
80. Muñoz, Fernando, “No a ‘separados por iguales’ en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su sentencia”, en Re-

- vista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
81. Nogueira, Humberto, “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la Reforma Constitucional de 2005”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 82. Nogueira, Humberto, “El uso del Derecho y la jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 83. Nogueira, Albert, “¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución Portuguesa de 1976”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 84. Ossandón, María Magdalena, “El derecho a rechazar tratamientos médicos: ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
 85. Palavecino, Claudio, “Comentario sobre fallo del Tribunal Constitucional sobre los tiempos de espera”, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Vol.4, N°7, (Universidad de Chile) 2013.
 86. Palavecino, Claudio, “La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en Revista Laboral chilena, N°219, 2013.
 87. Pardo, Diego, “El sufragio voluntario del artículo 15 de la Constitución Política de Chile”, en Revista de Derecho, Vol. 26, N° 2, (Universidad Austral de Chile) 2013.
 88. Parody, José, “Constitutionalismo y protección penal del matrimonio. La secularización del matrimonio en la evolución histórica del ordenamiento penal español”, en Revista Ius et Praxis, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 89. Parra, Darío, “La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado”, en Revista Médica de Chile, Vol. 141, N°12, (Sociedad Médica de Santiago) 2013.
 90. Peredo, Marcela, “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.

91. Pica, Rodrigo, “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
92. Poyanco, Rodrigo, “Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
93. Precht, Jorge y Faúndes, Juan, “Legitimidad de la huelga de hambre. Un debate sobre el derecho a la vida y la dignidad humana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
94. Prügel, Jan-Willem, “A comparative analysis of the constitutional legitimacy and societal justification of affirmative action: should some be treated more equal than others?”, en *Revista Ius Novum*, N°6, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
95. Rein, Tatiana, “Participación política de las mujeres. Aspectos de confluencia entre la ética y los derechos humanos”, en *Acta Bioethica*, Vol. 19, N° 2, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile) 2013.
96. Ribeiro, Pedro, “El modelo de partido cartel y el sistema de partidos de Brasil”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol.33, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2013.
97. Rincón, Ximena, “Pobreza y jurisprudencia constitucional colombiana: el caso de los recicladores”, en *Revista Sociedad y Equidad*, N°5, (Universidad de Chile) 2013.
98. Ríos, Lautaro, “¿Es necesaria una nueva Constitución?”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
99. Riveros, Carolina, “Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al Artículo 260 del Código Civil: tensión entre el derecho a la identidad y a la certeza jurídica”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
100. Riveros, Edgardo, “Legislación sobre lobby o cabildeo: el caso chileno”, en *Serie de Estudios*, N°11, (Konrad Adenauer Stiftung) 2013.
101. Rodríguez, José, “La Constitución y la demanda boliviana”, en *Revista Realidad y Perspectivas*, N°19, (Universidad de Chile) 2013.
102. Rodríguez, Pablo, “¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.

103. Rojas, Gonzalo, “Asamblea Constituyente: ¿Golpe de Estado? Una evaluación política y jurídica”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
104. Rojas, Hugo, “Reflexiones sobre la encuesta nacional de derechos humanos: preocupaciones metodológicas y propuestas de cambio”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°9, (Universidad de Viña del Mar) 2013.
105. Rojas, Nicol, “Constitución, orden público y tendencias legislativas recientes”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N°62, (Universidad de Valparaíso) 2013.
106. Rúa, Carlos, “La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado Social de Derecho. Una revisión desde el caso colombiano”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
107. Rudnick, Carolina, “La disputa entre democracia y derechos: el caso de la Human Rights Act británica”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°9, (Universidad de Viña del Mar) 2013.
108. Sajuria, Javier, “¿Está internet cambiando nuestra concepción de la democracia? Un análisis del uso de internet durante protestas y su efecto en la percepción de la democracia”, en *Revista Política*. Instituto de Asuntos Públicos, Vol.51, N° 1, (Universidad de Chile) 2013.
109. Salazar, Sebastián, “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho*, Vol. 26, N° 1, (Universidad Austral de Chile) 2013.
110. Sarmiento, Juan Pablo, “Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
111. Schnyder, María, “La democratización subnacional desde la perspectiva del Estado y su poder de policía: el caso del juarismo en Santiago del Estero, Argentina, 1995-2004”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol.33, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2013.
112. Smok, John, “Integración plural de la Mesa como garantía fundamental para las minorías parlamentarias”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol. 5, N°8, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
113. Soto, Rodrigo, “La personalidad humana como sujeto de derechos”, en *Revista Jurídica Arcis*, N°7, (Universidad Arcis) 2013.
114. Soto, Sebastián y Jaraquemada, María, “Regulación del lobby en Chile: historia de un proyecto”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol. 5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.

115. Stefoni, Carolina, “Migración y Derechos Humanos”, en Revista Mensaje, N°621, (Universidad Alberto Hurtado) 2013.
116. Thayer, William, “Libertad sindical ante los Derechos Humanos, el Derecho Internacional, el Derecho Chileno y el pensamiento de San Alberto Hurtado”, en Revista Laboral Chilena, N°215, 2013.
117. Troncoso, Claudio, “El proyecto de modificación a la Ley de Pesca y el Convenio 169 de la OIT. Reflexiones en torno a un fallo del Tribunal Constitucional chileno”, en Revista Tribuna Internacional, Vol.2, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
118. Tuñón, Ianina y Sol, María, “Aproximación a la medición de la pobreza infantil desde un enfoque multidimensional y de derechos”, en Revista Sociedad y Equidad, N°5, (Universidad de Chile) 2013.
119. Urquieta, Julia, “Actividad parlamentaria. Chile necesita un nuevo Parlamento”, en Revista Jurídica Arcis, N°7, (Universidad Arcis) 2013.
120. Van de Wyngard, Jorge, “Los aportes fundamentales de la Constitución de 1980 al sistema jurídico-político y social chileno”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
121. Varela, Jorge, “La protección ambiental en el ámbito constitucional”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 27, (Universidad del Desarrollo) 2013.
122. Vargas, Ernesto, “La configuración legal de la libertad de enseñanza: ¿Un caso de captura regulatoria?”, en Revista Derecho y Humanidades, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
123. Verdugo, Sergio, “¿Cuál es la función que deben cumplir los Tribunales Constitucionales?”, en Gaceta Constitucional de Perú, Tomo 72, 2013.
124. Verdugo, Sergio, “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”, en Revista chilena de Derecho, Vol.40, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
125. Verdugo, Sergio, “La objeción democrática a los límites materiales de la Reforma Constitucional”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 28, (Universidad del Desarrollo) 2013.
126. Vergara, Adrián, “La tutela de Derechos Fundamentales de los Funcionarios Públicos en sus relaciones laborales con el Estado: El problema de la competencia del Juez del trabajo”, en Revista Laboral chilena, N°221, 2013.
127. Viera, Christian, “Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y al neo-

- liberalismo”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°9, (Universidad de Viña del Mar) 2013.
128. Viera, Christian, “El contenido esencial de los derechos fundamentales: la libre iniciativa económica en España y Chile”, *Revista de Ciencias Sociales*, N°62, (Universidad de Valparaíso) 2013.
129. Viera-Gallo, José Antonio, “Hacia una democracia participativa y deliberativa”, en *Revista Mensaje*, N°620, (Universidad Alberto Hurtado) 2013.
130. Villalón, Jorge, “¿Es el procedimiento de tutela de derechos fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral? Reflexiones a partir de la dictación de la Ley 20.607”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
131. Villarroel, Raúl, “Ética del desarrollo, democracia deliberativa y ciudadanía ambiental. El desafío global de la sustentabilidad”, en *Acta Bioethica*, Vol. 19, N° 2, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile) 2013.
132. Wieland, Hubert, “La inconstitucionalidad de la ley que crea la Región de Arica y Parinacota en Chile”, en *Gaceta Constitucional de Perú*, Tomo 68, 2013.
133. Zárate, Sebastián, “La censura previa y el Estado regulador: propuestas para una configuración”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.40, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
134. Zúñiga, Alejandra, “Isapres, Tribunal Constitucional y distribución del derecho a cuidado sanitario”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 141, N°4, (Sociedad Médica de Santiago) 2013.
135. Zúñiga, Francisco, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y la Asamblea Constituyente”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
136. Zúñiga, Yanira, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.19, N°1, 2013.

4.2. Derecho Administrativo

N° Artículo

1. Abarca, Juan, “¿Preparados para el e-Government? Consideraciones en torno al procedimiento administrativo electrónico”, en Revista *Ars Boni et Aequi*, Vol.9, N°2, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
2. Alarcón, Patricio, “Regionalización, la creación del fracaso: Ciudad-Horizonte”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol. 5, N°8, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
3. Aróstica, Iván, “La actividad jurídica de la Administración del Estado”, en Revista *Actualidad Jurídica*, N° 28, (Universidad del Desarrollo) 2013.
4. Ballivian, Pedro, “Responsabilidad del Estado por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público: Análisis comparativo y jurisprudencial”, en Revista *Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
5. Bermúdez, Jorge, “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en Revista de Derecho, Vol. 40, N° 1 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
6. Bocksang, Gabriel, “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, en Revista *Ius Publicum*, N°30, (Universidad Santo Tomás) 2013.
7. Burgos, Rubén, “Transparencia y participación ciudadana: los desafíos de la nueva ley de elecciones primarias”, en Revista del Abogado, N°57, (Colegio de Abogados de Chile) 2013.
8. Camacho, Gladys, “La Contraloría General de la República y Transparencia”, en Revista de Derecho Público, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
9. Cazor, Kamel, “Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el Estado Constitucional Chileno”, en Revista *Ius et Praxis*, Vol.19, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
10. Concha, Ricardo, “El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público”, en Revista de Derecho, Vol. 26, N° 2, (Universidad Austral de Chile) 2013.
11. Concha, Ricardo, “La fuente normativa de la fuerza obligatoria del contrato de la Administración (Artículo 1545 del Código Civil)”, en Revista *Ius et Praxis*, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
12. Cordero, Eduardo, “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, en Revista de Derecho de Coquimbo, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.

13. Cordero, Eduardo, “Sanciones administrativas y mercados regulados”, en *Revista de Derecho*, Vol. 26, N° 1, (Universidad Austral de Chile) 2013.
14. Cordero, Luis, “Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del Derecho Administrativo. Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
15. Costa, Ezio, “¿El SEIA en crisis?, Conflictos ambientales y ciudadanía”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°20, (Universidad de Chile) 2013.
16. Donoso, Sebastián, “20 años de la Ley Indígena”, en *Revista de Derecho*, N°4 (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
17. Egaña, Rodrigo, “Convenio 169 y su implementación. La propuesta del Gobierno Bachelet (2006-2010)”, en *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N°21, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile) 2013.
18. Escanilla, Eduardo, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
19. Espinoza, Andrea, “Discrecionalidad política en la asignación de recursos: Evidencia de los gobiernos regionales y locales chilenos”, en *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N°22, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile) 2013.
20. Fernández, José, “Contraloría y Urbanismo”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
21. Fernández, Natalia, “Actividades mineras en Parques Nacionales”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Vol.4, N°4, (Universidad de Chile) 2013.
22. García, Cristián, “Contiendas de competencia entre órganos políticos o administrativos y tribunales inferiores de justicia. ¿Institucionalidad sobrevenida o derogación tácita por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 191 del COT?”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, (Universidad del Desarrollo) 2013.
23. García, Gonzalo, “Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de información privilegiada en la legislación chilena”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 8, N° 15, (Universidad de Talca) 2013.
24. García, William, “Criterios para la revisión judicial de la potestad reglamentaria en el Derecho Norteamericano”, en *Revista de Derecho*, N°29, (Consejo de Defensa del Estado) 2013.

25. González, Aldo; Micco, Alejandro y Caicha, Constanza, “El impacto de la persecución pública en los juicios de libre competencia en Chile”, en *Revista Estudios Públicos*, N°132, (Centro de Estudios Públicos) 2013.
26. González, Paola y Quiroz, Loreto, “Alcance de la consulta previa del Convenio N° 169 de la OIT y su interpretación restrictiva en Chile: Un riesgo latente para la protección efectiva de los pueblos indígenas”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Vol.4, N°4, (Universidad de Chile) 2013.
27. Hunter, Iván, “Central Termoeléctrica Bocamina, ¿Deferencia o indiferencia a la Administración? (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 26, N° 1, (Universidad Austral de Chile) 2013.
28. Isensee, Carlos, “Organismos competentes para administrar determinados bienes nacionales de uso público: caminos públicos, vías urbanas, y el subsuelo de un cauce de río y estero”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
29. Jara, Jaime, “La Contraloría General de la República y su contribución al surgimiento y evolución del Procedimiento Administrativo en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
30. Jaraquemada, Jorge, “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: construyendo confianza institucional”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol. 5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
31. Jequier, Eduardo, “La arbitrariedad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.40, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
32. Jequier, Eduardo, “Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades): Análisis de jurisprudencia”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
33. Juppert, María Fernanda, “Competencia desleal, ¿Cuándo optar entre aplicar el Derecho de la Libre Competencia y la Ley 20.169?”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 28, (Universidad del Desarrollo) 2013.
34. Leiva, Felipe, “A propósito de Hidroaysén: Notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 27, (Universidad del Desarrollo) 2013.
35. Leppe, Juan Pablo, “Autodenuncia ambiental: perfectible, pero interesante”, en *Revista del Abogado*, N°59, (Colegio de Abogados de Chile) 2013.

36. Leppe, Juan Pablo, “Efectos retroactivos del acto invalidatorio: interpretación administrativa y judicial (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 26, N° 2, (Universidad Austral de Chile) 2013.
37. Letelier, Raúl, “Algunos aspectos económicos de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°1, (Universidad Católica del Norte) 2013.
38. Montecinos, Egon, “Los actuales desafíos regionales en Chile: ¿Nueva regionalización o más descentralización?”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol. 5, N°8, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
39. Montero, Cristián, “Notas sobre la responsabilidad del Estado por el deficiente funcionamiento del sistema de administración de justicia”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Vol.9, N°2, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
40. Moraga, Claudio, “La Contraloría General de la República y la Contratación Administrativa”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
41. Navarro, Enrique, “Bases constitucionales de la toma de razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
42. Pallavicini, Julio, “El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho Público*, N°78, (Universidad de Chile) 2013.
43. Poehls, Eduardo, “Instrucción de carácter general n° 2 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en *Revista chilena de Derecho*, Vol.40, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
44. Quinteros, Carlos, “La toma de decisiones organizacionales en un proceso de reforma administrativa. El gobierno digital en un municipio de Jalisco, México”, en *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N°22, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile) 2013.
45. Rojas, Jorge, “Acceso a recursos energéticos y conocimiento tradicional. Elementos críticos para una política y legislación en Chile”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Vol.4, N°4, (Universidad de Chile) 2013.
46. Soto, Eduardo, “La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente”, en *Revista Ius Publicum*, N°30, (Universidad Santo Tomás) 2013.
47. Tapia, Javier, “La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia: Una propuesta metodológica” en

- Revista Estudios Públicos, N°132, (Centro de Estudios Públicos) 2013.
48. Tobar, Manuel, “Entre la descentralización y la desconcentración regional. Análisis del proyecto de Fortalecimiento de la Regionalización que modifica la ley orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional”, en Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios, Vol. 5, N°9, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
 49. Urrutia, Osvaldo, “Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en Revista de Derecho, Vol.40, N°1 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
 50. Valdés, Domingo, “La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos o convenciones”, en Gaceta Jurídica, N°392, 2013.
 51. Varela, Jorge, “Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo más relevante para las empresas”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 28, (Universidad del Desarrollo) 2013.
 52. Zelada, Sara y Park, James, “Análisis crítico de la Ley Lafkenche (20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación”, en Revista Universum, Vol.1, Año 28, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 53. Zink, Manfred, “Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile: Aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 3, (Universidad del Desarrollo) 2013.

4.3. Derecho Internacional Público

N° Artículo

1. Aguilar, Gonzalo, “‘Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
2. Aguilar, Gonzalo, “Inmunidad en el Derecho Internacional: Un lento proceso de evolución. Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Alemania vs. Italia, 2012”, en Revista Tribuna Internacional, Vol.2, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
3. Alfaro, Griselda, “Derechos Humanos y derecho a la alimentación en situaciones de pobreza: El caso de Barrio Sur, Tucumán, Argentina”, en Revista Sociedad y Equidad, N°5, (Universidad de Chile) 2013.

4. Almagro, David y Sarlet, Ingo, “Los derechos políticos en España y Brasil: Una aproximación en perspectiva comparada”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
5. Andaluz, Horacio, “La aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia”, en Revista de Derecho, Vol.40, N°1 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
6. Añaños, María, “La intervención militar autorizada de las Naciones Unidas en Libia: ¿Un precedente de la ‘responsabilidad de proteger’?”, en Revista Estudios Internacionales, N° 174, (Universidad de Chile), 2013.
7. Archenti, Nélica y Albaine, Laura, “Los desafíos de la paridad de género. Tensión normativa y violencia política en Bolivia y Ecuador”, en Revista Punto Género, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
8. Aylwin, José, “Mercados y derechos globales: implicancias para los pueblos indígenas de América Latina y Canadá”, en Revista de Derecho, Vol. 26, N° 2, (Universidad Austral de Chile) 2013.
9. Badilla, Elvira, “La Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones”, en Revista chilena de Derecho, Vol.40, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
10. Bascuñán, Juan, “El protocolo de Nagoya. La diversidad al servicio del desarrollo y el bienestar humano”, en Revista de Derecho Ambiental, Vol.4, N°4, (Universidad de Chile) 2013.
11. Bazán, Víctor, “El Federalismo Argentino. Situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
12. Beaumont, Ricardo, “Diferendo marítimo entre Perú y Chile. Chile tiene el Derecho, el Perú la justicia”, en Gaceta Constitucional de Perú, Tomo 63, 2013.
13. Bernal, Diana, “La solidaridad y las declaraciones internacionales de derechos humanos y bioética: El caso del derecho a la salud de los pueblos indígenas colombianos”, en Acta Bioethica, Vol.19, N°1, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile) 2013.
14. Briceño, José, “Ejes y modelos en la etapa de integración económica regional en América Latina”, en Revista Estudios Internacionales, N° 175, (Universidad de Chile), 2013.
15. Cabrera, Martín, “La Orden de Medidas Provisionales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso del buque de guerra ARA

- Libertad”, en Revista Tribuna Internacional, Vol.2, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
16. Campusano, Raúl y Aguayo, Macarena, “Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 28, (Universidad del Desarrollo) 2013.
 17. Cárdenas, Claudia, “La aplicabilidad del Derecho Internacional por los tribunales chilenos para interpretar la Ley 20.375”, en Revista de Derecho de Coquimbo, Vol. 20, N°2, (Universidad Católica del Norte) 2013.
 18. Carrasco, Luciano; Jordán, María José; Nolan, Leslie y Sepúlveda, Manuel, “Estándar de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis jurisprudencial”, en Revista Ius Novum, N°6, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
 19. Carrillo, Juan, “El “derecho a decidir” en derecho internacional contemporáneo”, en Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N° 33, (Iustel) 2013.
 20. Creus, Nicolás, “El concepto de poder en las relaciones internacionales y la necesidad de incorporar nuevos enfoques”, en Revista Estudios Internacionales, N° 175, (Universidad de Chile), 2013.
 21. Damaska, Mirjan, “La imparcialidad de los tribunales penales internacionales”, en Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N° 37, (Iustel) 2013.
 22. De Jesús, Ligia, “Interpretación de los tratados relativos al derecho a la vida del que está por nacer en América Latina y el Caribe: Un análisis de las obligaciones internacionales, acuerdos regionales y práctica estatal pertinente”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.9, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
 23. Del Carpio, Juana, “Las víctimas como testigos en el Derecho Penal Internacional (i) Especial referencia a los Tribunales ad hoc”, en Revista Política Criminal, Vol. 8, N° 15, (Universidad de Talca) 2013.
 24. Díaz, Álvaro, “Giro en materia de recurso de revisión ante la Corte Interamericana”, en Revista chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol.4, N°2, (Universidad Católica de Temuco) 2013.
 25. Díaz, Regina, “Aplicación judicial en Chile del ‘Ius Cogens’ como manifestación de la internacionalización del Derecho Interno en materia de protección de la dignidad humana”, en Revista de Derecho, Vol. 40, N° 1 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
 26. Farji, Anahí, “La identidad de género como derecho humano. Análisis del tránsito de un concepto en los discursos del Estado de la ciudad

- de Buenos Aires (período 2003-2010)”, en Revista Punto Género, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
27. Feldstein de Cárdenas, Sara y Scotti, Luciana, “La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de la jurisprudencia francesa: Sebastien Robert c. Societe Facebook Inc.”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.9, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
 28. Fernández, Donato, “¿Es Alemania un socio leal en la Unión Europea?”, en Revista Estudios Internacionales, N° 175, (Universidad de Chile), 2013.
 29. Fernández, Juan, “Marco jurídico actual de la piratería: Un antiguo delito del Derecho Internacional del Mar”, en Revista Tribuna Internacional, Vol.2, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
 30. Ferrer, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia los pares (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 31. Flores, Sebastián, “Alianza del Pacífico y Mercosur”, en Revista Realidad y Perspectivas, N°22, (Universidad de Chile) 2013.
 32. García, Luisa, “1853, ¡En Colombia se consagra por primera vez el voto de la mujer! La falta de diálogo entre la sociedad, el Derecho y los procesos políticos”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.9, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
 33. González, Rodrigo, “Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema americana”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 34. González, Sergio, “El IPCC y el ‘climategate’”, en Revista de Derecho Ambiental, Vol.4, N°4, (Universidad de Chile) 2013.
 35. Gordillo, Felipe; Orrego, Jorge; Pérez, Catalina; Pérez, Edy y Torres, Julio, “Estructuración de la protección jurídica de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Ius Novum, N°6, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
 36. Hitters, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad (el efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en Revista Estudios Constitucionales, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 37. Infante, Paloma, “La efectividad de los programas REDD en la protec-

- ción de los derechos indígenas sui generis”, en Revista Tribuna Internacional, Vol.2, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
38. Iñiguez, Andrea, “Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 3, (Universidad del Desarrollo) 2013.
 39. Ivanschitz, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 40. Lathrop, Fabiola, “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile: Una mirada crítica a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y de la adolescencia”, en Revista chilena de Derecho, Vol.40, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
 41. Loaliza, Armando, “Chile-Bolivia: ¿Qué hacer con la demanda?”, en Revista Realidad y Perspectivas, N°26, (Universidad de Chile) 2013.
 42. Machado, María y Rei, Fernando, “La protección del bioma y los acuerdos internacionales en el nuevo Derecho Forestal Brasileño”, en Revista de Derecho, Vol. 40, N° 1 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2013.
 43. Martínez, Carlos, “¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los ‘casos difíciles’? Las vacías respuestas del análisis económico del Derecho”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
 44. Martínez, Juan y Vega, Giovanni, “La obligación estatal de prevención a la luz del Corpus Iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género”, en Revista Ius et Praxis, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 45. Mastaglia, Gabriela, “Cuestiones territoriales relativas al Derecho del Mar. Comentario sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso: Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua vs. Colombia)”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.9, N°2, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
 46. Minaverri, Clara, “The new law for the protection of native forest in Argentina”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.9, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
 47. Moure, Ana María, “El defensor interamericano y la defensa de los dere-

- chos del niño: Caso Furlán”, en Revista chilena de Derecho, Vol.40, N°3, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
48. O’Keefe, Thomas, “Los resultados decepcionantes de la Sexta Cumbre de las Américas en materia de Seguridad Energética y Cambio Climático”, en Revista Ars Boni et Aequi, Vol.9, N°2, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
 49. Peña, Félix, “¿Hacia un nuevo diseño en la integración sudamericana? Factores que inciden en su trazado y criterios para apreciar su sustentabilidad”, Revista Estudios Internacionales, N° 174, (Universidad de Chile), 2013.
 50. Pereira, Antonio y Martínez, Fernando, “¿Malos tiempos para la tolerancia? La intolerancia latente en los rescates financieros en la Unión Europea hoy”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N°2, (Universidad del Desarrollo) 2013.
 51. Ponce, Eduardo, “Otoño democrático en América Latina”, en Revista Realidad y Perspectivas, N°22, (Universidad de Chile) 2013.
 52. Porres, José, “La federación imposible. El proyecto Constitucional Americano en la Corte de Cádiz”, en Revista Estudios Constitucionales, N°1, (Universidad de Talca) 2013.
 53. Ramírez, Beatriz, “Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la sentencia del caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”, en Gaceta Constitucional de Perú, Tomo 61, 2013.
 54. Reichler, Paul, “Un caso de solución equitativa de delimitación de fronteras marítimas: Nicaragua y Colombia en el Mar Caribe Occidental”, en Revista Tribuna Internacional, Vol.2, N°3, (Universidad de Chile) 2013.
 55. Rodríguez, José, “Desafío de la cumbre CELAC-UE”, en Revista Realidad y Perspectivas, N°17, (Universidad de Chile) 2013.
 56. Sandoval, Ricardo, “Análisis comparativo de las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam”, en Revista Ius et Praxis, Vol.19, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
 57. Scott, David y Avelledo, Ramón, “Debate sobre el ALBA y la Alianza del Pacífico”, en Revista Realidad y Perspectivas, N°23, (Universidad de Chile) 2013.
 58. Sommer, Christian, “Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del CIADI en el sistema constitucional argentino. Una necesaria ‘interfaz’ entre inversión extranjera y derechos

- humanos”, en Revista *Ars Boni et Aequi*, Vol.9, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
59. Tavassi, Jacopo, “The role of the OECD in the elaboration of multilateral norms concerning Foreign Direct Investments: A sharp contrast between two different approaches”, en Revista *Ars Boni et Aequi*, Vol.9, N°1, (Universidad Bernardo O’Higgins) 2013.
60. Truffello, Paola, “Convención Internacional de los Derechos de las Personas de Edad”, en *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, Vol. 5, N°8, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados) 2013.
61. Valenzuela, Williams, “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia ‘Mohamed vs. Argentina’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto del Código Procesal Civil”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°2, (Universidad de Talca) 2013.
62. Vera, Jorge, “Política exterior chilena, inserción regional y CELAC”, en *Revista Realidad y Perspectivas*, N°19, (Universidad de Chile) 2013.
63. Villamizar, Fernando, “Tratado Antártico y mecanismos de protección del territorio antártico”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.40, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2013.
64. Vío, Eduardo, “La tortura como la negación del otro. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fallos más recientes)”, en *Revista Jurídica Arcis*, N°7, (Universidad Arcis) 2013.
65. Winter, Luis, “Fallos de la Corte Internacional de Justicia, ¿se cumplen?”, en *Revista del Abogado*, N°59, (Colegio de Abogados de Chile) 2013.
66. Zelada, Sara y Park, James, “Política ambiental chilena y política indígena en la coyuntura de los tratados internacionales (1990 – 2010)”, en *Revista Polis*, Vol.12, N°35, (Universidad Bolivariana) 2013.
67. Zúñiga, Yanira y Turner, Susan, “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, en *Revista de Derecho de Coquimbo*, Vol. 20, N°2, (Universidad Católica del Norte) 2013.

REPORTES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ACERCA DE CHILE

N° Reporte

1. Amnistía Internacional, *Informe 2013 Amnistía Internacional. El estado de los Derechos Humanos en el mundo*, (Editorial Amnistía Internacional) 2013.
2. Botero, Catalina (Relatora Especial para la Libertad de Expresión), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) 2013.
3. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° periodo de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013), sobre la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, (ACNUDH) 2013.
4. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, (ACNUDH) 2013.
5. Durston, John, *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales*, (PNUD) 2013.
6. Human Rights Watch, *Informe Mundial 2013: Chile*, (HRW) 2013.
7. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Chile: Informe anual 2013*, (INDH) 2013.
8. Organización de Estados Americanos, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) 2013.
9. Organización de Estados Americanos, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) 2013.
10. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, *Magnitud y características del trabajo infantil en Chile – Informe 2013*, (OIT) 2013.
11. UNICEF Chile, *Informe Anual de Actividades 2012*, (UNICEF) 2013.
12. UNICEF Chile, *Interculturales. Instrumento para la medición de criterios interculturales en los programas que trabajan con infancia en la Región de la Araucanía*, (UNICEF) 2013.

